

MARTIN FRIES

# Verbraucherrechts- durchsetzung

*Jus Privatum*

206

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 206





Martin Fries

# Verbraucherrechts- durchsetzung

Mohr Siebeck

*Martin Fries*, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaften und der Volkswirtschaftslehre in Münster; 2006 Erstes Juristisches Staatsexamen (OLG Düsseldorf); 2009 Diplom-Volkswirt (FU Hagen); 2009 Zweites Juristisches Staatsexamen (OLG München); 2010 Dr. iur. (LMU München); 2011 LL.M. (Stanford University); 2011 bis 2015 Rechtsanwalt in München; 2016 Habilitation an der LMU München, *Venia legendi* für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Rechtstheorie, Rechtsvergleichung und Anwaltsrecht.

e-ISBN PDF 978-3-16-154588-7 (DOI 10.1628/978-3-16-154588-7)

ISBN 978-3-16-154587-0

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Dieses Werk ist seit 04/2020 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

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

## Vorwort

Mein Vater machte mich seinerzeit mit Michael Kohlhaas bekannt. Eindringlich wie kaum ein anderer versinnbildlicht dieser das Bedürfnis nach der Wahrnehmung individueller Rechte wie auch die tief empfundene Ohnmacht im Angesicht versagender Rechtsdurchsetzung. Das Recht dient den Menschen eben nur, soweit sie sich seiner bedienen können. Freilich gilt ebenso, dass materielle Rechte nicht um alles in der Welt durchgesetzt werden können und müssen. Auch diese Lehre liegt bei Kohlhaas offen zu Tage.

In einem ähnlichen Spannungsfeld bewegt sich die Durchsetzung bürgerlicher Rechte auch heute noch. Wenn aus dem Buchstaben des Gesetzes für die Realität etwas folgen soll, müssen gerade die Rechte der Schwächeren nicht nur theoretisch, sondern auch faktisch durchsetzbar sein. Vor diesem Hintergrund unternimmt die vorliegende Arbeit den Versuch, Bewertungsmaßstäbe für die Gestaltung von Konfliktlösungsverfahren zu konturieren, die materielle Verbraucherrechte durchzusetzen suchen.

Meinem Lehrer Horst Eidenmüller danke ich für seine unermüdlich konstruktive Kritik, seine wertvollen Ratschläge, seine unerschütterliche Geduld und seine große Loyalität. Auch Beate Gsell war und bleibt mir Vorbild durch ihre fachliche Weitsicht, ihre klugen Fingerzeige und ihre wohltuend bescheidene Haltung.

Zahlreiche Freunde, Kollegen und Gesprächspartner haben diese Arbeit auf vielfältige Weise begleitet und bereichert. Manchen Gedankenanstöße gaben mir Marina Javid-Mamasani mit ihrem unverzichtbaren Blick für das Wesentliche, Johanna Stark mit ihrer kreativen Inspirationsgabe und Dirk Kramer mit seinem beeindruckenden Innovationsgeist. Dafür bin ich sehr dankbar. Unbedingt ungenannt bleiben möchte schließlich meine wunderbare Frau. Daran halte ich mich natürlich.

München, im März 2016

Martin Fries



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
<i>Kapitel 1: Grundlagen</i> .....	1
A. Wissenschaftliche Zielsetzung .....	2
B. Regulatorischer Hintergrund .....	3
C. Gesellschaftspolitische Bedeutung .....	11
D. Forschungsgegenstand .....	13
E. Forschungsstand .....	17
F. Dogmatische Begründung von Bewertungsmaßstäben .....	21
G. Gang der Darstellung .....	28
<i>Kapitel 2: Rechtsdurchsetzung in Verbraucherkonflikten</i> .....	30
A. Verbraucher als Konfliktbeteiligte .....	30
B. Fallabhängige Ausprägung von Verbraucherschwäche .....	41
C. Rechtsdurchsetzung und Verbraucherinteressen .....	51
<i>Kapitel 3: Bewertungsmaßstäbe für Mechanismen der Verbraucherrechtsdurchsetzung</i> .....	68
A. Verfahrensergebnis .....	69
B. Verfahrensleitung .....	76
C. Verfahrensgestaltung .....	86
D. Transparenz .....	104



<i>Kapitel 4: Justizielle Verbraucherrechtsdurchsetzung</i> .....	108
A. Individualrechtsschutz .....	108
B. Kollektiver Rechtsschutz .....	170
C. Zusammenspiel individueller und kollektiver Mechanismen .....	183
 <i>Kapitel 5: Außergerichtliche Verbraucherrechtsdurchsetzung</i> .....	187
A. Schiedsverfahren .....	188
B. Schlichtung .....	195
C. Güteverfahren .....	233
D. Anwaltliche Rechtsdienstleistung .....	238
E. Konfliktlösung durch Handelsintermediäre .....	244
 <i>Kapitel 6: Verzahnung gerichtlicher und außergerichtlicher Konfliktlösungsmechanismen</i> .....	252
A. Justiz und Schlichtung als Komplementäre .....	252
B. Zugang zum Recht .....	256
C. Effektive Verbraucherrechtsdurchsetzung .....	262
 Zusammenfassende Thesen .....	268
 Literaturverzeichnis .....	273
 Register .....	305

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
<i>Kapitel 1: Grundlagen</i> .....	1
A. Wissenschaftliche Zielsetzung .....	2
B. Regulatorischer Hintergrund .....	3
I. Zugang zum Recht und Zugang zur Justiz .....	4
II. Verbraucherrechtsdurchsetzung durch staatliche Gerichte .....	6
III. Verbraucherrechtsdurchsetzung auf privater Ebene .....	8
C. Gesellschaftspolitische Bedeutung .....	11
I. Wirtschaftliche Tragweite .....	11
II. Rechtsstaatliche Implikationen .....	12
III. Spannungsfeld zwischen Modernisierung und Privatisierung der Justiz .....	12
D. Forschungsgegenstand .....	13
I. Persönliche Eingrenzung .....	14
II. Sachliche Eingrenzung .....	15
III. Räumliche Eingrenzung .....	16
E. Forschungsstand .....	17
I. Verbraucherprozessrecht unter dem Einfluss der Europäischen Union .....	17
II. Verfahrensgestaltung bei Verbraucherkonflikten .....	18
III. Zusammenspiel verschiedener Rechtsdurchsetzungsverfahren ...	19
F. Dogmatische Begründung von Bewertungsmaßstäben .....	21
I. Konstitutionelle Rechtfertigung .....	21
II. Verfahrensrechtlich-induktive Prinzipienbildung .....	24
III. Materiell-rechtliche Begründung .....	25
IV. Rückgriff auf außernormative Aspekte .....	27
G. Gang der Darstellung .....	28

<i>Kapitel 2: Rechtsdurchsetzung in Verbraucherkonflikten</i> .....	30
A. Verbraucher als Konfliktbeteiligte .....	30
I. Begrenzte Konfliktroutine .....	30
1. Unzureichende Rechtskenntnis .....	30
2. Mangelnde Verfahrenskennntnis .....	32
3. Strategisches Ungeschick .....	34
II. Konfliktscheu .....	36
1. Budgetrestriktionen .....	36
2. Verlustangst .....	37
3. Risikoaversion .....	37
4. Gerichtsscheu .....	38
III. Unzureichende Organisation .....	40
IV. Begrenzte Artikulationsfähigkeit .....	41
B. Fallabhängige Ausprägung von Verbraucherschwäche .....	41
I. Relationspezifische Parameter .....	42
1. Bindungsdauer .....	42
2. Bindungsintensität .....	43
3. Sprache .....	45
II. Konfliktspezifische Parameter .....	46
1. Streitwert .....	46
2. Konfliktiteration .....	47
3. Konfliktschwerpunkt .....	48
4. Rollenverteilung .....	48
III. Kompensation von Verbraucherschwäche? .....	49
1. Stärkung der Verbraucher ex ante .....	49
2. Korrektur der Verbraucherschwäche ex post .....	50
C. Rechtsdurchsetzung und Verbraucherinteressen .....	51
I. Soziale Bedeutung der Rechtsdurchsetzung .....	51
1. Rechtspositivistische Perspektive .....	52
2. Rechtsökonomische Perspektive .....	53
II. Individuelle Bedeutung der Rechtsdurchsetzung .....	57
1. Rechtsdurchsetzung und rationales Desinteresse .....	57
2. Rechtsdurchsetzung und Erhalt der Kundenbeziehung .....	58
3. Rechtsdurchsetzung und Präzedenzinteresse .....	60
4. Rechtsdurchsetzung und Verbraucherezufriedenheit .....	61
III. Konkordanz zwischen sozialer und individueller Bedeutung ....	62
1. Rechtsdurchsetzung als Verfahrenspostulat .....	63
a) Staatliche Verfahren .....	63
b) Private Verfahren .....	65

2. Bedeutung der Verfahrenswahl .....	66
3. Verfahrenswahl auf transparenter Informationsgrundlage ...	67
 <i>Kapitel 3: Bewertungsmaßstäbe für Mechanismen der Verbraucherrechtsdurchsetzung</i> .....	68
A. Verfahrensergebnis .....	69
I. Ergebnismaßstab .....	70
1. Unbedingte Rechtstreue .....	70
2. Ergänzung um Billigkeitsmaßstäbe .....	71
3. Privatautonome Abkehr von der Rechtstreue .....	72
II. Ergebnisform .....	74
III. Vollstreckbarkeit .....	75
B. Verfahrensleitung .....	76
I. Qualifikation .....	76
II. Unabhängigkeit .....	77
III. Neutralität .....	79
IV. Rechtliche Autorität .....	81
V. Verantwortlichkeit .....	83
VI. Staatlichkeit .....	83
C. Verfahrensgestaltung .....	86
I. Tatsachenfundierung .....	87
II. Rechtliches Gehör .....	89
III. Mündlichkeit .....	90
IV. Verständlichkeit .....	92
V. Erreichbarkeit .....	93
VI. Öffentlichkeit .....	95
VII. Verfahrenskosten .....	96
VIII. Effizienz .....	99
1. Effizienz als Bewertungsmaßstab .....	99
2. Nutzen eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens .....	100
3. Kosten eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens .....	101
4. Abwägung von Kosten und Nutzen .....	102
D. Transparenz .....	104
I. Zieltransparenz .....	104
II. Funktionstransparenz .....	105
III. Ergebnistransparenz .....	106

<i>Kapitel 4: Justizielle Verbraucherrechtsdurchsetzung</i> .....	108
A. Individualrechtsschutz .....	108
I. Verfahren nach deutschem Recht .....	108
1. Klageverfahren vor den Amtsgerichten .....	108
a) Verfahrensergebnis .....	109
aa) Ergebnismaßstab .....	109
(1) Rechtsdurchsetzung im Rahmen der Parteiinteressen ....	109
(2) Verminderte Rechtsdurchsetzung durch Interessenorientierung? .....	111
(3) Verminderte Rechtsdurchsetzung um des Rechtsfriedens willen? .....	113
(4) Verstärkte Rechtsdurchsetzung unter Begrenzung der Parteiherrschaft? .....	114
bb) Ergebnisform .....	117
cc) Vollstreckbarkeit .....	120
b) Verfahrensleitung .....	120
c) Verfahrensgestaltung .....	124
aa) Tatsachenfundierung .....	124
bb) Rechtliches Gehör .....	126
cc) Mündlichkeit .....	126
dd) Verständlichkeit .....	127
(1) Klageerhebung .....	128
(2) Mündliche Verhandlung .....	129
(3) Entscheidung .....	130
(4) Sonderproblem Sprachdisparität .....	131
ee) Erreichbarkeit .....	132
ff) Öffentlichkeit .....	135
gg) Verfahrenskosten .....	136
hh) Effizienz .....	139
(1) Effizienzgewinne durch Privatisierung .....	139
(2) Effizienzgewinne durch Konzentration auf Rechtsdurchsetzung .....	140
(3) Effizienzgewinne durch Entformalisierung .....	141
(4) Effizienzgewinne durch Digitalisierung .....	144
d) Transparenz .....	147
aa) Zieltransparenz .....	148
bb) Funktionstransparenz .....	149
cc) Ergebnistransparenz .....	149
2. Mahnverfahren .....	151
a) Verfahrensergebnis .....	151
b) Verfahrensleitung .....	153
c) Verfahrensgestaltung .....	153
d) Transparenz .....	156
3. Schnellverfahren für Verbraucherstreitigkeiten .....	157

II. Verfahren nach europäischem Recht .....	159
1. Verfahren für geringwertige Forderungen .....	160
a) Verfahrensergebnis .....	161
b) Verfahrensleitung .....	161
c) Verfahrensgestaltung .....	162
aa) Tatsachenfundierung .....	162
bb) Mündlichkeit .....	163
cc) Verständlichkeit .....	164
dd) Erreichbarkeit .....	165
ee) Öffentlichkeit .....	165
ff) Verfahrenskosten .....	166
gg) Effizienz .....	167
d) Transparenz .....	168
2. Europäisches Mahnverfahren .....	168
B. Kollektiver Rechtsschutz .....	170
I. Rechtsverfolgungsgesellschaften .....	171
1. Rechtsdurchsetzung in Prozessstandschaft .....	171
2. Rechtsdurchsetzung durch Forderungszessionare .....	172
II. Gruppenverfahren .....	173
1. Vorbild Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz? .....	175
2. Verfahrenskosten .....	176
3. Verfahrenseffizienz .....	177
III. Verbandsklage .....	178
1. Strukturelle Hindernisse .....	178
2. Verfahrenskosten .....	179
3. Reichweite des Verfahrensergebnisses .....	181
C. Zusammenspiel individueller und kollektiver Mechanismen .....	183
I. Bündelung bei rationalem Desinteresse der Betroffenen .....	183
II. Bündelung zur Steigerung der Justizeffizienz .....	184
III. Kollektivverfahren und Zivilprozess .....	185
<i>Kapitel 5: Außergerichtliche Verbraucherrechtsdurchsetzung .....</i>	<i>187</i>
A. Schiedsverfahren .....	188
I. Verfahrensergebnis .....	190
II. Verfahrensleitung .....	191
III. Verfahrensgestaltung .....	192
IV. Transparenz .....	194
B. Schlichtung .....	195

I. Verfahrensergebnis .....	196
1. Ergebnismaßstab .....	197
2. Ergebnisform .....	200
3. Vollstreckbarkeit .....	202
II. Verfahrensleitung .....	203
1. Qualifikation .....	203
2. Unabhängigkeit .....	205
3. Neutralität .....	208
4. Rechtliche Autorität .....	210
5. Verantwortlichkeit .....	211
III. Verfahrensgestaltung .....	213
1. Tatsachenfundierung .....	213
2. Rechtliches Gehör .....	214
3. Mündlichkeit .....	215
4. Verständlichkeit .....	216
5. Erreichbarkeit .....	217
6. Öffentlichkeit .....	218
7. Verfahrenskosten .....	219
8. Effizienz .....	220
IV. Transparenz .....	223
1. Zieltransparenz .....	224
2. Funktionstransparenz .....	225
a) Verbraucherschlichtung und Rechtsprechung .....	225
b) Verbraucherschlichtung und Rechtsberatung .....	227
c) Funktionelle Berechtigung von Verbraucherschlichtungsstellen ..	230
3. Ergebnistransparenz .....	232
C. Güteverfahren .....	233
I. Verbrauchermediation .....	233
II. Verfahren vor Gütestellen .....	234
III. Telefonmediation .....	235
1. Verfahrensergebnis und Verfahrensleitung .....	235
2. Verfahrensgestaltung .....	236
3. Transparenz .....	237
D. Anwaltliche Rechtsdienstleistung .....	238
I. Verfahrensergebnis .....	239
II. Verfahrensleitung .....	239
III. Verfahrensgestaltung .....	241
IV. Transparenz .....	243

E. Konfliktlösung durch Handelsintermediäre .....	244
I. Verfahrensergebnis .....	245
II. Verfahrensleitung .....	246
III. Verfahrensgestaltung .....	248
IV. Transparenz .....	249
 <i>Kapitel 6: Verzahnung gerichtlicher und außergerichtlicher Konfliktlösungsmechanismen</i> .....	 252
A. Justiz und Schlichtung als Komplementäre .....	252
I. Schlichtung als entformalisierte Vorverfahren .....	253
II. Schlichtung als unternehmerische Selbstkontrolle .....	254
B. Zugang zum Recht .....	256
I. Zugang der Verbraucher zum Recht .....	256
1. Peremptorischer Klageausschluss .....	257
2. Dilatorischer Klageausschluss .....	258
a) Gesetzliche Anordnung einer Schlichtungspflicht .....	258
b) Vertragliche Schlichtungsklauseln .....	259
II. Zugang der Unternehmer zum Recht .....	261
C. Effektive Verbraucherrechtsdurchsetzung .....	262
I. Systemeffizienz durch friktionsfreie und erschöpfende Konfliktbehandlung .....	263
II. Administrativer Rechtsschutz als Lückenfüller .....	263
III. Wegweiser Verbraucherrechtsdurchsetzung .....	266
 Zusammenfassende Thesen .....	 268
Literaturverzeichnis .....	273
Register .....	305





# Kapitel 1

## Grundlagen

Das Bürgerliche Recht dient dem Interessenausgleich und dem geordneten Zusammenleben der privaten Rechtssubjekte in Frieden und Freiheit.<sup>1</sup> Auf die bürgerlichen Rechte soll sich jedermann in gleicher Weise berufen können.<sup>2</sup> Dieses Berufen setzt freilich nicht nur das Bestehen materieller Rechte voraus, sondern auch effektiv funktionsfähige Institutionen, welche die Rechtssubjekte anrufen können, um ihre Rechte durchzusetzen.<sup>3</sup> Mangelnde Durchsetzbarkeit materieller Rechte kommt in ihrer Wirkung dem Fehlen dieser Rechte gleich.<sup>4</sup> Funktionsfähiger Institutionen bedarf es dabei in der gesamten Regelungsbreite des Rechts. Besondere Aufmerksamkeit verdienen sie, wo Rechtsinhaber ihre Rechte aufgrund individueller oder struktureller Schwäche nur vereinzelt durchsetzen. Kulminationsfigur dieser Schwäche ist im materiellen Recht der Verbraucher. Und auch wenn dem Verbraucher prozessual selten eine besondere Rolle zukommt, so spricht doch vieles dafür, dass gerade die *Durchsetzung* von Verbraucherrechten gegenüber Unternehmern eine institutionelle Herausforderung darstellt. Diese Problemstellung steht im Zentrum dieser Arbeit.

---

<sup>1</sup> *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 5, spricht von „eine[r] selbstrechtfertigende[n] Ordnung des freiverantwortlichen Rechtsverkehrs unter Gleichen“.

<sup>2</sup> Diese Erkenntnis ergibt sich aus einer Zusammenschau des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG mit dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfG v. 25. Juli 1979, 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131, 156.

<sup>3</sup> *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, S. 1, formuliert treffend: „Die einheitliche, zumindest gleichwertige Durchsetzung von Rechten ist der Prüfstein einer wahren Privatrechtsgemeinschaft.“

<sup>4</sup> *Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 44 f.; *Tur*, 2 Leg. Stud. 1982, 135, 143; *von Moltke*, Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen, 2003, S. 28 m.w.N.; *Wagner*, in: *Zekoll/Bälz/Amelung* (Hrsg.), Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution, 2014, S. 369, 372 f. Die individuellen Nachteile unzureichender Rechtsdurchsetzung hat schon *von Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872, S. 55, plastisch beschrieben: „In solchen Verhältnissen gestaltet sich das Loos der Wenigen, welche den Muth haben, das Gesetz zur Anwendung zu bringen, zu einem wahren Märtyrerthum, ihr reges, energisches Rechtsgefühl wird für sie geradezu zum Fluch. Verlassen von allen denen, die ihre natürlichen Bundesgenossen wären, stehen sie ganz allein der durch die allgemeine Indolenz und Feigheit grossgezogenen Willkühr gegenüber, und ärndten, wenn sie mit schweren Opfern die Genugthuung erkaufte haben, sich selber treu geblieben zu sein, vielleicht gar statt Anerkennung Spott und Hohn.“

## A. Wissenschaftliche Zielsetzung

Die juristische Praxis kennt ein breites Spektrum verschiedener Verfahren zur Bewältigung von Verbraucherstreitigkeiten. Deren Heterogenität erschwert allerdings die Einschätzung, welchen Beitrag die einzelnen Verfahren für eine effektive Durchsetzung materieller Verbraucherrechte leisten. Insbesondere für den Zivilprozess erscheint unklar, inwieweit er Anspruchsprätendenten zur Durchsetzung ihrer Rechte tauglich erscheint. In der rechtswissenschaftlichen Forschung fehlt es bislang an einer Untersuchung, die Mechanismen der Verbraucherrechtsdurchsetzung umfassend systematisiert und evaluiert. Diese Arbeit verfolgt das Ziel, auf Basis einer Beschreibung grundlegender Charakteristika von Verbraucherkonflikten Maßstäbe für die Bewertung von Verfahren zur Durchsetzung von Verbraucherrechten gegenüber Unternehmern zu entwickeln, die heute verfügbaren gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsdurchsetzungsinstrumente an diesen Maßstäben zu messen und daraus Reformvorschläge für die aktuelle Diskussion um eine Stärkung der Verbraucherrechtsdurchsetzung abzuleiten. Die Arbeit versteht sich insofern als Beitrag zu einem allgemeinen Zivilverfahrensrecht<sup>5</sup>, das sich nicht auf justizielle Verfahren beschränkt, sondern auch außergerichtliche Rechtsdurchsetzungsmechanismen in den Blick nimmt.

Die Beschreibung der spezifischen Situation von Verbrauchern im Rechtsstreit ist als Grundlage für die Erarbeitung von Bewertungsmaßstäben bedeutsam, um den besonderen Bedürfnissen von Verbrauchern bei der Durchsetzung ihrer Rechte gerecht zu werden. Anders als das für Verbraucher und Unternehmer mit guten Gründen gegenwärtig nahezu einheitliche Zivilprozessrecht suggeriert, sind bei Verbrauchern bestimmte Dispositionen und Interessen zu beobachten, welche die Gestaltung der zur Durchsetzung ihrer Rechte betriebenen Verfahren betreffen. Auf dieser Basis lassen sich Bewertungsmaßstäbe für die Gestaltung von Rechtsdurchsetzungsverfahren formulieren, an denen sich europäische wie deutsche Verfahren messen müssen. Dabei zielt die Arbeit nicht auf die Erarbeitung dogmatischer Grundlagen für ein Sonderverfahrensrecht für Verbraucher,<sup>6</sup> sondern vielmehr auf die Definition von Vorausset-

---

<sup>5</sup> So die Terminologie bei Hess, in: Althammer/Weller (Hrsg.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht*, 2015, S. 221, 225.

<sup>6</sup> Ein solches Sonderverfahrensrecht wird insbesondere für das staatliche Zivilverfahren mit guten Gründen kritisch gesehen, ein *sozialer* Zivilprozess würde nämlich nicht nur schwächere Rechtsuchende zur Rechtsdurchsetzung befähigen, sondern auch ihre Gegenspieler benachteiligen, die Waffen also gerade nicht *gleich* verteilen; vgl. Stürmer, in: FS Baumgärtel, 1990, S. 545, 547 ff., und kritisch Roth, in: Gottwald (Hrsg.), *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan*, 2009, S. 149, 166 ff.; Roth, in: *Liber Amicorum Wolfram Henckel*, 2015, S. 283, 291 f. Zu der Idee eines Sonderprozessrechts für Verbraucher Koch, *Verbraucherprozessrecht*, 1990, S. 129 ff. Siehe dazu auch unten Kapitel 4 A. I. 1. a).

zungen bei der Ausgestaltung eines Verfahrens, unter denen Verbraucher waffengleich mit ihrem Gegenüber um die Durchsetzung ihrer materiellen Rechte ringen können.

Eine an Kriterien orientierte Evaluation verschiedener Rechtsdurchsetzungsverfahren erscheint aus wissenschaftlicher Perspektive notwendig, ist allerdings im europäischen Gesetzgebungsvorgang nicht selbstverständlich. Die Gesetzgebungsmaterialien der jüngsten Rechtsakte der EU weisen eine große Bedeutung von Verbraucherzufriedenheit und Verbrauchervertrauen aus<sup>7</sup> – freilich ohne diese Zielsetzung oder die dazu vorgesehenen Mittel auf ihre Kohärenz im Hinblick auf die Verfolgung von Verbraucherinteressen und die Durchsetzung von Verbraucherrechten hin zu überprüfen.<sup>8</sup> Sinnvoll erscheint demgegenüber eine in sich konsistente Verzahnung der verschiedenen Rechtsdurchsetzungsmechanismen,<sup>9</sup> die sich auf eine Anamnese faktischen Verbraucherverhaltens und ein fundiertes Verständnis der gegenwärtigen Praxis der Verbraucherechtsdurchsetzung stützt.

## B. Regulatorischer Hintergrund

Seit dem Beginn des 21. Jahrhunderts hat vor allem die Europäische Union Impulse für Reformen im Bereich der Verbraucherechtsdurchsetzung gegeben.<sup>10</sup> Die teilweise bereits umgesetzten, teilweise noch im Planungsstadium befindlichen Neuerungen betreffen einerseits Verfahren vor staatlichen Gerichten, andererseits aber auch Streitbeilegungsmechanismen privater Einrichtungen. Maßgebliche Motivation für die Fortentwicklung der Verfahren war dabei das Bemühen darum, möglichst breiten Bevölkerungsschichten die Möglichkeit zu eröffnen, ihre materiellen Rechte wahrzunehmen.

---

<sup>7</sup> Siehe etwa Flash Eurobarometer 321, S. 19; Erwägungsgründe 3 f., 11, 15 zur Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten; Erwägungsgründe 2 ff. zur Verordnung (EU) Nr. 524/2013 über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten.

<sup>8</sup> So gibt die EU etwa in ihrer ersten Binnenmarktakte als Leitaktion für „bessere Rechtsanwendung“ den Erlass von Rechtsvorschriften zur alternativen Streitbeilegung vor, um „das Vertrauen der Verbraucher in die Durchsetzung ihrer Rechte wiederherzustellen“, schweigt aber zu der Frage, inwieweit außergerichtliche Institutionen einen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung leisten können; Binnenmarktakte I, KOM(2011) 206 endg. unter 2.4.

<sup>9</sup> Dies ist auch das Postulat von *Weber/Faure*, 23 ERPL 2015, 525 ff.

<sup>10</sup> Siehe *Bachmann*, in: Blaurock (Hrsg.), *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie*, 2005, S. 1, 23 ff.

## I. Zugang zum Recht und Zugang zur Justiz

Den ersten Anstoß zur jüngeren Debatte um den effektiven Schutz materieller Rechte gab bereits in den 1970er Jahren eine rechtssoziologische Untersuchung zum *access to justice*.<sup>11</sup> Dahinter stand anfangs vor allem das Bemühen, milieutypische Justizzugangsbarrieren zu identifizieren.<sup>12</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Bedeutung des Zugangs zu den Gerichten seitdem wiederholt herausgestellt.<sup>13</sup> Demgegenüber verschob die Europäische Union schon bald den Fokus der Betrachtung vom Zugang zur *Justiz* auf den Zugang zum *Recht*.<sup>14</sup> In den jüngsten Rechtsakten der Union ist dann – nunmehr wieder prozedural – erstmals von einem Zugang *zur außergerichtlichen Streitbeilegung* die Rede.<sup>15</sup> Beide Neuausformungen der klassischen Justizzugangsfrage verdienen eine nähere Betrachtung.

Das Ziel, das sich damals wie heute hinter der Zugangsfrage verbirgt, besteht darin, möglichst breiten Bevölkerungsschichten die Verfolgung ihrer materiellen Rechte zu ermöglichen.<sup>16</sup> Rechtsdurchsetzung und staatliche Justiz gehen dabei nicht immer Hand in Hand: Zum einen kann materielles Recht auch außerhalb der Justiz walten, zum anderen kann die staatliche Gerichtsbarkeit auch durchaus von der Anwendung materiellen Rechts absehen. Dennoch betonte die klassische *access-to-justice*-Diskussion die Bedeutung der Justiz, denn im Streitfall hing es regelmäßig von der Verfügbarkeit einer effektiven Justiz ab, ob dem Recht zur Durchsetzung verholten wurde. Zudem ist nur der Zugang zur *staatlichen* Justiz auf konstitutioneller Ebene verankert: Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG und aus den Grundrechten eine umfassende Justizgewährungspflicht ab, die wesentliche Behinderungen der Anrufung staatlicher Gerichte oder gar die Errichtung von

<sup>11</sup> *Cappelletti/Garth/Trocker*, 40 *RabelsZ* 1976, 669 ff.; *Cappelletti/Garth*, *Access to justice*, 1978/1979, Bände I-III, passim.

<sup>12</sup> Ein detaillierter Überblick findet sich bei *Kocher*, *Funktionen der Rechtsprechung*, 2007, S. 123 f., 129 ff. m.w.N.

<sup>13</sup> BVerfG v. 13. März 1990, 2 BvR 94/88 u.a., BVerfGE 81, 347, 356 ff.; BVerfG v. 12. Februar 1992, 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337, 345 ff.; BVerfG v. 12. Dezember 2006, 1 BvR 2576/04, BVerfGE 117, 163, 196 f.

<sup>14</sup> So insbesondere die Mitteilung KOM(84) 692 endg. und das Grünbuch KOM(93) 576 endg., das freilich auf S. 4 noch von „Verfahren (gerichtlich oder als Verwaltungsverfahren)“ spricht. Vom Zugang zum *Recht* sprach zuvor bereits *Baumgärtel*, Gleicher Zugang zum Recht für alle, 1976.

<sup>15</sup> So etwa Art. 2 Abs. 3, Art. 5 und eine Reihe weiterer Passus in der ADR-Richtlinie; ebenso *Hirsch*, *NJW* 2013, 2088, 2090 ff.; *Rübl*, *ZfP* (127) 2014, 61, 71 ff.

<sup>16</sup> *Kocher*, *Funktionen der Rechtsprechung*, 2007, S. 132 f., weist freilich darauf hin, dass es dem Recht ein Stück weit immanent ist, dass es für viele derjenigen, die es schützen soll, faktisch nicht nutzbar ist. Ebenfalls skeptisch gegenüber der Teilhabe der breiten Bevölkerungsmehrheit an der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung *Ben-Shabar*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, 2013, S. 447, 458 ff.

Zugangsbarrieren<sup>17</sup> verbietet.<sup>18</sup> Ein ähnliches Prinzip lässt sich auch in Art. 6 Abs. 1 EMRK<sup>19</sup> und in Art. 10 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR)<sup>20</sup> wie auch in der allgemeinen unionalen Zielbestimmung des Art. 67 Abs. 4 AEUV verorten.<sup>21</sup> Die Justiz muss sich den Bürgern nicht andienen,<sup>22</sup> aber sie muss für jede Form von Streitigkeiten faktisch nutzbar sein.

In der Vergangenheit führte der Zugang zum Recht im Streitfall fast zwingend über die Justiz. Dass dies auch heute noch so ist, erscheint nicht von vornherein unplausibel, bedarf aber eines gesonderten Nachweises. Die Frage nach geeigneten Rechtsdurchsetzungsmechanismen sollte man deswegen nicht auf gerichtlichen Rechtsschutz verengen, solange nicht gezeigt ist, dass nur die Justiz eine echte Garantin für die Durchsetzung materieller Rechte sein kann. Die Justiz muss diese Rolle von Verfassungen wegen ausfüllen,<sup>23</sup> aber *prima facie* kommen dafür auch außergerichtliche Mechanismen in Betracht.

Wenn sodann vom *Zugang* zum materiellen Recht die Rede ist, so bedeutet dies, dass die Entscheidung zur Rechtsverfolgung immer noch in den Händen des Individuums liegt. Weder rechtsorientierte noch rechtsferne Verfahren

---

<sup>17</sup> Für die Errichtung von Zugangshindernissen plädiert aber *Heister-Neumann*, ZRP 2005, 12, 14; dagegen allerdings BVerfG v. 12. Dezember 2006, 1 BvR 2576/04, BVerfGE 117, 163, 186: „Im Rechtsstaat ... stellt es keinen Gemeinwohlbelang dar, den Zugang zu den Gerichten generell zu erschweren“; nur Prozesse ohne jegliche Erfolgsaussichten sollen nach dem BVerfG von den Gerichten ferngehalten werden.

<sup>18</sup> Statt vieler BVerfG v. 12. Februar 1992, 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337, 345 ff.; BVerfG v. 2. März 1993, 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118, 123 ff.; BVerfG v. 20. Juni 1995, 1 BvR 166/93, BVerfGE 93, 99, 107 f.; siehe auch *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 101 Fn. 397; *Bruns*, in: FS Stürner, Band 1, 2013, S. 257 ff.; *Zuck*, NJW 2013, 1132 ff.; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 2014, § 1 Rn. 4; *Vollkommer*, in: Zöllner, ZPO, 2016, Einl. Rn. 48; historisch *Calliess*, Gutachten A zum 70. DJT, 2014, S. 45 ff.

<sup>19</sup> *Wolf*, in: FS Söllner, 2000, S. 1279, 1280 f. m.w.N. dort in Fn. 7.

<sup>20</sup> Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte wurde durch eine UN-Resolution im Jahr 1948 niedergelegt; ihr kommt bisher ein rein appellativer Charakter zu.

<sup>21</sup> Vgl. *Schmidt-Jortzig*, NJW 1994, 2569, 2571.

<sup>22</sup> Sprichwörtlich *Benda*, DRiZ 1979, 357 ff. (Rechtsgewährung als „knappes Gut“); weiter *Pfeiffer*, ZRP 1981, 121 („Knappe Ressource Recht“); prägnant, vor dem Hintergrund der Justizgewährungspflicht aber auch nicht unproblematisch *Motsch*, in: FS Söllner, 1990, S. 403, 405: „Aus der Perspektive des Mannes auf der Straße sind die staatlichen Gerichte oft fern, teuer und schwerfällig. Doch diese Nachteile sind zugleich ihre Vorzüge. Erst Distanz und Gemächlichkeit verbürgen Würde und Qualität. Nur was teuer ist, wird hochgeschätzt. Und selbst die Abschreckung durch die Kosten ist gewollt: wer das staatliche Gericht anrufen will, soll dreimal überlegen, ob es sich lohnt.“

<sup>23</sup> *Calliess*, Gutachten A zum 70. DJT, 2014, S. 41, formuliert das so: „Es entspricht ... einem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden verfassungsrechtlichen Gebot, dem auch in Deutschland zu beobachtenden Prozessschwund durch eine Steigerung der Bürgerfreundlichkeit und Effizienz der Zivilrechtspflege so entgegenzuwirken, dass ihr Marktanteil bei der Erbringung von Justizdienstleistungen groß genug bleibt, um ihre rechtsstaatlichen Funktionen und Aufgaben zu erfüllen.“ – Ebenfalls mit dem Impetus des Bedeutungserhalts der Ziviljustiz, aber kritisch hinsichtlich der Dienstleistungsdiktion *Rotb*, JZ 2014, 801, 803, und *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 254.

dürfen den Rechtssubjekten pauschal aufgedrängt werden<sup>24</sup> – und das gilt nicht nur für Verbraucher, sondern gleichermaßen für Unternehmer.<sup>25</sup> Idealerweise bleibt es der freien und wohlinformierten Entscheidung der Individuen selbst überlassen, welche Ziele sie in einem Verfahren verfolgen und welches Forum sie dafür wählen.

## *II. Verbraucherrechtsdurchsetzung durch staatliche Gerichte*

Blickt man auf die tatsächliche Bedeutung der unterschiedlichen Konfliktlösungsinstitutionen, so liegt der Schluss nahe, dass sich die Gewichte hier in den vergangenen Jahren nennenswert verschoben haben. Ließ sich noch vor zwei Jahrzehnten eine stetig anschwellende Prozessflut vor den Zivilgerichten beobachten,<sup>26</sup> so nehmen insbesondere die Fallzahlen bei den Amtsgerichten nunmehr seit vielen Jahren fast kontinuierlich im Schnitt um etwa 2 % pro Jahr ab.<sup>27</sup> Unter der Annahme, dass die Zahl der Konflikte ungefähr gleich geblieben ist,<sup>28</sup> ergibt sich daraus der Befund, dass das amtsgerichtliche Verfahren den Präferenzen materieller Rechte zunehmend weniger geeignet erscheint, diese Rechte zu verhandeln oder durchzusetzen.<sup>29</sup>

Der deutsche Gesetzgeber hat zwar in den vergangenen Jahren einige behutsame Änderungen zur Modernisierung des Zivilverfahrens vorgenommen, die insbesondere dessen Anpassung an neue Kommunikationstechnologien betreffen: Im Jahr 2011 sorgten das Formanpassungsgesetz und das Zustellungsreformgesetz für eine Gleichstellung der elektronischen Signatur (§ 130a ZPO). Das Justizkommunikationsgesetz erlaubte 2005 die elektronische Führung der Prozessakte (§§ 130b, 298a, 371a ZPO). 2007 wurde das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) eingeführt, seit 2008 sind nach § 690 Abs. 3

<sup>24</sup> Risse, in: FS Haase, 2006, S. 309, 313; Eidenmüller, JZ 2015, 539, 543 ff.

<sup>25</sup> von Hippel, Verbraucherschutz, 1986, S. 23 m.w.N.

<sup>26</sup> Hoffmann-Riem, ZRP 1997, 190 m.w.N.

<sup>27</sup> Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 12 f.; Graf-Schlicker, AnwBl 2014, 573. Teils noch deutlicher ist die Entwicklung in anderen Mitgliedstaaten der EU; im Vereinigten Königreich etwa sank die Zahl von Kleinverfahren innerhalb von zehn Jahren um fast ein Drittel; siehe UK Ministry of Justice, Judicial and Court Statistics 2011, 2012, S. 17.

<sup>28</sup> Diese Annahme ergibt sich aus der seit der Jahrtausendwende ungefähr gleich gebliebenen Bevölkerungszahl. Mit Blick auf die im gleichen Zeitraum fast stetig gestiegene Wirtschaftsleistung könnte man sogar von einer gewachsenen Konfliktzahl ausgehen, was die Folgerung eines Bedeutungsverlusts der Zivilgerichte noch verstärken würde.

<sup>29</sup> Hirtz, NJW 2014, 2529 f., verweist freilich darauf, dass die Gründe für den Rückgang der Fallzahlen bisher empirisch weitgehend unklar sind. Demgegenüber sieht Wolf, NJW 2015, 1656, 1659 f., den Rückgang der Fallzahlen bei den Amtsgerichten als Ausdruck der Etablierung von Schlichtungsverfahren.

S. 2 ZPO anwaltliche Mahnanträge nur noch elektronisch möglich, 2013 legte das Gesetz zur Förderung des Elektronischen Rechtsverkehrs bei den Gerichten die Einführung des elektronischen Anwaltspostfachs bis 2016 fest (§ 31a BRAO), und 2020 soll die E-Akte das führende System im Anwaltsprozess sein. Allerdings konzentrieren sich all diese Maßnahmen im Wesentlichen auf die Reduktion der Transaktionskosten für die Verwaltung und die Rechtsanwaltschaft.<sup>30</sup> Die spezifischen Bedürfnisse von Verbrauchern nach Verständlichkeit, Transparenz und überschaubaren Kosten bleiben bei diesen Reformen bislang weitgehend unberücksichtigt.

Auch Neuerungen im kollektiven Rechtsschutz haben diese Ausgangslage kaum verändert. Die Einführung des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG im Jahr 2004 und des Verbandsklage- und Vorteilsabschöpfungsrechts nach §§ 33 Abs. 2, 34a GWB in 2005, weiter das 2005 in Kraft getretene KapMuG wie auch die 2008 geschaffene Möglichkeit des Forderungseinzugs durch Verbraucherverbände nach § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO bilden heute zwar ein Grundgerüst kollektiven Rechtsschutzes. Diese Mechanismen werden allerdings in der Praxis aus einer Vielzahl von Gründen nur sporadisch genutzt und sind der Rechtsdurchsetzung in der Breite der auftretenden Rechtsstreitigkeiten kaum dienlich. Zwar gibt es durchaus Initiativen für eine Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes, die zum Teil auch auf die Durchsetzung von Verbraucherrechten zielen.<sup>31</sup> Allerdings war die Einführung von Kollektivmechanismen in Deutschland bisher anders als in einzelnen anderen Mitgliedstaaten<sup>32</sup> schlichtweg nicht mehrheitsfähig. Deswegen spielt der kollektive Rechtsschutz gegenwärtig faktisch nur eine untergeordnete Rolle bei der Bewältigung von Rechtsdurchsetzungslücken.

Das verbleibende Umsetzungsdefizit im – inzwischen weitgehend vereinheitlichten – Verbraucherrecht hat längst auch die Europäische Union in den Blick genommen.<sup>33</sup> Sie hat den Schwerpunkt ihrer regulativen Tätigkeit zunächst auf die angesichts der Kompetenzgrenze des Art. 81 AEUV nicht unproblematische<sup>34</sup> Weiterentwicklung des Zivilverfahrensrechts und jüngst speziell

---

<sup>30</sup> Aus der auf Anwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts beschränkten zukünftigen Nutzungspflicht des elektronischen Rechtsverkehrs nach dem künftigen § 130d ZPO spricht insofern auch ein fehlendes Bemühen, den elektronischen Rechtsverkehr verbrauchergerecht zu gestalten; vgl. auch die insofern enge Perspektive bei *Bacher*, NJW 2015, 2753 ff.

<sup>31</sup> So etwa der 2014 in den Bundestag eingebrachte Entwurf eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren, BT-Drs. 18/1464; erläuternd *Montag*, ZRP 2013, 172 ff.

<sup>32</sup> *Fawvarque-Cosson*, EuVR 2014, 143 ff.

<sup>33</sup> Auch *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 280, vermutet, dass jenes Umsetzungsdefizit „etwas mit Unzulänglichkeiten des Verfahrens zu tun habe“.

<sup>34</sup> Zweifelnd bereits *Reich*, Individueller und kollektiver Rechtsschutz im EU-Verbraucherrecht, 2012, S. 49, und nunmehr auch *Roth*, JZ 2013, 637, 642, *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704, 1706; *Rühl*, RIW 2013, 737, 738; *Meller-Hannich*, in: Althammer (Hrsg.), Verbraucherstreitbeilegung, 2015, S. 19, 25 f. Die Bedenken begründet und bekräftigt ausführlich



auch des Verbraucherverfahrensrechts gelegt. 2006 und 2007 erließ sie Verordnungen zur Schaffung eines europäischen Mahnverfahrens und eines Bagatelverfahrens.<sup>35</sup> Diese Instrumente sind aber auch Jahre nach ihrer Einführung kaum bekannt und werden wenig genutzt,<sup>36</sup> obwohl eine eigene Verordnung die Vollstreckung im europäischen Ausland sichert.<sup>37</sup> Auch bei Kollektivmechanismen zeigte sich die EU engagiert, so etwa mit dem 2008 vorgelegten Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher<sup>38</sup> und der 2013 ergangenen Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz<sup>39</sup>. Diese Vorschläge blieben allerdings mit Blick auf die begrenzte Kompetenz des Art. 81 AEUV notwendig vage. Vor diesem Hintergrund hat die Europäische Union ihren rechtspolitischen Schwerpunkt zunehmend auf außergerichtliche Verfahren verlagert, die sie aufgrund der Vorgaben des AEUV eher innerhalb ihres Kompetenzbereichs sieht.<sup>40</sup>

### III. Verbraucherrechtsdurchsetzung auf privater Ebene

Außerhalb der Gerichte leisten Verbraucherzentralen und Rechtsanwälte einen Beitrag zur Kompensation von Rechtsdurchsetzungsdefiziten. Die außergerichtliche anwaltliche Beratung wird für wirtschaftlich schwache Rechtssuchende über das Beratungshilfegesetz finanziell unterstützt.<sup>41</sup> Hinzu kommen branchenspezifische Schlichtungsstellen, die innerhalb bestimmter Gewerbe-

---

und in aller Deutlichkeit *Rühl*, in: FS Wulf-Henning Roth, 2015, S. 459 ff.; ähnlich *Rühl*, 38 J. Consum. Policy 2015, 431, 433 ff.

<sup>35</sup> Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 (Europäisches Mahnverfahren/Europäischer Zahlungsbefehl), kurz EuMahnVO; Verordnung (EG) Nr. 861/2007 (Europäisches Verfahren für geringfügige Forderungen), kurz EuGFVO; zum 14. Juli 2017 werden beide Verordnungen geändert durch die Verordnung (EU) 2015/2421 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 zur Einführung eines europäischen Mahnverfahrens. Zum vorlaufenden Erneuerungsvorschlag der Kommission in KOM(2013) 794 endg. siehe *Sujecki*, ZRP 2014, 84.

<sup>36</sup> *van Rhee/Uzelac*, Enforcement and Enforceability, 2010, S. 17 ff.; *Vicari et al.*, ECC-Net European Small Claims Procedure Report, 2012; *Hau*, in: FS Gottwald, 2014, S. 255, 256 f.

<sup>37</sup> Verordnung (EG) Nr. 805/2004 (Europäischer Vollstreckungstitel); s.a. VO (EG) Nr. 44/2001 (Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen) und VO (EG) Nr. 1393/2007 (Europäische Zustellung).

<sup>38</sup> Grünbuch KOM(2008) 794.

<sup>39</sup> Empfehlung 2013/396/EU.

<sup>40</sup> *Meller-Hannich/Höland/Krausbeck*, ZEuP (22) 2014, 8, 32 f.; *Meller-Hannich*, in: Althammer (Hrsg.), Verbraucherstreitbeilegung, 2015, S. 19, 39 f. Zu den Grenzen der Berufung von Art. 114 AEUV für Konfliktlösungsverfahren siehe oben Kap. 1 Fn. 34.

<sup>41</sup> Grundlegend *Kawamura*, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland, 2014.

und Industriezweige eine hybride Dienstleistung mit Elementen aus Schlichtung und Rechtsberatung anbieten. Ein flächendeckendes System außergerichtlichen Verbraucherschutzes existierte allerdings bislang noch nicht.

In diese Struktur kommt jüngst Bewegung. Im Jahr 2013 hat die Europäische Union mit der ADR-Richtlinie und der ODR-Verordnung zwei Rechtsakte erlassen, die den Zugang zu außergerichtlichen Rechtsdurchsetzungsmechanismen erleichtern sollen.<sup>42</sup> Die EU verpflichtet ihre Mitgliedstaaten nunmehr, ein flächendeckendes Netz außergerichtlicher Konfliktlösungsstellen zu gewährleisten, über das Verbraucher die Behandlung ihrer Streitigkeiten zu geringen Preisen oder sogar kostenlos initiieren können. Darüber hinaus schafft sie selbst ein Online-Portal, über das Verbraucher die für ihren Konflikt zuständigen außergerichtlichen Streitbelegungsstellen auffinden und eine Beschwerde unmittelbar einleiten können.

Auch wenn die Europäische Union erst jüngst ihre Aktivitäten im Bereich der Konfliktlösung in Verbraucherangelegenheiten verdichtet hat, findet sich doch eine ganze Reihe strategischer Vorläufer für die 2013 ergangenen Rechtsakte: Bereits im Jahr 1975 verabschiedete der Rat der Europäischen Gemeinschaften ein Papier, das den gerichtlichen Rechtsschutz als eines von fünf Verbrauchergrundrechten auswies.<sup>43</sup> Im Jahr 1984 veröffentlichte die Kommission dann eine Mitteilung an den Rat über den Zugang der Verbraucher zum Recht, die individuelle und kollektive Gerichtsverfahren wie auch außergerichtliche Einigungs- und Beratungsstellen als mögliche Handlungsfelder beschrieb.<sup>44</sup> Zum selben Thema folgten 1987 eine Entschließung des Rates<sup>45</sup>, 1993 ein Grünbuch<sup>46</sup> und 1996 ein Aktionsplan<sup>47</sup>. Im Jahr 1998 beschrieb die Kommission im Rahmen einer Empfehlung erstmals Grundsätze für die Tätigkeit außergerichtlicher Streitbelegungsstellen.<sup>48</sup> Eine weitere Empfehlung aus dem Jahr 2001 formulierte ähnliche Prinzipien ausdrücklich auch für einigungsorientierte außergerichtliche Verfahren.<sup>49</sup> Es folgte eine Phase der Konzentration auf neue gerichtliche Verfahren<sup>50</sup> sowie auf die alternative Streitbeilegung jenseits

---

<sup>42</sup> Richtlinie 2013/11/EU über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (ADR-Richtlinie); Verordnung (EU) Nr. 524/2013 über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (ODR-Verordnung).

<sup>43</sup> 1. EWG-Verbraucherprogramm 1975; siehe auch *Koch*, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 2.

<sup>44</sup> Mitteilung KOM(84) 692 endg.; siehe auch *Meller-Hannich/Höland/Krausbeck*, ZEuP (22) 2014, 8, 12.

<sup>45</sup> Entschließung 87/C 176/02.

<sup>46</sup> Grünbuch KOM(93) 576 endg.; die Vorgeschichte zu diesem Grünbuch findet sich ebendort auf S. 8 ff.

<sup>47</sup> Mitteilung KOM(96) 13 endg.

<sup>48</sup> Empfehlung 98/257/EG.

<sup>49</sup> Empfehlung 2001/310/EG.

<sup>50</sup> Siehe bereits oben in Kapitel 1 B. II.

des Verbraucherrechts,<sup>51</sup> bevor eine Mitteilung im Jahr 2009 den Blick wieder auf außergerichtliche Verfahren als Mittel zur Verbraucherrechtsdurchsetzung lenkte<sup>52</sup> und die Union 2013 schließlich die Rechtsakte zur Etablierung eines außergerichtlichen Streitbeilegungssystems für Verbraucherangelegenheiten erließ.<sup>53</sup>

Die insbesondere durch die ADR-Richtlinie geschaffenen Neuerungen greifen tief in das System der nationalen Zivilprozessrechte und in deren Verhältnis zur außergerichtlichen Konfliktbewältigung ein. Formal wird dies bereits daran deutlich, dass die Union als Rechtsgrundlage für die ADR-Richtlinie Art. 114 AEUV heranziehen musste, weil die eigentlich auf Maßnahmen auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts gemünzte Vorschrift des Art. 81 AEUV derart weitreichende Eingriffe nicht erlaubt.<sup>54</sup> Aber auch rechtspraktisch berühren die unionalen Rechtsakte die nationalen Zivilprozesse, denn die ADR-Richtlinie schreibt den Mitgliedstaaten vor, eine Art außergerichtliche Zweitjudikative zu etablieren, die Verbrauchern durch Informationspflichten der Unternehmer besonders empfohlen werden soll. Ob die außergerichtliche Streitbeilegung der Rechtsdurchsetzung insgesamt dienlich sein kann, ist dabei eine noch offene Frage.

Für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber resultiert aus diesen europäischen Vorgaben eine doppelte Herausforderung: Einerseits müssen sie ihre staatlichen Rechtsdurchsetzungsinstrumente so justieren und adaptieren, dass sie für Verbraucher zugänglich und auch bei überschaubaren Streitwerten ohne unüberwindliche Barrieren nutzbar sind. Andererseits müssen sie das von der EU teilweise vorgegebene Recht der außergerichtlichen Streitbeilegung so konkretisieren, dass die nichtstaatlichen Konfliktlösungseinrichtungen ihre auf Komplementarität angelegte Funktion weder überschreiten noch die Justiz in unzulässigem Ausmaß materiell privatisieren.<sup>55</sup> Es geht insofern nicht zuletzt auch um die Bedeutung der Rechtsprechung als dritter Staatsgewalt mit der Hoheit über Auslegung und Anwendung der materiellen Gesetze.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> Hier sind insbesondere zu nennen das Grünbuch KOM(2002) 196 endg. sowie die Mediationsrichtlinie 2008/52/EG; zu deren Hintergrund siehe *Eidenmüller/Prause*, NJW 2008, 2737 f.

<sup>52</sup> Mitteilung KOM(2009) 330 endg.

<sup>53</sup> Siehe oben Kap. 1 Fn. 42.

<sup>54</sup> Zum wissenschaftlichen Diskurs über die Legitimation der Heranziehung von Art. 114 AEUV siehe oben Kap. 1 Fn. 34. Ein weiterer Grund für die Heranziehung des Art. 114 AEUV dürfte die Tatsache gewesen sein, dass sich die Ermächtigung des Art. 81 AEUV nicht auf die Mitgliedstaaten Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich erstreckt.

<sup>55</sup> So aber die Befürchtung von *Roth*, JZ 2013, 637, 638; ausführlich *Stürmer*, in: BMELV (Hrsg.), *Alternative Streitbeilegung*, 2013, S. 9, 22 f.; zur materiellen Privatisierung der Justiz *Zado*, *Privatisierung der Justiz*, 2013, S. 237 ff., 249, 405 f.

<sup>56</sup> Ähnlich die Bewertung von *Roth*, JZ 2013, 637.

## C. Gesellschaftspolitische Bedeutung

Das gesellschaftspolitische Gewicht effektiver Verbraucherrechtsdurchsetzung manifestiert sich in ihrer ökonomischen Tragweite wie auch in ihren Folgen für die Bedeutung der Justiz als dritter Staatsgewalt.

### I. Wirtschaftliche Tragweite

Nicht bewältigte Konflikte schwächen das Vertrauen der Verbraucher in den Markt wie auch in die Rechtsordnung. Zweifel an den zur Verfügung stehenden Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten schlagen sich nicht unbedingt sofort in vermindertem Konsum nieder,<sup>57</sup> mindern aber das Vertrauen in den Rechts- und Handelsverkehr<sup>58</sup> und führen damit langfristig zu geringerem gesellschaftlichen Wohlstand. Eine an spezifischen Kriterien orientierte Bewertung der Rechtsdurchsetzungsmechanismen im Verbraucherrecht dient deswegen indirekt auch der Verwirklichung des von der Europäischen Union mit hoher Priorität verfolgten Ziels eines starken Binnenmarkts.

Gerade bei geringwertigen Streitigkeiten, wie sie im Verbraucherrecht typisch sind, besteht das Rechtsdurchsetzungsproblem in besonderer Weise. Während die Durchsetzung geschäftlicher Rechte wie auch der Umgang mit Streitigkeiten von höherem Wert durch die Wertgrenze des § 23 Nr. 1 GVG in Verbindung mit § 78 Abs. 1 ZPO zwingend von Rechtsanwälten als spezialisierten Fachleuten vorbereitet und begleitet wird, lohnt sich deren Beauftragung für viele der typischen Verbraucherstreitigkeiten kaum. Gleichzeitig ermöglichen globalisierte und digitalisierte Märkte an vielen Stellen die Erzielung erheblicher unternehmerischer Gewinne durch systematischen Betrug um individuell kleine, in Summe aber erkleckliche Beträge.<sup>59</sup> Wirksame Rechtsdurchsetzungsmechanismen müssen daher mit dem Horizont des Verbrauchers selbst kompatibel sein oder Verbraucherinteressen über Vertretungs- bzw. Kollektivmechanismen bündeln.

Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Problematik ist trotz der häufig geringen Streitwerte von Verbraucherkonflikten erheblich, weil diese umso häufiger auftreten. Das lässt sich etwa ablesen an den Statistiken zum Geschäftsanfall der erstinstanzlichen Zivilgerichte der EU-Mitgliedstaaten, welche die Hauptlast der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im innerstaatlichen wie grenzüberschreitenden Bereich tragen. Allein deutsche Amtsgerichte erledigen jährlich weit über eine Million Verfahren mit einer Streitwertsumme in Milliardenhöhe.

---

<sup>57</sup> *Hubbard*, 50 C. M. L. Rev. 2013, 187, 194 f.; *Wagner*, 51 C. M. L. Rev. 2014, 165, 184 f.

<sup>58</sup> *Basedow*, VersR 2008, 750, 751.

<sup>59</sup> Eingehend *Weber*, VuR 2013, 323, 329; rechtsökonomisch bereits grundlegend begründet von *Shavell*, 26 J. Leg. Stud. 1997, 575 ff.

Sie bewältigen damit mehr als doppelt so viele Zivilverfahren wie die Gerichte aller weiteren Instanzen zusammen.<sup>60</sup> Dabei gelangt eine erhebliche Anzahl an Verbraucherkonflikten gar nicht erst vor die staatliche Justiz, weil deren Betroffene von einer Beschwerde beim Vertragspartner und einer Anrufung der Gerichte absehen.<sup>61</sup> Die ökonomische Dimension unzureichender Rechtsdurchsetzung lässt sich zwar kaum in Zahlen fassen, ist aber wegen der Dunkelziffer nicht ausgetragener Konflikte jedenfalls noch weit größer, als die Statistik der Justiz vermuten lässt.

## II. Rechtsstaatliche Implikationen

Abseits ihrer wirtschaftlichen Tragweite berührt mangelnde Rechtsdurchsetzung auch eine grundsätzliche rechtsstaatliche Problematik. Denn Defizite bei der Rechtsdurchsetzung können auch einen Indikator für begrenzte Funktionsfähigkeit der staatlichen Justiz darstellen. Die Justizgewährleistung allerdings ist gezeigtermaßen<sup>62</sup> ein bürgerliches Recht und eine aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grund- und Menschenrechten folgende staatliche Pflicht von Verfassungsrang.

Die Frage nach effektiven Rechtsdurchsetzungsmechanismen ist deswegen nicht nur eine Frage von ökonomischer Relevanz, sondern auch ein konstitutioneller Auftrag, dessen Erfüllung sich der Gesetzgeber stets von neuem verwissern muss. Zwar gehört es nicht zum Anspruch der Gerichte, über jede bürgerliche Rechtsstreitigkeit zu urteilen. Es ist aber Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, dass Bürger bei einer Beeinträchtigung der ihnen materiell gewährten Rechte zumindest ohne erhebliche Hürden die staatlichen Gerichte anrufen können.<sup>63</sup> Seine Aufgabe, die Gerichtsbarkeit in Zivilsachen zu gewährleisten, darf der Staat aus diesem Grund nur in engen Grenzen an Private delegieren.<sup>64</sup>

## III. Spannungsfeld zwischen Modernisierung und Privatisierung der Justiz

Gleichwohl ist die Versuchung einer Delegation der staatlichen Gewährleistungsverantwortung an Private gerade bei geringwertigen Streitigkeiten erheblich. Denn die mit staatlichen Rechtsdurchsetzungsverfahren verbundenen

<sup>60</sup> *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 14, 42, 88; *Bundesgerichtshof*, Jahresstatistik Zivilsachen 2014, 2015, S. 4 f.

<sup>61</sup> *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 500 ff.

<sup>62</sup> Siehe dazu eingehend oben Kapitel 1 B. I. und unten Kapitel 6 B.

<sup>63</sup> So zu Art. 19 Abs. 4 GG BVerfG v. 30. April 2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 406 f.; vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2015, Art. 20 Rn. 133.

<sup>64</sup> Ausführlich unten Kapitel 3 B. 6.

Verfahrensrechte der Beteiligten verursachen einen respektablen Aufwand und werfen damit gerade bei Bagatellsachen die Frage nach einem Missverhältnis zwischen Kosten und Nutzen auf. Allerdings differenzieren die konstitutionellen Grundlagen der Justizgewährleistungspflicht nicht nach der Höhe des Streitgegenstands. Mit anderen Worten: Es gibt im Zivilverfahrensrecht und in dessen grundgesetzlichem Rahmen kein Prinzip des *de minimis non curat praetor*<sup>65</sup>: Wo aus einem Bagatellrechtsverstoß ein materieller Rechtsanspruch folgt, muss es hierfür wirksame Rechtsschutzmechanismen ohne eine weitere Bagatellkontrolle geben, will man nicht die Wertentscheidung des Gesetzgebers konterkarieren.<sup>66</sup>

Das so aufgerollte Spannungsfeld zwischen Privatisierung und Modernisierung der Justiz könnte sich freilich auch innovativ im Sinne einer Verbesserung der Effizienz der staatlichen Zivilgerichtsbarkeit nutzen lassen. Möglicherweise bietet sich gerade hier eine Chance für den deutschen Gesetzgeber, die Bündelung und Technisierung von Zivilverfahren voranzutreiben und dadurch mit gleichbleibenden Ressourcen den Zugang gerade der Verbraucher zum Recht sogar nachhaltig zu verbessern.<sup>67</sup> Ein gut abgestimmtes Angebot an schlanken staatlichen Rechtsdurchsetzungsverfahren individueller und kollektiver Art entspräche womöglich nicht nur den Bedürfnissen der Verbraucher und dem rechtsstaatlichen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, sondern wäre durch die Nutzung moderner Informationstechnologie auch aus Effizienzgesichtspunkten gegenüber privaten Verfahren vorzugswürdig.<sup>68</sup>

## D. Forschungsgegenstand

Vor diesem Hintergrund lässt sich der Forschungsgegenstand dieser Arbeit in persönlicher, sachlicher und räumlicher Hinsicht eingrenzen.

---

<sup>65</sup> Zum rechtshistorischen Fundament dieses Grundsatzes *Holzhauser*, ZRP 2010, 236. Demgegenüber lässt sich ein materiell-rechtlicher Grundsatz des *de minimis non curat lex* durchaus an verschiedenen Beispielen festmachen; vgl. etwa *Buß*, NJW 1998, 337, 341 ff.; im Common-Law-Kontext *Veech/Moon*, 45 Mich. L. Rev. 1947, 537 ff.

<sup>66</sup> *Buß*, NJW 1998, 337, 343 f.; *Holzhauser*, ZRP 2010, 236. Demgegenüber findet sich in Art. 35 Abs. 3 lit. b) EMRK seit 2010 eine Bagatellschwelle; vgl. *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2011, 3126 ff. Zumindest eine gestraffte Behandlung geringwertiger Streitigkeiten befürwortet *Basedow*, VersR 2008, 750, 751, der durchaus provokant fragt: „Immer drängender stellt sich auch die Frage, ob der Rechtsstaat wirklich für jeden noch so kleinen Fall sein vollständiges Instrumentarium zur Verfügung stellen muss. Kann nicht weniger manchmal auch mehr sein?“

<sup>67</sup> Zum technischen Potenzial in der Verfahrensbearbeitung siehe *Haft*, in: FS Prüm, 2013, S. 15 ff.

<sup>68</sup> So bereits *Eidenmüller/Engel*, 29 Ohio St. J. on Disp. Resol. 2014, 261, 286 f.

## I. Persönliche Eingrenzung

Die Funktionsfähigkeit von Rechtsdurchsetzungsmechanismen lässt sich nicht allgemeingültig bestimmen. Sie hängt entscheidend von der Frage ab, wer es ist, der die jeweilige Institution in Anspruch nimmt. Rechtssubjekte sind unterschiedlich versiert im Umgang mit staatlichen Institutionen. Im materiellen Recht hat das Bewusstsein für unterschiedliche Schutzbedürfnisse eine lange Tradition.<sup>69</sup> Seine heutige Ausprägung erhielt es insbesondere durch neugestaltende und vereinheitlichende Rechtsakte der Europäischen Union aus den vergangenen drei Jahrzehnten.<sup>70</sup> Der Schutz des Schwächeren im Rechtsverkehr hängt seitdem an der Rolle des *Verbrauchers*.<sup>71</sup>

Auch bei der Rechtsdurchsetzung lässt sich beobachten, dass sich gerade Verbraucher schwer damit tun, ihren materiellen Ansprüchen Geltung zu verschaffen.<sup>72</sup> Konflikte zwischen Verbrauchern und Unternehmern betreffen typischerweise geringwertige Forderungen aus Sachverhalten mit geringer tatsächlicher Komplexität. Häufig gibt es zwischen den Parteien große räumliche Distanz und eine erhebliche Asymmetrie in der Konflikt routine. Hinzu kommt gerade für Unternehmer als Anspruchsgegner die Versuchung, Schwächen des Anspruchsinhabers im eigenen Gewinninteresse systematisch auszunutzen. Der Verbraucherschutz bei der Rechtsdurchsetzung ist dennoch erheblich weniger weit gediehen als auf materiell-rechtlicher Ebene. Daraus folgt die Frage, welchen Voraussetzungen Rechtsdurchsetzungsinstrumente genügen müssen, um auch Verbrauchern einen gleichwertigen Zugang zum Recht zu eröffnen.

Freilich stellt sich im Verfahrensrecht wie auch im materiellen Recht die Frage, ob der rollenbezogene Verbraucherbegriff des § 13 BGB ein taugliches

---

<sup>69</sup> Unterschiedliche personelle Schutzstandards finden sich im deutschen Zivilrecht bereits weit früher, so etwa im 1894 in Kraft getretenen Abzahlungsgesetz, im 1979 in Kraft getretenen Reisevertragsrecht der §§ 651a ff. BGB sowie in der unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltung von Wohn- und Geschäftsraummiete. Den Hinweis auf diese Beispiele verdanke ich *Beate Gsell* sowie der ausführlichen Darstellung bei *Denkinger*, Der Verbraucherbegriff, 2007, S. 135 ff.

<sup>70</sup> Richtlinien 85/577/EWG (Verträge außerhalb von Geschäftsräumen), 93/13/EWG (missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen), 97/7/EG (Fernabsatz), 1999/44 EG (Verbrauchsgüterkauf), 2011/83/EU (Verbraucherrechte).

<sup>71</sup> Dazu *Damm*, VersR 1999, 129 ff.; kritisch *Dreber*, JZ 1997, 167 ff.; differenzierend *Medicus*, in: FS Kitagawa, 1992, S. 471 ff.

<sup>72</sup> *von Hippel*, RabelsZ 1976, 513, 530. Noch deutlich weiter gehend *Grundmann*, in: FS Wulf-Henning Roth, 2015, S. 181, 195, wonach „die Rechtsdurchsetzung wohl denjenigen Bereich [bildet], in dem das Verbraucherrecht am eigenständigsten ist oder sein sollte, d.h. der Bedarf an speziellen Schutzvorschriften am höchsten ist“. Diese Perspektive ist bereits nah an dem Postulat eines Sonderverfahrensrechts für Verbraucher; vgl. dazu aber bereits oben Kap. 1 Fn. 6.

Schutzkriterium für die Anknüpfung eines besonderen Schutzrechts ist.<sup>73</sup> Es spricht einiges dafür, dass der Schutzbedarf bei der Durchsetzung von Verbraucherrechten nicht unbedingt an der privaten Zwecksetzung eines Geschäfts hängt. Bedeutsam erscheint nämlich insbesondere auch der häufig geringe Wert von Verbraucherstreitigkeiten, der zu einem Missverhältnis zwischen Kosten und Nutzen der Rechtsverfolgung führt.

Geht es danach um *einzelne geringwertige Ansprüche von Verbrauchern gegen Unternehmer*, so sind davon nicht notwendig, aber doch typischerweise Verbraucherrechte betroffen. Das rechtfertigt es, den Gegenstand dieser Arbeit mit der Durchsetzung materieller Verbraucherrechte zu beschreiben. Diese auch terminologische Vereinfachung nimmt in Kauf, dass sich die erörterten Rechtsdurchsetzungsprobleme einerseits bisweilen auch bei Ansprüchen kleiner Unternehmer stellen und sie andererseits bei der Geltendmachung höherwertiger Verbraucherrechte womöglich seltener auftreten.

## II. Sachliche Eingrenzung

Den sachlichen Gegenstand der Arbeit bilden gerichtliche und außergerichtliche Mechanismen zur Durchsetzung geringwertiger zivilrechtlicher Aktivforderungen<sup>74</sup> im soeben beschriebenen Personenkreis. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Geltendmachung dieser Rechte im eigenen Namen, für ein stimmiges Gesamtbild sind allerdings auch Verfahren zu berücksichtigen, die von institutionellen Akteuren wie etwa Verbraucher- oder Wirtschaftsverbänden betrieben werden. Außer Betracht bleiben Vollstreckungsverfahren sowie indirekte Maßnahmen zur Durchsetzung von Verbraucherforderungen, so etwa das Ingangsetzen eines Verwaltungs- oder Strafverfahrens gegen den Schuldner wie auch ein unter Umständen damit verbundenes Adhäsionsverfahren. Auch Fragen des Wettbewerbs- und Kartellrechts werden nur am Rande in den Blick genommen.<sup>75</sup>

Die Zielrichtung außergerichtlicher Konfliktlösungsverfahren bleibt gegenwärtig bisweilen diffus. Viele dieser Mechanismen werden regelmäßig als Rechtsdurchsetzungsinstrumente begriffen, ohne dass ihr Beitrag zur Rechtsdurchsetzung gesetzlich geregelt oder in der Praxis belastbar nachzuweisen wäre. Auch diese Verfahren sind Gegenstand dieser Arbeit, gerade weil ihre Bedeutung für die Rechtsdurchsetzung weitgehend unklar ist.

---

<sup>73</sup> Zur Rollenanknüpfung im materiellen Recht jüngst kritisch *Engel/Stark*, ZEuP (23) 2015, 32, 34 ff.

<sup>74</sup> Steht der Verbraucher demgegenüber auf der Anspruchsgegnerseite, ergeben sich grundsätzlich andere Fragestellungen; vgl. *Hegenbarth*, ZfRSoz 1981, 34 ff.

<sup>75</sup> Hierzu siehe *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012.



Dabei folgt die Untersuchung einem weiten und gleichzeitig differenzierten *Begriff der Rechtsdurchsetzung*: Rechtsdurchsetzung geschehe danach überall dort, wo ein Interessenkonflikt zwischen Rechtssubjekten dem geltenden materiellen Recht entsprechend ausgeglichen wird.<sup>76</sup> Nach dieser Definition setzt sich Recht schon dort durch, wo zwei Individuen ihr Verhalten bewusst oder unbewusst an der Rechtslage ausrichten.<sup>77</sup> Ebenso kann Recht den Betroffenen aber auch oktroyiert werden. Zwischen beiden Polen existieren Rechtsdurchsetzungsformen ganz unterschiedlicher Bindungsgrade. Die höchste Verbindlichkeit erreichen naturgemäß die rechtskraftfähigen Entscheidungen der staatlichen Gerichte.<sup>78</sup> Naturgemäß richtet sich der Blick der hiesigen Untersuchung vorrangig auf Mechanismen mit höherer Bindungskraft. Aber auch Rechtsdurchsetzungsformen minderen Bindungsgrades werden berücksichtigt, denn das darin erkannte Recht ist zwar in der Regel nur für den einen, konkreten Konfliktfall bedeutsam, diese Konstellation tritt allerdings umso häufiger auf.

### III. Räumliche Eingrenzung

In räumlicher Hinsicht behandelt die Arbeit einerseits europäische Verfahren, die von den mitgliedstaatlichen Gerichten administriert und durchgeführt werden. Außer Betracht bleibt dabei der Rechtsschutz durch europäische Gerichte.<sup>79</sup> Andererseits widmet sich die Arbeit auch und vor allem Rechtsdurchsetzungsinstrumenten, die originär auf der Ebene der Mitgliedstaaten geregelt und angewendet werden. Im Fokus der Betrachtung stehen hier gerichtliche und außergerichtliche Verfahren in Deutschland und damit insbesondere das Mahnverfahren und die Zivilklage nach der ZPO einschließlich der gegenwärtig verfügbaren Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes sowie die außergerichtliche Verbraucherschlichtung. Verfahren aus anderen Ländern werden punktuell im Wege eines Rechtsvergleichs berücksichtigt.

---

<sup>76</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 91, beschäftigt sich weitergehend mit der „Verwirklichung“ von Recht und weist darauf hin, dass die Ausfüllung dieses Begriffs davon abhängt, welche gesellschaftlichen Funktionen man dem Recht zuweist.

<sup>77</sup> Ähnlich *Roth*, in: Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, 2009, S. 149, 152 f.

<sup>78</sup> *Höland*, ZfRSoz 2009, 23, 24 („letztverbindliche Auflösung der auf Rechtsnormen bezogenen Ungewissheit“); *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 113 f.

<sup>79</sup> Dazu ausführlich *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012.

## E. Forschungsstand

Die bisher vorliegenden Arbeiten zur Durchsetzung von Verbraucherrechten beschäftigen sich mit dem Verbraucherprozessrecht unter dem Einfluss der Europäischen Union, mit der Verfahrensgestaltung bei Verbraucherkonflikten wie auch mit dem Zusammenspiel gerichtlicher und außergerichtlicher Rechtsdurchsetzungsinstrumente.

### *I. Verbraucherprozessrecht unter dem Einfluss der Europäischen Union*

Im Verbraucherprozessrecht existiert eine vergleichsweise breite Forschungsgrundlage für Mechanismen des kollektiven (Verbraucher-) Rechtsschutzes auf deutscher und europäischer Ebene.<sup>80</sup> Demgegenüber sind Fragen aus dem Bereich der *individuellen* Verbraucherrrechtsdurchsetzung bislang wissenschaftlich nur begrenzt bearbeitet worden. Dies liegt zunächst daran, dass diese in Deutschland nicht einer separaten Prozessordnung unterliegen.<sup>81</sup> In der Zivilprozessordnung knüpfen nur wenige Vorschriften spezifisch an der Verbrauchereigenschaft einer Partei an (so etwa die §§ 29c, 1031 Abs. 5 ZPO, ersterer aber nur unter Bezug auf das materielle Recht des § 312 BGB) oder werden zumindest typischerweise von Verbrauchern in Anspruch genommen (so etwa §§ 29 Abs. 2, 29a, 114 ff., 495a ZPO).

Trotz einiger systematischer Darstellungen dieser verbraucherspezifischen Normen des Prozessrechts<sup>82</sup> fehlt es bislang an einer grundlegenden Untersuchung gerichtlicher Verfahren mit Blick auf ihre Eignung zur Durchsetzung von Verbraucherrechten. Der Blick auf die gerichtlichen Mechanismen wird dabei gerade auch durch den Vergleich mit der jüngsten Förderung außergerichtlicher Verfahren aktualisiert, weil es damit zum ersten Mal Ansätze eines supranational angestoßenen Wettbewerbs verschiedener Verbraucherrrechtsdurchset-

---

<sup>80</sup> *von Bar*, DJT-Gutachten, 1998; *Koch*, JZ 1998, 801 ff.; *Koch*, ZZP (113) 2000, 413 ff.; *von Moltke*, Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen, 2003; *Hess*, JZ 2011, 66; *Stadler*, JZ 2009, 121; *Meller-Hannich/Höland*, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011; *Koch*, JZ 2011, 438 ff.; *Domej*, ZZP (125) 2012, 421 ff.; *Madaus*, ZEuP (20) 2012, 100 ff.; *Stadler*, in: FS Stürner, Band 2, 2013, S. 1801 ff.; *Stadler*, GPR 2013, 281 ff.; *Meller-Hannich*, GPR 2014, 92 ff.; *Gsell*, in: Schulze (Hrsg.), Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint, 2014, S. 179 ff.; siehe auch die Beiträge in *Basedow et al.*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999, in *Meller-Hannich*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2008 und in *Brömmelmeyer*, Die EU-Sammelklage, 2013.

<sup>81</sup> *Roth*, in: Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, 2009, S. 149, 166 f.

<sup>82</sup> Vor allem *Koch*, Verbraucherprozessrecht, 1990; weiter *Kocher*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2012, S. 1336 ff.

zungsverfahren gibt, dem sich mitgliedstaatliche Gesetzgeber nicht unbedingt werden entziehen können.<sup>83</sup>

## II. Verfahrensgestaltung bei Verbraucherkonflikten

Vorbedingung einer Definition von Bewertungsmaßstäben für Mechanismen der Verbraucherrechtsdurchsetzung ist eine rechtstatsächliche Charakterisierung von Verbraucherverhalten im Konflikt.<sup>84</sup> Auf deren Grundlage lassen sich anschließend Anforderungen für die Gestaltung von Rechtsdurchsetzungsverfahren formulieren. Für soziale und kollektive Konflikte ist dieses Problematisches bereits in den Blick genommen worden;<sup>85</sup> diese Arbeit zielt demgegenüber auf eine entsprechende Skizze für Konflikte aus der Individualperspektive.

Die Bearbeitung der daran anschließenden Frage, welchen Stellenwert die Rechtsdurchsetzung in Verfahren zur Lösung von Verbraucherkonflikten einnehmen sollte, schöpft aus der Diskussion um die Zwecke des Zivilprozesses und um eine angemessene Balance von Rechtsfrieden und Rechtsdurchsetzung.<sup>86</sup> Wenig erörtert ist freilich bislang, inwieweit Verbraucherkonflikte eine stärkere oder schwächere Gewichtung der Rechtsdurchsetzung innerhalb der Prozesszwecke verlangen, etwa weil Verbraucher mangels ständiger Geschäftsbeziehung und infolge der hochkompetitiven Struktur der meisten Verbrauchsgütermärkte ein tendenziell geringeres Interesse an der Befriedung des Rechtsverhältnisses oder aber ein größeres Interesse an einer Vermeidung von Gerichtsverfahren haben.<sup>87</sup>

Soweit sich ein Verfahren zur Bewältigung von Verbraucherkonflikten der Rechtsdurchsetzung verpflichtet hat, stellt sich dann die Frage, welche verfahrensrechtlichen Bewertungsmaßstäbe dieser Zwecksetzung dienen. Deren Beantwortung steht vor dem Hintergrund der Forschung zur bedürfnisorientierten Gestaltung von Konfliktbehandlungsmechanismen (sog. *dispute systems design*).<sup>88</sup> Wichtig ist dabei zu klären, inwieweit außerrechtliche Maßstäbe in

<sup>83</sup> Ausführlich *Wechsler/Tripković*, in: Micklitz/Wechsler (Hrsg.), *The Transformation of Enforcement*, 2016, S. 377, 392 ff.

<sup>84</sup> Siehe dazu *Bender*, 40 *RabelsZ* 1976, 718, 726; *Bender/Schumacher*, *Erfolgsbarrieren vor Gericht*, 1980, S. 49 ff.; *Bender*, in: *Bender* (Hrsg.), *Rechtstatsachen zum Verbraucherschutz*, 1988, S. 101 ff.

<sup>85</sup> *Kocher*, *Funktionen der Rechtsprechung*, 2007.

<sup>86</sup> *Gaul*, *AcP* (68) 1968, 27, 46 ff.; *Schmidt*, *Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie*, 1973, S. 9 ff.; *Stürner*, *DRiZ* 1976, 202 ff.; neuerdings *Münch*, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), *Die Zukunft des Zivilprozesses*, 2014, S. 5 ff.; s.a. *Musielak*, in: *Musielak/Voit*, *ZPO*, 2015, Einl. Rn. 5; *Rauscher*, in: *MünchKomm-ZPO*, 2013, Einl. Rn. 8 f.

<sup>87</sup> Mit überzeugenden Gründen skeptisch gegenüber einem Sonderprozessrecht für Verbraucher *Roth*, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), *Die Zukunft des Zivilprozesses*, 2014, S. 69 ff.

<sup>88</sup> *Esser*, *Evaluations of Dispute Processing*, 1988; *Sander/Goldberg*, 10 *Negot. J.* 1994,

solche Verfahren einfließen sollten,<sup>89</sup> welche Qualifikation zur Leitung solcher Verfahren befähigt und wie Vergütung und Arbeitspensum der Entscheidungsträger ihre Verhaltensanreize und Unabhängigkeit beeinflussen. Ebenso ist zu erörtern, welche Bedeutung dem Grundsatz der Öffentlichkeit zukommt und wer das Verfahren finanzieren sollte. Diese Frage wurde für den Zivilprozess bereits in den Blick genommen<sup>90</sup> und wird jüngst durch die Diskussion um *European Principles of Civil Procedure* im supranationalen Kontext wieder aufgenommen.<sup>91</sup> Die Frage verdient aber auch eine spezifische Betrachtung aus der Warte von Verbrauchern.<sup>92</sup> Eine wichtige Facette der Fragestellung betrifft den Zugang der Verbraucher zum Recht, der durch eine Bevorzugung außergerichtlicher Verfahren beeinträchtigt sein könnte.<sup>93</sup>

### III. Zusammenspiel verschiedener Rechtsdurchsetzungsverfahren

Klar definierte Bewertungsmaßstäbe für Instrumente der Verbraucherrechtsdurchsetzung bilden den Maßstab für eine Evaluation zunächst der gerichtlichen Verfahren zur Durchsetzung materieller Verbraucherrechte in Deutschland und Europa. Die Forschungslücke in diesem Bereich umfasst nicht nur die kriteriengeleitete Ausgestaltung des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens,<sup>94</sup>

49 ff.; *Ury/Brett/Goldberg*, *Getting Disputes Resolved*, 1999; *Kupfer Schneider*, 5 *Harv. Negot. L. Rev.* 2000, 113 ff.

<sup>89</sup> Zweifelnd *Eidenmüller/Engel*, *ZIP* 2013, 1704, 1705 und *Wagner*, 51 *C. M. L. Rev.* 2014, 165, 171 ff.

<sup>90</sup> *Schmidt*, *KritV* 1989, 303 ff. und *Schmidt*, *KritV* 1991, 378 ff.; *Althammer*, *ZZP* (126) 2013, 3 ff.; speziell zur Effektivität des Rechtsschutzes jüngst auch *Zuck*, *NJW* 2013, 1132 ff. Generell zur Bedeutung von Prozessmaximen *Bruns*, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), *Die Zukunft des Zivilprozesses*, 2014, S. 53 ff.

<sup>91</sup> Die europäischen Prinzipien sollen aus den – rechtlich unverbindlichen – *Principles of Transnational Civil Procedure* entwickelt werden, die das *American Law Institute (ALI)* und das *Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)* gemeinsam formuliert haben. Siehe *Pfeiffer*, in: *Althammer/Weller* (Hrsg.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht*, 2015, S. 115 ff., und weiterführend *Stürner*, 19 *Unif. L. R.* 2014, 322 ff. Speziell aus der Perspektive europäischer Menschenrechte zuvor bereits *Wolf*, in: *FS Söllner*, 2000, S. 1279 ff.

<sup>92</sup> Zur außergerichtlichen Streitbeilegung von Verbraucherkonflikten grundlegend *Hess*, *ZZP* (118) 2005, 427, 443 ff.; daran anschließend nunmehr *Steffek/Unberath*, *Regulating Dispute Resolution*, 2013; nur kurz erwähnt bei *Hodges/Benöhr/Creutzfeldt-Banda*, *Consumer ADR in Europe*, 2012, S. 437 ff. Ähnlich schon früh *Tonner*, in: *FS Reich*, 1997, S. 861, 872 ff. Neuerdings *Hess*, *JZ* 2015, 548 ff.

<sup>93</sup> Siehe bereits die Nachweise in Kap. 1 Fn. 11 sowie speziell für Verbraucherprozesse *Calliess*, 7 *German L. J.* 2006, 647 ff. und *Eidenmüller/Engel*, *ZIP* 2013, 1704, 1707 ff. Derweil hielt *Tonner*, in: *FS Reich*, 1997, S. 861, 862, (jedenfalls damals) diese Fragestellung für unbedeutend.

<sup>94</sup> Dazu einführend *Kocher*, in: *Tamm/Tonner* (Hrsg.), *Verbraucherrecht*, 2012, S. 1336 ff.

sondern auch eine umfassende Darstellung des Zusammenspiels individueller und kollektiver Rechtsdurchsetzungsverfahren. Dazu gehört auch die Erörterung der Frage, ob die Rechtsdurchsetzung dort, wo Verbraucher trotz effizienter Verfahren rational apathisch bleiben, von Verbraucherverbänden oder von Behörden wahrgenommen werden sollte.<sup>95</sup> Bedeutsam sind in diesem Kontext auch Möglichkeiten zur Erleichterung der Verfahrenseröffnung durch den Einsatz moderner Informationstechnologie<sup>96</sup> sowie eine genaue Verortung prozessualer Verantwortlichkeiten einerseits bei den Gerichten<sup>97</sup> und andererseits auch bei den verschiedenen rechtsberatenden Berufen<sup>98</sup>.

Schließlich ermöglichen Bewertungsmaßstäbe für Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung auch eine Beurteilung nichtstaatlicher Konfliktlösungsmechanismen. Diese steht vor dem Hintergrund der grundlegenden Frage, inwieweit der Staat judikative Aufgaben überhaupt aus der Hand geben und privaten Konfliktlösungsorganisationen überlassen darf.<sup>99</sup> Dabei kommt insbesondere der Diskussion der Umsetzung der ADR-Richtlinie durch die Einrichtung, Vernetzung und Überwachung von Einigungs- und Schlichtungsstellen<sup>100</sup> großes Gewicht zu, weil dies womöglich zu einer Teilprivatisierung der Justiz führen könnte.<sup>101</sup>

Die kriteriengeleitete Evaluation der in Deutschland und Europa verfügbaren und vorgesehenen Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung ist für den deutschen Gesetzgeber von großer Bedeutung, wenn er das geltende Zivilprozessrecht auf die besonderen Anforderungen von Verbraucherverfahren ausrichten möchte. Diese Aufgabe ist mit der Umsetzung der ADR-Richtlinie in einem deutschen Verbraucherstreitbeilegungsgesetz nicht abgeschlossen.

<sup>95</sup> Dazu *Micklitz/Reich*, EuZW 2013, 457 und ausführlich die Beiträge in *Cafaggi/Micklitz*, *New Frontiers of Consumer Protection*, 2009.

<sup>96</sup> *Haft*, in: FS Prümm, 2013, S. 15 ff.; *Gaier*, NJW 2013, 2871, 2873 f.; siehe zum Mahnverfahren bereits *Gundlach*, *Europäische Prozessrechtsangleichung*, 2005, S. 176 ff. und für außergerichtliche Verfahren auch *Cortés*, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, 2011, S. 83 f.

<sup>97</sup> *Stürmer*, DRiZ 1976, 202 ff.; *Prütting*, JZ 1985, 261 ff.

<sup>98</sup> Dazu *Reich*, in: Reich/Micklitz (Hrsg.), *Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, 1980, S. 381 ff.; *Stürmer*, JZ 1986, 1089 ff.

<sup>99</sup> *Voit*, JZ 1997, 120 ff.; *Hensler*, 108 Penn St. L. Rev. 2003, 165 ff.; *Hensler*, 57 Stan. L. Rev. 2005, 1429 ff.; in jüngerer Zeit widmen sich diesem Thema auch die Monographien von *Eisenmenger*, *Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht*, 2012, und *Zado*, *Privatisierung der Justiz*, 2013; bedeutsam sind auch die Beiträge von *Münch*, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I*, 2009, S. 179 ff., und *Noone*, 37 Monash U. L. Rev. 2011, 57 ff.

<sup>100</sup> Grundlegend zu Schlichtungsstellen von *Hippel*, *Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen*, 2000.

<sup>101</sup> Kritisch insoweit bereits *Roth*, JZ 2013, 637 ff.; *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704 ff.; *Wagner*, ZKM 2013, 104 ff.; *Vernadaki*, 9 J. Contemp. Eur. Res. 2013, 297 ff. Optimistisch hingegen *Hirsch*, NJW 2013, 2088 ff.; differenzierend *Tonner*, Gutachten zur Umsetzung der ADR-Richtlinie, 2014, und *Rübl*, ZZZ (127) 2014, 61 ff.

Denn einerseits sind die Folgen dieses Gesetzes für die Rechtsdurchsetzung in Verbraucherkonflikten und für die Funktion der Rechtsprechung gegenwärtig noch nicht abzusehen. Und andererseits bleibt es unabhängig von der Bedeutung der außergerichtlichen Streitbeilegung eine fortwährende Pflicht des Gesetzgebers, den Zivilprozess zeitgemäß und nutzergerecht auszugestalten.

## F. Dogmatische Begründung von Bewertungsmaßstäben

Eine Untersuchung, die nach Bewertungsmaßstäben für Konfliktlösungsverfahren sucht, muss begründen, woraus sie diese Maßstäbe ableitet. Bewertungsmaßstäbe beanspruchen zwar nicht den grundsätzlichen Charakter von Prozessmaximen oder grundlegenden Verfahrensprinzipien. Sie dienen aber ebenso als Kriterium für eine Bewertung unterschiedlicher Verfahren und können daher im weitesten Sinne auch zum überpositiven Verfahrensrecht zählen. Zur Rechtfertigung so verstandener Bewertungsmaßstäbe sind neben ökonomischen Erwägungen im Wesentlichen vier Begründungslinien denkbar: Sie können sich auf Grund- und Menschenrechte stützen, sie können aus einfachgesetzlichen Verfahrensprinzipien erwachsen, weiter lassen sie sich womöglich auch unmittelbar aus dem materiellen Recht herleiten oder unter Umständen sogar auf außernormative Aspekte stützen.<sup>102</sup>

### I. Konstitutionelle Rechtfertigung

Eine Reihe unterschiedlicher Verfahrensrechte ist heute konstitutionell verankert.<sup>103</sup> In Deutschland folgen etwa aus Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3, 101 Abs. 1 S. 2 und 103 Abs. 1 GG Verfahrensgrundrechte von Verfassungsrang. Die zunehmend verfassungähnlich interpretierte<sup>104</sup> europäische Menschenrechtskon-

<sup>102</sup> Diese Einsicht verdanke ich der Diskussion beim 9. Habilitandenkolloquium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht im Mai 2015 in Hamburg; namentlich seien *Jennifer Trinks* und *Jan Felix Hoffmann* genannt.

<sup>103</sup> *Stürner*, ZZZ (127) 2014, 271, 308 ff. spricht von konstitutionellen Rechten und Verfahrensprinzipien als zwei konzentrischen Kreisen. Ergänzend weist *Stürner*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1063, 1064, darauf hin, dass „die meisten Verfahrensgrundsätze durch die Verfassungsgeber oder die Verfassungsgerichte später mit verfassungsrechtlichem Schutz umkleidet worden“ sind. Ähnlich nunmehr *Althammer*, in: Althammer/Weller (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, 2015, S. 3, 6 ff.

<sup>104</sup> Die Entscheidung des BVerfG v. 14. Oktober 2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (Görgülü) bezog die EMRK über das Rechtsstaatsprinzip gleichsam in das Grundgesetz ein; dies wurde bestätigt und konkretisiert in BVerfG v. 4. Mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, 331; weiterführend *Nußberger*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR X, 2012, § 209 Rn. 10 ff. m.w.N. Bisweilen findet sich sogar die Auffassung, die EMRK sei faktisch höherrangig, denn

tion sieht insbesondere in Art. 6 Abs. 1 eine Reihe von Verfahrensgarantien für gerichtliche Zivilverfahren vor.<sup>105</sup> Und auch die nach Art. 6 Abs. 1 EU nunmehr verbindliche europäische Grundrechte-Charta (GRCh) benennt in Art. 47 ähnliche Parteirechte. Diese Vorschriften stellen zwingende normative Vorgaben für justizielle Rechtsdurchsetzungsverfahren dar.<sup>106</sup>

Freilich gelten diese konstitutionellen Rechte jedenfalls ihrem Wortlaut nach nicht für außergerichtliche Rechtsdurchsetzungsverfahren, sondern nur für Gerichte.<sup>107</sup> Aus der Tatsache, dass der Geltungsgrund dieser Rechte auch für außergerichtliche Verfahren plausibel erscheint, erwächst sodann die Idee, die Anwendung dieser Prinzipien auf außergerichtliche Verfahren zu erstrecken<sup>108</sup> oder dies zumindest dort zu tun, wo diese Verfahren die Rechtsdurchsetzung bezwecken. Diese Auffassung kann sich auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1959 stützen, der bestimmte Mindeststandards auch für nicht-staatliche Gerichte aus einem „Gebot der natürlichen Gerechtigkeit“ gefolgert hat.<sup>109</sup> Diese vom BGH seinerzeit nicht näher begründete Äußerung als Legitimation für eine grundlegende Ausweitung von Justizgrundrechten heranzuziehen, erscheint allerdings dogmatisch wenig überzeugend. Man mag zwar über eine Geltung für *privatgerichtliche* Verfahren diskutieren, soweit diese Rechtsprechung im materiellen Sinne darstellen,<sup>110</sup> die Erstreckung auf konsensorientierte Verfahren ohne eine verbindliche Entscheidung erscheint allerdings als Überdehnung der nämlichen Vor-

---

bei Inkompatibilität müsse das *Grundgesetz* geändert werden; so etwa *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15, 16, 19, und dem folgend auch *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2011, Art. 46, Rn. 33.

<sup>105</sup> Weiterführend *Althammer*, in: Althammer/Weller (Hrsg.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht*, 2015, S. 3, 11 ff.

<sup>106</sup> *Stürmer*, in: *Liber Amicorum Wolfram Henckel*, 2015, S. 359, 366 f.

<sup>107</sup> So auch *Hess*, JZ 2015, 548 f.

<sup>108</sup> *Hess*, JZ 2015, 548: „[J]ede Form der Streitbeilegung unter Beteiligung eines Dritten [muss] verfahrensrechtliche Mindeststandards einhalten“. Anderer Auffassung ist *Stadler*, ZZZP (128) 2015, 165, 166.

<sup>109</sup> BGH v. 26. Februar 1959, II ZR 137/57, BGHZ 29, 352, 355, zum rechtlichen Gehör vor Vereinsgerichten.

<sup>110</sup> Insbesondere für Schiedsverfahren ist die Geltung konstitutioneller Verfahrensstandards aber durchaus streitig; klar dafür votiert *Hess*, JZ 2015, 548, 549 f., speziell für das rechtliche Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG ebenfalls bejaht von BGH v. 11. November 1982, III ZR 77/81, BGHZ 85, 288, 291 f.; anderer Auffassung ist unter Berufung auf den staatlichen Anerkennungs- und Vollstreckungsvorbehalt gegenüber Schiedssprüchen *Tochtermann*, *Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators*, 2008, S. 35 ff.; weiterhin *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz*, 2015, Art. 103 Abs. 1 Rn. 50; differenzierend *Briner/von Schlabendorff*, in: *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, 2001, S. 89, 92 ff.; zur Geltung für die Verbraucherschlichtung hinsichtlich Art. 103 Abs. 1 GG ablehnend *Stürmer*, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Alternative Streitschlichtung*, 2015, S. 87, 94 f.; generell ablehnend *Althammer*, in: *Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Alternative Streitschlichtung*, 2015, S. 117, 119 f.; jeweils m.w.N.

schriften.<sup>111</sup> So gilt die Verfassungsnorm des Art. 103 Abs. 1 GG unstreitig nur für staatliche Gerichte.<sup>112</sup> Und auch der EGMR wendet Art. 6 Abs. 1 EMRK nur auf solche außergerichtlichen Spruchkörper an, auf welche die Parteien von Gesetzes wegen<sup>113</sup> verwiesen sind.<sup>114</sup>

Auch die Tatsache, dass die Schöpfer von Grundgesetz, Menschenrechtskonvention und Grundrechte-Charta angesichts des seinerzeit noch sehr dürftigen Entwicklungsstands der außergerichtlichen Streitbeilegung diese schlechterdings nicht berücksichtigen konnten, zwingt nicht zu dem Schluss, sämtliche Rechtsdurchsetzungsverfahren heute als von den diskutierten Normen erfasst ansehen zu müssen.<sup>115</sup> Zwar haftet der Blick auf das Telos gerade nicht am Buchstaben des Gesetzes, sondern ermöglicht gerade auch die Einbeziehung der Wertentscheidungen insbesondere des historischen Gesetzgebers.<sup>116</sup> Es erscheint aber fraglich, ob konstitutionelle Vorgaben für gerichtliche Verfahren nach dem Willen des Gesetzgebers für Rechtsdurchsetzungsverfahren schlechthin gelten sollten, waren doch Schiedsgerichte und Schlichtungsverfahren zur Zeit der Schaffung etwa des GG und der EMRK Mitte des 20. Jahrhunderts alles andere als unbekannt.<sup>117</sup> Auch ein Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 2 und 3 GG<sup>118</sup> vermag nicht zu überzeugen, weil dem materiellen Zivilrecht zwar eine Ordnungsfunktion zukommt, diese aber keiner Verstärkung durch das den Staat verpflichtende Rechtsstaatsprinzip bedarf.<sup>119</sup>

<sup>111</sup> EGMR v. 23. Oktober 1985, 8848/80, *Bentham v. Niederlande*, 8 EHRR 1 PC, Rn. 40, und dem folgend *Tochtermann*, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators, 2008, S. 40 ff.

<sup>112</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2015, Art. 103 Abs. 1 Rn. 49 ff.; *Radtke/Hagemeyer*, in: BeckOK-GG, 2015, Art. 103 Rn. 3.

<sup>113</sup> Der Gerichtsbegriff des Art. 6 Abs. 1 EMRK erfasst insofern selbst Schiedsgerichte nur insoweit, als deren Jurisdiktion gesetzlich vorgeschrieben ist und es für die Parteien keinen Ausweg zu staatlichen Gerichten gibt.

<sup>114</sup> EGMR v. 28. Oktober 2010, 1643/06, *Suda v. Tschechische Republik*, Rn. 49, im Anschluss an EGMR v. 12. Oktober 1982, 8588/79 und 8589/79, *Bramelid und Malmström v. Schweden*; siehe auch *Villamarín López*, in: Stürner/Gascón Inchausti/Caponi (Hrsg.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, 2015, S. 131, 132 ff.; dem folgend auch *Stadler*, ZJP (128) 2015, 165, 166.

<sup>115</sup> Dafür spricht sich allerdings *Hess*, JZ 2015, 548, 549, aus.

<sup>116</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2015, Rn. 719 ff.; ähnlich *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 149 ff., 153 ff.

<sup>117</sup> Das Schiedsverfahren war von Beginn an Bestandteil der Civilprozeßordnung und bereits vor deren Inkrafttreten 1879 aus dem gemeinen Civilprozeßrecht bekannt; im selben Jahr trat die Preußische Schiedsmannordnung in Kraft, die ein außergerichtliches Schlichtungsverfahren für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten regelte.

<sup>118</sup> So ein weiteres Argument von *Hess*, JZ 2015, 548, 549.

<sup>119</sup> Anderer Auffassung ist *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2015, Art. 103 Abs. 1 Rn. 50, im Anschluss an *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR II, 2004, § 26 Rn. 21.



Die Geltung konstitutioneller Verfahrensstandards auch für außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren kann man vor diesem Hintergrund mit Fug und Recht als wünschenswert empfinden,<sup>120</sup> allein die funktionale Ähnlichkeit zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren – beide dienen der Konfliktlösung – rechtfertigt indes noch keine Erstreckung von Verfahrensstandards auf Mechanismen, für die sie nicht vorgesehen sind.<sup>121</sup> Bewertungsmaßstäbe, die gerichtliche und außergerichtliche Verfahren gleichermaßen einzubinden suchen, können daher keinen unmittelbaren Rückgriff auf konstitutionell verankerte Verfahrensprinzipien nehmen. Die Geltungsgründe dieser Rechte mögen durchaus auch für außergerichtliche Verfahren tragen, eine Anwendung dieser Prinzipien als Bewertungsmaßstab ist aber jedenfalls gesondert zu begründen.

## II. Verfahrensrechtlich-induktive Prinzipienbildung

Während es insofern keine konstitutionelle Grundlage für Bewertungsmaßstäbe gibt, die gleichermaßen für gerichtliche wie für außergerichtliche Verfahren gilt, enthält das einfache Recht inzwischen durchaus eine Reihe von normativen Anknüpfungspunkten. Diese finden sich zwar in verfahrensspeziellen Gesetzen – wie etwa der Zivilprozessordnung für gerichtliche und schiedsgerichtliche Verfahren oder in dem zur Umsetzung der ADR-Richtlinie erlassenen Verbraucherstreitbeilegungsgesetz für die Verbraucherschlichtung – sie können aber jedenfalls dort durch Abstraktion zu verfahrensübergreifenden Bewertungsmaßstäben erhoben werden, wo der Inhalt der nämlichen Grundsätze allerorten einheitlich verstanden wird.<sup>122</sup> Die Bewertungsmaßstäbe folgen dann nicht aus einzelnen, universal für alle Verfahren geltenden Normen, sondern erst aus einer Synopse, die induktiv ein gemeinsames, universal anwendbares Wertungsprinzip freilegt.

Fehlt es demgegenüber bei einfachgesetzlichen Vorgaben für verschiedene Rechtsdurchsetzungsverfahren an einem einheitlichen Begriffsverständnis, so muss eine Abstraktion aus diesen unterschiedlich besetzten Begriffen scheitern. Einheitliche Bewertungsmaßstäbe lassen sich dann jedenfalls nicht mehr über

<sup>120</sup> Hirtz, NJW 2012, 1686, sieht in Verfahren ohne die Bindung an rechtsstaatliche Prinzipien die „Gefahr einer alternativen Rechtsunordnung“.

<sup>121</sup> Dies begründet ausführlich und überzeugend am Beispiel von Neutralität und rechtl. Gehör beim Schiedsgutachten Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 2014, S. 439 ff., 535 f. m.w.N.

<sup>122</sup> Leipold, in: Stürner/Bruns (Hrsg.), Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, 2014, S. 235, 242 ff., sieht allerdings eine zusehends schwindende Bedeutung von Verfahrensprinzipien, die durch wachsende Richtermacht verdrängt würden; demgegenüber betont Bruns, in: Bruns/Münch/Stadler (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, 2014, S. 53 ff., die unverminderte Bedeutung von Verfahrensgrundsätzen.

eine normative Herleitung begründen, will man nicht einem logischen Irrtum erliegen und etwas voraussetzen, das es erst zu begründen gilt.

### III. Materiell-rechtliche Begründung

Soweit man sowohl auf eine konstitutionelle Begründung als auch auf eine Herleitung der Bewertungsmaßstäbe über eine Induktion aus einfachgesetzlichen Verfahrensnormen verzichten muss, verbleibt die Möglichkeit einer unmittelbaren Ableitung verfahrensrechtlicher Kriterien aus dem Geltungs- und Wirksamkeitsanspruch des materiellen Rechts.

Inwieweit sich *prozedurale* Maßstäbe aus dem *materiellen* Recht folgern lassen, war in der Vergangenheit insbesondere für den Zivilprozess Gegenstand einer intensiven wissenschaftlichen Debatte. Am Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts kursierte vielfach die Vorstellung des Verfahrensrechts als eines ausschließlich technischen Rechts, das abseits des Verfahrenszwecks keine eigenen Prinzipien kenne.<sup>123</sup> Dieser Perspektive trat vor fünf Jahrzehnten insbesondere *Wolfram Henckel* entschieden entgegen. Er etablierte die gewandelte und heute weithin akzeptierte Vorstellung, die Rechtsdurchsetzung im Prozess sei „nach Wertungsprinzipien [zu ordnen], die mit denen der außerprozessualen Rechtsausübung zusammenstimmen“.<sup>124</sup> Danach muss das Verfahrensrecht die Gerechtigkeitsvorstellungen des materiellen Rechts widerspiegeln,<sup>125</sup> sie gleichsam verwirklichen.<sup>126</sup>

Nun fragt sich freilich, wie man *die* Gerechtigkeit des materiellen Rechts in einer Weise fassen will, dass sie sich in Bewertungsmaßstäbe für ein Rechtsdurchsetzungsverfahren ummünzen lässt. Schließlich sind die Gerechtigkeits-erwägungen des Gesetzgebers so komplex, dass es schwerfällt, daraus verallgemeinerungsfähige prozedurale Rückschlüsse zu ziehen. Deswegen beschränkt sich die materiell-rechtliche Herleitung von Verfahrenskriterien im Wesent-

---

<sup>123</sup> Bekanntester Vertreter dieser Auffassung war *Stein*, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 1928, S. XIV, 26 ff. Zu Vorgeschichte und Hintergrund der *Stein'schen* Thesen *Stürner*, in: *Liber Amicorum Wolfram Henckel*, 2015, S. 359, 362 f.; zu früher Kritik an *Stein* ebendort 360 m.w.N.

<sup>124</sup> *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 62 f., und zuvor bereits *Henckel*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, 1966, S. 6 f., wonach „die Normen unseres Verfahrensrechts in gleicher Weise auf die Rechtsidee ausgerichtet sind wie ... materielle Rechtsprinzipien“.

<sup>125</sup> *Stürner*, in: *Liber Amicorum Wolfram Henckel*, 2015, S. 359, 361, 369, konkretisiert dieses Spiegelbild dahingehend, dass „konkrete Ausformungen gleicher Grundwerte unterschiedliche Gestalt haben mögen“.

<sup>126</sup> Dabei verdeutlicht der Begriff der *Rechtsausübung*, dass das Prozessrecht dem materiellen Recht, auch wenn es ihm dient, nicht *unbedingt* zur Durchsetzung verhilft; siehe insbesondere *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 61 ff.; vgl. auch *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 290, und *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, S. 406.

lichen auf die schlichte wie wichtige Feststellung, dass ein Rechtsdurchsetzungsverfahren das materielle Recht maximal verwirklichen muss und jedes Abweichen von der materiellen Rechtsanwendung – sei es durch Fristen, durch Beweismittelverbote oder infolge eingetretener Rechtskraft – mit Gründen prozeduraler Gerechtigkeit zu rechtfertigen hat.<sup>127</sup>

Dieser ursprünglich nicht normativ verwurzelte Gedanke der maximalen Rechtsverwirklichung wird bei der Durchsetzung des europäischen Privatrechts inzwischen durch den europäischen Effektivitätsgrundsatz nach Art. 4 Abs. 3 EU verstärkt, der zunehmend auch eine prozessuale Deutung erfährt.<sup>128</sup> Für rein nationale Zivilrechte ohne europäischen Hintergrund folgt ein vergleichbares Postulat aus dem Geltungsanspruch des materiellen Rechts, jedenfalls soweit man diesem den Charakter einer gesellschaftlichen Werteordnung beilegt,<sup>129</sup> dann aber bezieht es sich sowohl auf gerichtliche als auch auf außergerichtliche Rechtsdurchsetzungsverfahren.

Müssen danach die Wertentscheidungen des materiellen Rechts auf Rechtsdurchsetzungsverfahren durchschlagen,<sup>130</sup> so bedeutet dies noch nicht, dass die Existenz materieller Verbraucherrechte – womöglich mit einem Umweg über das Rechtsstaats- oder das Sozialstaatsprinzip<sup>131</sup> – notwendig zu einem Sonderverfahrensrecht für Verbraucher führt; denn es ist ein Unterschied, ob ein Verfahren verbrauchergerecht ist oder ob es Verbraucher bevorzugt behandelt. Weiterhin bedeutet der materiell-rechtliche Einschlag in das Verfahrensrecht

<sup>127</sup> Für den Zivilprozess ist dies als Grundsatz der materiellrechtsfreundlichen Auslegung des Prozessrechts anerkannt; grundlegend dazu *Schumann*, in: FS Larenz 80, 1983, S. 571 ff.

<sup>128</sup> *Heinze*, JZ 2011, 709, 713; *Reich*, Individueller und kollektiver Rechtsschutz im EU-Verbraucherrecht, 2012, S. 36 ff.; *Reich*, 10 ERCL 2014, 258, 270; *Wagner*, in: Zekoll/Bälz/Amelung (Hrsg.), Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution, 2014, S. 369, 374 ff. m.w.N. Kritisch jedenfalls gegenüber einer übermäßigen Einengung der mitgliedstaatlichen Prozessrechte *Roth*, in: Liber Amicorum Wolfram Henckel, 2015, S. 283, 292 ff. m.w.N. insbesondere zur neueren Rechtsprechung des EuGH.

<sup>129</sup> *von Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872, S. 55, spricht von der „Sicherung der festen Ordnung des Verkehrslebens“; ähnlich *Kaiser*, in: Badura/Kaiser (Hrsg.), Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts, 1987, S. 39, 40; *Stürmer*, in: FS Baumgärtel, 1990, S. 545, 547, spricht in Anknüpfung an *Raiser*, JZ 1961, 465, 472, vom materiellen Recht als einer „Lebensordnung“. Ebenso lesenswert freilich die Warnung von *Schlink*, in: Dreier (Hrsg.), Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe, 2005, S. 9, 24 ff., 32, eine maßlose Verrechtlichung gehe auf Kosten der Wirklichkeit: „Der Schaden liegt in der Absolutheit, mit der das normative Paradigma die Verwirklichung von Recht und Gerechtigkeit der Verwirklichung anderer Ziele vorordnet.“ – Zum Gesetzesvollzugsanspruch der Legislative gegenüber der Exekutive im öffentlichen Recht *Durner*, JZ 2015, 157, 161 ff. Siehe auch unten Kapitel 2 C. I. 1.

<sup>130</sup> So geht es nach *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 64, darum zu „verhindern, daß unser materielles Recht auf dem Umweg über das Prozeßrecht verfälscht wird ... und zugleich sicher[zu]stellen, daß alle Fortbildungen des materiellen Rechts auch angemessene prozeßrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.“

<sup>131</sup> Das Rechtsstaats- und vor allem das Sozialstaatsprinzip gelten als Fundament des materiellen Verbraucherschutzes; vgl. *Koch*, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 119.

nicht, dass sich die Evaluation eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens an einer Bewertung am Maßstab der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit erschöpfen müsste. Der prozeduralen Gerechtigkeit, wie sie insbesondere in konstitutionellen Garantien oder anderweitigen verfahrensrechtlichen Prinzipien zum Ausdruck kommt,<sup>132</sup> kann daneben durchaus eigene Bedeutung zukommen,<sup>133</sup> die in einem Spannungsverhältnis zum materiellen Recht steht.<sup>134</sup>

Die unterschiedlichen Begründungslinien schließen insofern nicht einander aus, sondern ergänzen und überlagern sich gegenseitig. Eine präzisere Beschreibung der konkreten Gewichtung – etwa im Sinne eines Vorrangs entweder der prozeduralen oder der materiellen Begründungslinie – erscheint dabei freilich kaum möglich, weil dies dem Einzelfall kaum gerecht würde. So zeigt etwa das Beispiel der vorrangig prozedural begründeten und als Begrenzung des materiellen Rechts fungierenden Rechtskraft und ihrer Durchbrechungen, dass das Verhältnis beider Begründungsstränge sorgfältig prozessual austariert werden muss und sich eine pauschale Gewichtung verbietet.

#### IV. Rückgriff auf außernormative Aspekte

Wo die normative Anknüpfung oder Herausbildung von Bewertungsmaßstäben versagt, mag man schließlich einen Rückgriff auf außernormative Begründungslinien erwägen.<sup>135</sup> Darunter fallen einerseits ökonomische Erwägungen und hier insbesondere das Effizienzkriterium, andererseits aber auch die tatsächlichen oder mutmaßlichen Interessen der am Streit beteiligten Parteien.

Nähme man freilich solche außernormative Aspekte zur Leitlinie für Bewertungsmaßstäbe eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens, so liefe man Gefahr, die

<sup>132</sup> Siehe dazu oben Kapitel 1 F. I. und II.

<sup>133</sup> Ausführlich *Prütting*, in: FS Schiedermaier, 2001, S. 445, 446 ff., und jüngst wieder *Prütting*, in: Liber Amicorum Wolfram Henckel, 2015, S. 261, 263; *Stürner*, in: Liber Amicorum Wolfram Henckel, 2015, S. 359, 365 f. – Wollte man das Eigengewicht prozeduraler Gerechtigkeit materiell-rechtlich begründen, ließe sich argumentieren, Prinzipien wie das rechtliche Gehör, der Grundsatz der Waffengleichheit oder der prozessuale Gleichbehandlungsgrundsatz dienen der fundierten Wahrheitsfindung und damit letztlich auch der korrekten Anwendung des materiellen Rechts. Im Übrigen müsste man allerdings auf Normen des öffentlichen Rechts zurückgreifen, etwa mit der Überlegung, Beweismittelverbote und Fristen, die die Anwendung des materiellen *Zivilrechts begrenzen*, effektuierten insbesondere eine Drittwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechtsstaatsprinzips. Umständlich demgegenüber *Goldschmidt*, *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925, S. 109, 116 f., der dieses Ergebnis über staatsbürgerliche Pflichten herleiten will. Kritisch dazu *Stürner*, in: Liber Amicorum Wolfram Henckel, 2015, S. 359, 366 f. („gekünstelt wirkende Sophistik“).

<sup>134</sup> Ähnlich *Stürner*, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, 1976, S. 46 ff.; ihm folgend *Kern*, *JZ* 2012, 389, 397 f.

<sup>135</sup> So in anderem Kontext auch die grundlegend diskutierte und hernach nicht befürwortete Überlegung von *Kleinschmidt*, *Delegation von Privatautonomie auf Dritte*, 2014, S. 536 ff. m.w.N.

rechtsorientierte Zwecksetzung des Verfahrens durch die Einführung außerrechtlicher Kriterien zu kompromittieren. Namentlich das Effizienzkriterium ist danach zur Bewertung von Rechtsdurchsetzungsverfahren nicht schlechterdings untauglich, es steht jedoch systematisch *unterhalb* der dogmatischen Begründung von Bewertungsmaßstäben und kann nur dort zum Einsatz kommen, wo das Recht selbst Effizienzerwägungen vornimmt oder zumindest zulässt.<sup>136</sup>

Speziell für den Rückgriff auf die Parteiinteressen zur Rechtfertigung von Bewertungsmaßstäben ergeben sich weitere Bedenken. Ein solcher Rückgriff würde nämlich dazu führen, dass privatautonom gewählte und gestaltete Konfliktlösungsverfahren allein deswegen unter dem prozessualen Schutz bestimmter Verfahrensstandards stünden, weil die Beteiligten daran mutmaßlich oder typischerweise ein – freilich nicht artikuliertes bzw. vertraglich nicht festgeschriebenes<sup>137</sup> – Interesse hätten. Eine solche Konstruktion sähe sich allerdings einer Reihe grundlegender Einwände ausgesetzt: Zunächst fällt es schwer, Parteiinteressen in einer Weise zu typisieren, die sie für abstrakte Verfahrensstandards fassbar macht.<sup>138</sup> Zudem ginge ein solcher, nicht an einem Verfahrensvertrag anknüpfender Standard notwendig zu Lasten einer Partei, die womöglich ein privates Konfliktlösungsverfahren gerade gewählt hat, um der steuernden Hand staatlicher Verfahrensprinzipien zu entgehen. Es ist Ausfluss der Privatautonomie der – auf materiell-rechtlicher Ebene ohnehin durch die Grenzen der §§ 138, 779 BGB geschützten – Parteien, ihre Konflikte nach Belieben und damit auch nach beliebigen Regeln lösen zu können. Diese Freiheit bringt die Verantwortung mit sich, Verfahrensverträge für außergerichtliche Konfliktlösungsverfahren entlang der eigenen Interessen zu verhandeln und auszugestalten.<sup>139</sup> Gesetzliche Verfahrensstandards hierfür würden die gewährte Freiheit ein Stück weit in ihr Gegenteil verkehren.

## G. Gang der Darstellung

Das dieser Einführung folgende zweite Kapitel der vorliegenden Untersuchung erörtert die Frage, welche Bedeutung der Durchsetzung des materiellen Rechts in Verbraucherkonflikten zukommt. Dazu gehören eine empirisch unterfütterte

---

<sup>136</sup> Ähnlich *Althammer*, in: Althammer/Weller (Hrsg.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht*, 2015, S. 3, 24 f. Siehe zur Anwendung des Effizienzkriteriums auf dieser Stufe unten Kapitel 3 C. VIII.

<sup>137</sup> Wo nämlich ein solches Interesse im Verfahrensvertrag berücksichtigt ist, erübrigt sich die Konstruktion eines übervertraglichen Verfahrensstandards ohnehin, weil in aller Regel ein entsprechender vertraglicher Anspruch besteht.

<sup>138</sup> *Kleinschmidt*, *Delegation von Privatautonomie auf Dritte*, 2014, S. 538.

<sup>139</sup> *Kleinschmidt*, *Delegation von Privatautonomie auf Dritte*, 2014, S. 540.

Skizze der Disposition von Verbrauchern im Konflikt mit Unternehmern, eine Analyse von Parametern, unter denen Verbraucher besonderen Schutzes bedürfen, und ein Blick auf das Interesse von Verbrauchern und der Allgemeinheit an einer rechtsorientierten Konfliktlösung.

Das dritte Kapitel der Arbeit entwickelt auf dogmatischer Grundlage abstrakte Bewertungsmaßstäbe für Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung. Diese Maßstäbe betreffen das Verfahrensergebnis, die Gestaltung des Verfahrens und den Zugang zur Justiz. Sie dienen als Prüfstein für die Untersuchung im vierten und fünften Kapitel, in denen gerichtliche und außergerichtliche Rechtsdurchsetzungsmechanismen entlang der zuvor entwickelten Bewertungsmaßstäbe evaluiert werden.

Das sechste Kapitel der Arbeit zeichnet ein Idealbild von der Verzahnung gerichtlicher und außergerichtlicher Rechtsdurchsetzungsinstrumente in der Praxis. Die Arbeit schließt mit 20 Thesen zur zielführenden Ausgestaltung von Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung.

## Kapitel 2

# Rechtsdurchsetzung in Verbraucherkonflikten

Die Formulierung von Bewertungsmaßstäben für Verfahren der individuellen Verbraucherrechtsdurchsetzung setzt eine Analyse typischer Verhaltensmuster im Konfliktfall voraus. Welche typischen Schwächen offenbaren Verbraucher im Umgang mit Rechtsstreitigkeiten? Bei welchen Konflikttypen treten diese Schwächen besonders hervor? Und welche Bedeutung hat das Recht für die Lösung von Verbraucherkonflikten?

### A. Verbraucher als Konfliktbeteiligte

Verbraucher verhalten sich in Konflikten typischerweise grundlegend anders als Unternehmer. Dies liegt an ihrer häufig geringen Routine im Umgang mit Konflikten, an einer meist ausgeprägten Konfliktscheu sowie daran, dass sie für die erfolgreiche Führung eines formalisierten Konfliktlösungsverfahrens vielfach unzureichend organisiert und nicht hinreichend artikulationsfähig sind.<sup>1</sup>

#### *I. Begrenzte Konfliktroutine*

Mangelnde Vertrautheit im Umgang mit Konflikten zeigt sich bei Verbrauchern in dreierlei Hinsicht: Sie haben keine oder keine ausreichende Kenntnis der Rechtslage, sie wissen nicht, welche Konfliktlösungsverfahren unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen für sie nutzbar sind, und sie verfügen tendenziell über wenig verhandlungsstrategisches Geschick.

##### 1. Unzureichende Rechtskenntnis

Verbraucher haben zwar regelmäßig eine klare Gerechtigkeitsintuition, in der konkreten Rechtslage kennen sie sich jedoch naturgemäß kaum aus.<sup>2</sup> Sie verfügen selten über juristische Informationen oder Erfahrungswerte aus gleich oder ähnlich gelagerten Fällen, weil sich bei ihnen Problemstellungen kaum wieder-

<sup>1</sup> Ähnlich bereits cursorisch von Hippel, Verbraucherschutz, 1986, S. 156, und von Moltke, Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen, 2003, S. 30 ff.

<sup>2</sup> Einer Studie aus dem Jahr 2013 zufolge sind zwar 62 % der Bevölkerung der Auffassung, sie hätten ein gutes Gespür für Recht und Unrecht, fast ebenso viele Befragte äußerten aber

holen.<sup>3</sup> Sie besitzen im Unterschied zu Unternehmen eher grundlegendes Wissen zu vielen verschiedenen Fällen als vertieftes Wissen zu einzelnen Problemerkreisen.<sup>4</sup> So wissen sie zwar beispielsweise, dass es im Fernabsatzhandel inzwischen ein gesetzliches Widerrufsrecht gibt.<sup>5</sup> Konfrontiert mit einer ebenso einfachen, aber weniger üblichen Situation wie dem Erhalt unbestellter Waren sind sie überwiegend ratlos, wie sie weiter vorgehen sollen.<sup>6</sup>

Verbraucher folgen zwar bei rechtlicher Unsicherheit nicht blindlings der Rechtsauffassung der Gegenseite und lassen sich durch einen Verweis auf das Kleingedruckte nicht unbedingt beeindrucken.<sup>7</sup> Schon bei vermeintlich einfachen Fragen der kaufrechtlichen Gewährleistung geht das Spektrum der juristischen Laienmeinungen aber weit auseinander.<sup>8</sup> Selbst eine EU-Umfrage, die eben dieses Phänomen feststellt,<sup>9</sup> irrt ihrerseits in der rechtlichen Beurteilung des den Befragten gestellten Falles.<sup>10</sup> Zwar sind Verbraucherstreitigkeiten häufig tatsächlich und bisweilen auch rechtlich weniger komplex als andere Konflikte,<sup>11</sup> allerdings erfordern schon wenig komplexe Fälle häufig juristische Grundkenntnisse – und sei es nur für eine wirksame Fristsetzung –, um bei der Geltendmachung einer trivial zu begründenden Forderung die Kostenlast nach § 93 ZPO zu vermeiden.

Diese unzureichende Rechtskenntnis könnten Verbraucher durch Zuziehung eines Rechtsanwaltes beheben, gerade bei geringwertigen Streitigkeiten erscheinen dessen Kosten allerdings prohibitiv hoch.<sup>12</sup> Und wenn sich doch ein Anwalt zur Betreuung des Falles entschließt, so wird dies tendenziell jemand sein, der sich in lukrativeren Geschäften mit höheren Streitwerten nicht behaupten

---

auch die Auffassung, die Gesetze seien zu kompliziert und für die Bürger völlig unverständlich; *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, Roland Rechtsreport 2014, 2014, S. 28 f.

<sup>3</sup> *Bender*, 40 RabelsZ 1976, 718, 719 ff.

<sup>4</sup> *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 504.

<sup>5</sup> Flash Eurobarometer 358, S. 57 f.: Mehr als zwei Drittel der Unionsbürger kennen das Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften; in Deutschland sind es gar 80 %.

<sup>6</sup> Flash Eurobarometer 358, S. 61: In einer Umfrage wussten nur 30 % der Befragten, dass sie unbestellte Waren weder zurücksenden noch bezahlen mussten.

<sup>7</sup> So hielten etwa in einer EU-Umfrage nur 10 % der Befragten eine Klausel für wirksam, mit der ein Verkäufer jegliche Mängelrechte abbedang, Flash Eurobarometer 358, S. 63.

<sup>8</sup> *Roth*, JZ 2013, 637, 638, formuliert: „Das Verbraucherschutzrecht eignet sich ... nicht für eine Anwendung durch den Verbraucher oder sonstige Laien.“

<sup>9</sup> Siehe etwa die Frage zu einem Gewährleistungsrecht bei einem nach 18 Monaten auftretenden Mangel der Kaufsache in Flash Eurobarometer 358, S. 59.

<sup>10</sup> Die Autoren des Eurobarometer 358 gehen offenbar davon aus, Käufern stünden Mängelrechte zu, wenn ein ohne Garantie neu gekaufter Gegenstand nach 18 Monaten ohne eigenes Verschulden einen Defekt zeige. Sie verkennen damit, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen (im deutschen Recht § 446 S. 1 BGB) oder sich zumindest innerhalb von sechs Monaten gezeigt haben muss (§ 476 BGB) und dies nicht durch den Nachweis eigenen Unverschuldens indiziert ist.

<sup>11</sup> So *Koch*, Verbraucherprozessrecht, 1990, S. 82 f., für geringwertige Streitigkeiten.

<sup>12</sup> *de Hoon/Mak*, ZEuP (19) 2011, 518, 521.



konnte<sup>13</sup> oder der mangels Aussicht auf interessante Folgemandate die Interessen des Verbrauchers mit vergleichsweise wenig Verve vertritt.<sup>14</sup> Viele Verbraucher versuchen angesichts dessen, sich in Selbsthilfeforen oder Anwaltsportalen im Internet rechtliche Hilfe zu holen.<sup>15</sup> Sie scheitern allerdings bereits dabei, die tatsächlichen Umstände ihres Falls vollständig zu schildern und die richtigen Rechtsfragen dazu zu stellen. Und sie irren häufig in der Annahme, sie könnten die Rechtslage und die rechtlichen Probleme des konkreten Falles zutreffend selbst ermitteln.<sup>16</sup>

Selbst Rechte, die nicht von einer Pflichtverletzung der Gegenseite abhängen, bleiben dem Verbraucher häufig unbekannt. Daran ändern auch die bei vielen Verbraucherverträgen vorgeschriebenen Widerrufsbelehrungen nach Art. 246 ff. EGBGB nichts, denn die dort bereitgestellten Informationen sind inhaltlich und sprachlich zu komplex, als dass Verbraucher faktisch ausreichend davon Kenntnis nähmen.<sup>17</sup> Es bleibt danach in der Regel bei einer sehr unzureichenden Kenntnis des Verbrauchers darüber, was er im konkreten Konfliktfall von seinem Kontrahenten rechtlich beanspruchen kann.

## 2. Mangelnde Verfahrenskennntnis

Zu der unzureichenden Rechtskenntnis kommt hinzu, dass Verbraucher kaum mit Initiierung und Ablauf von Konfliktlösungsverfahren vertraut sind. Dieses Problem betrifft nicht nur die seltener genutzten außergerichtlichen Streitbelegungsverfahren, sondern gerade auch das gesamte Spektrum der staatlichen Gerichtsverfahren. Verbraucher sind Einmalprozessierer<sup>18</sup> oder zumindest Seltenprozessierer, und sie sind auch außerhalb eigener Prozessführung nur sehr selten an Gerichtsprozessen beteiligt.<sup>19</sup> Dementsprechend verfügen sie allenfalls über medial verzerrte Kenntnisse von Gerichtsverfahren, die mit der Realität an vielen entscheidenden Stellen kaum etwas zu tun haben. Dass es neben dem Klageverfahren auch noch die Möglichkeit eines Mahnverfahrens oder gar spe-

<sup>13</sup> Hegenbarth, ZfRSoz 1981, 34, 50, formuliert treffend: „Anwälte gelten als ‚Organe der Rechtspflege‘, arbeiten aber unter marktwirtschaftlichen Bedingungen.“

<sup>14</sup> Hegenbarth, ZfRSoz 1981, 34, 44 f.

<sup>15</sup> de Hoon/Mak, ZEuP (19) 2011, 518, 525. Siehe hierzu auch die Portale 123recht.net und eRecht24.

<sup>16</sup> Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 24.

<sup>17</sup> Vgl. Engel/Stark, in: Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, 2015, S. 107, 109 ff.

<sup>18</sup> Dieser Begriff stammt ursprünglich von Galanter, 9 L. Soc. Rev. 1974, 95, 97 („one-shotter“ vs. „repeat player“); siehe auch Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 24 f., 59; weitere Nachweise zur Herkunft und Genese des Begriffes ebendort auf S. 23 in Fn. 62.

<sup>19</sup> Einer repräsentativen Studie zufolge waren 71 % der Befragten in den zehn Jahren vor der Befragung weder als Partei noch als Zeuge oder Zuschauer an einem Gerichtsprozess beteiligt; ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Roland Rechtsreport 2014, 2014, S. 30.

zielle europäische Verfahren gibt, ist fast gänzlich unbekannt. Innerhalb der einzelnen Verfahren betrifft die Unkenntnis schon deren Einleitung, anschließend aber auch deren Ablauf und Kostenstruktur wie auch notwendige Details der formalen Interaktion mit der verfahrensleitenden Institution.<sup>20</sup> *Galanter* hat die Verfahrensbeteiligten deswegen abhängig von ihrer Verfahrensroutine als *one-shotter* oder *repeat player* charakterisiert.<sup>21</sup>

Wie schon beim vorgenannten Problem ungenügender Rechtskenntnisse könnten sich Verbraucher in dieser Situation grundsätzlich durch anwaltlichen Rat Abhilfe schaffen. Diejenigen, welche die Verfahren letztlich nutzen, gehen ganz überwiegend diesen Weg: Trotz fehlenden Anwaltszwangs sind sieben von acht Klägern vor den Amtsgerichten anwaltlich vertreten;<sup>22</sup> nicht etwa deswegen, weil sie ohne anwaltliche Vertretung geringere Erfolgsaussichten hätten,<sup>23</sup> sondern weil sie sich ohne einen Anwalt an ihrer Seite dem Verfahren überwiegend nicht gewachsen fühlen.<sup>24</sup> Die Vermutung liegt nahe, dass es insbesondere Verbraucher sind, die den Weg vor die Gerichte nur mit anwaltlicher Begleitung wagen. Allerdings sind die Kosten der Mandatierung eines Anwalts insbesondere bei geringwertigen Streitigkeiten häufig prohibitiv hoch. Angesichts dessen verlegen sich viele Verbraucher insbesondere gegenüber unternehmerischen Vertragspartnern auf eine Beschwerde, geben den Versuch einer Konfliktlösung aber auf, wenn der Beschwerde nicht abgeholfen wird.<sup>25</sup> Der Konfliktausgang hängt insofern davon ab, inwieweit der Gegenspieler des Betroffenen aus Kulanz oder aus sonstigen Gründen von sich aus Entgegenkommen zeigt. Selbst wenn der Verbraucher in einem Gerichtsprozess gute Chancen hätte, verbleibt er von sich aus in der Regel in einem Stadium prozessualer Agnostik und infolgedessen auch prozessualer Apathie.

---

<sup>20</sup> *Koch*, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 23 f., spricht von einem „prozessualen Informationsgefälle“; *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 504 f. bezeichnet die formalen Herausforderungen als „bürokratische Barriere“.

<sup>21</sup> *Galanter*, 9 L. Soc. Rev. 1974, 95, 107.

<sup>22</sup> Diese Zahl ergibt sich aus *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 38.

<sup>23</sup> *Bender/Schumacher*, Erfolgsbarrieren vor Gericht, 1980, S. 65 ff.

<sup>24</sup> In einer nicht-repräsentativen Umfrage des Verfassers unter 107 Verbrauchern gaben 54 % der Befragten an, sich bei einer Klage vor dem Amtsgericht anwaltlich vertreten lassen zu wollen, weil sie selbst nicht wüssten, wie man eine Klage erhebt und sich im Prozess verhält. 18 % gaben an, den Anwalt vorrangig zur Bewertung der materiellen Rechtslage hinzuziehen zu wollen. Nur 11 % der Befragten trauten sich ein Auftreten ohne anwaltliche Unterstützung zu.

<sup>25</sup> Siehe *eurostat*, Consumers in Europe, 2009, S. 105, Grafik 1.67, mit der Beobachtung, dass 51 % der Kunden nichts weiter unternehmen, wenn ihrer Beschwerde nicht abgeholfen wurde.

### 3. Strategisches Ungeschick

Zu den geringen Kenntnissen über die Rechtslage und über die für die Konfliktlösung zur Verfügung stehenden Verfahren kommt schließlich noch eine dritte Facette der begrenzten Konfliktroutine hinzu: Verbraucher verhalten sich tendenziell verhandlungsstrategisch ungeschickt,<sup>26</sup> teilweise auch aus einer Affektion heraus unbesonnen.<sup>27</sup> Und selbst diejenigen Verbraucher, für die dies nicht zutrifft, werden häufig in ihrem Verhandlungsverhalten wenig ernst genommen, weil ihnen ihr Gegenüber im Zweifel unterstellt, nur über begrenzte Verhandlungserfahrung zu verfügen. Fehlendes strategisches Geschick zeigt sich in ganz unterschiedlicher Weise: Die Betroffenen offenbaren etwa von sich aus Beweisschwierigkeiten, wenn sie offenlegen, dass sie bestimmte zur Beweisführung notwendige Unterlagen nicht aufbewahrt haben. Sie zeigen durch weit-schweifige schriftliche Ausführungen, dass sie nicht in der Lage sind, die für sie sprechenden Fakten prägnant darzulegen. Sie lassen sich von der Autorität und vorgeblichen Fachkompetenz ihres Gegenübers beeindrucken und trauen sich nicht, pauschale Behauptungen eines Unternehmens in Frage zu stellen.<sup>28</sup> Sie drohen zwar bisweilen mit dem Anwalt, lassen dieser Ankündigung aber keine Taten folgen und entwerten damit ihre eigene Glaubwürdigkeit.

An dieser Stelle verfügen insbesondere mittlere und große Unternehmen im Vergleich zu Verbrauchern über einen erheblichen Erfahrungsvorsprung: Durch eine Vielzahl gleichartiger Vertragsbeziehungen sind sie sehr professionalisiert im Umgang mit Verbraucherkonflikten.<sup>29</sup> Dazu gehört auch, dass sie präzise kalkulieren können, welche betriebswirtschaftlichen Kosten mit welcher Verhaltensänderung einhergehen, welche eigenen Pflichtverletzungen welche Verbraucherreaktionen provozieren, wie sie Beschwerden durch die Flucht in eine Rechtsauffassung abwehren<sup>30</sup> oder Ansprüche schlicht aussitzen<sup>31</sup> können und wann sie tatsächlich damit rechnen müssen, rechtlich in Anspruch genommen

<sup>26</sup> *de Hoon/Mak*, ZEuP (19) 2011, 518, 524. Demgegenüber war die Kommission jedenfalls 1993 der Auffassung, die „geschäftliche Unbeholfenheit“ von Verbrauchern stelle kein wesentliches Problem dar; vgl. Grünbuch KOM(93) 576 endg., S. 7 Fn. 14a.

<sup>27</sup> *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 464 f.

<sup>28</sup> *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 1994, S. 49. Das gilt auch für seitenlanges, schneidig vorgetragenes Vorbringen des gegnerischen Anwalts, das Verbraucher unabhängig von juristischer Qualität häufig einschüchtert und leicht von ihrem ursprünglichen Begehren abbringt.

<sup>29</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 127 f.

<sup>30</sup> *Stillmer*, WRP 2015, 438 ff., plädiert in diesem Kontext dafür, § 5 Abs. 1 UWG in Ansehung von Art. 6 Abs. 1 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG richtlinienkonform auszulegen und die Flucht in unvertretbare Rechtsauffassungen insofern als unlautere Wettbewerbshandlung anzusehen.

<sup>31</sup> *Windorfer*, WRP 2015, 158 ff., sieht das Ignorieren von Anspruchsschreiben als unlauteren Wettbewerb entgegen § 4 Nr. 1 UWG an, dessen Sanktionierung es freilich an Effektivität fehle.

zu werden. Sie kennen die Kosten rechtlicher Auseinandersetzungen und wissen, wie Verbraucher formulieren, wenn sie ausnahmsweise einmal zur Prozessführung bereit sind.

Kommt es einmal zum gerichtlichen Verfahren, verfügen Unternehmen in der Regel über das notwendige Budget, um eine qualifizierte Rechtsberatung zu finanzieren, die nicht nur die Beweislage entscheidend verbessert, sondern auch entlegene Rechtsprechung auffindet und auf kreative Rechtsfiguren zur Stützung der eigenen Position sinnt. Unternehmen können es sich eher leisten, prozesserfahrene Anwälte anzubieten, damit auch aus der mündlichen Verhandlung taktisch Kapital zu schlagen und im Erfolgsfall Gerichtsentscheidungen über Pressemitteilungen oder juristische Fachzeitschriften prominent zu publizieren, so dass sie auch spätere Verfahren im eigenen Sinne beeinflussen.<sup>32</sup> Womöglich haben sie sogar vorab Wege gesucht, um auf die materielle Gesetzgebung eigennützig einzuwirken.<sup>33</sup> Verläuft ein Gerichtsverfahren für sie dennoch ungünstig, wissen sie rechtzeitig einen Vergleich zu schließen und so eine Präzedenz zu eigenen Lasten zu verhindern.<sup>34</sup>

Der überwiegenden Mehrheit der Verbraucher fehlt es an dieser Erfahrung: Wenn sie sich denn einen Anwalt leisten, werden sie aufgrund ihres geringeren Budgets häufig jemanden wählen, der dem Rechtsberater des Unternehmens verhandlungsstrategisch unterlegen ist.<sup>35</sup> Hinzu kommt, dass im Unterschied zu einem Unternehmen häufig weder Verbraucher noch Verbraucheranwälte ein gesteigertes Interesse an einer gerichtlichen Präzedenz haben; sie werden daher im Zweifel auch dann nachgeben oder einem Vergleich zustimmen, wenn sie sich im Recht wähnen. Unternehmen wiederum können dies antizipieren und verhandlungstaktisch ausnutzen. Die vor knapp 40 Jahren von *Bender* aufgezeigten Faktoren und Kausalitäten von Verbraucherschwäche erscheinen angesichts dessen nach wie vor hochaktuell.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> *Bender*, 40 RabelsZ 1976, 718, 726.

<sup>33</sup> *Hegenbarth*, ZfRSoz 1981, 34, 45 f. – Diese Sorge dürfte allerdings neuerdings infolge einer erheblichen Ausweitung materieller Verbraucherrechte an Bedeutung eingebüßt haben.

<sup>34</sup> *Kramer*, ZRP 1976, 84, 87 f.; *Bender*, in: *Bender* (Hrsg.), *Rechtstatsachen zum Verbraucherschutz*, 1988, S. 85, 93, spricht davon, dass Unternehmen geradezu ein Interesse an Rechtsunsicherheit haben, wenn sie damit rechnen, dass eine Präzedenz zu ihren Lasten ginge.

<sup>35</sup> Schließlich sind Rechtsuchende auch gegenüber Anwälten Verbraucher und damit tendenziell gefährdet, die Seriosität eines anwaltlichen Beratungsangebots nicht zutreffend einzuschätzen.

<sup>36</sup> Siehe die eindrucksvolle Grafik bei *Bender*, 40 RabelsZ 1976, 718, 726.

## II. Konfliktscheu

Dass sich Verbraucher in Konflikten grundlegend anders als Unternehmer verhalten, liegt nicht nur an ihrer begrenzten Konfliktroutine, sondern auch an bestimmten wirtschaftlichen und psychologischen Dispositionen, die ihr Konfliktverhalten nachhaltig beeinflussen.

### 1. Budgetrestriktionen

Einen ersten Aspekt, der für viele Verbraucher im Konflikt entscheidungsleitend ist, bilden ihre begrenzten finanziellen Ressourcen. Teilweise ist diese Knappheit darauf zurückzuführen, dass die Betroffenen überwiegend von der Hand in den Mund leben und ihr Vermögen schlicht nicht dazu ausreicht, um Verfahrenskosten im drei- oder vierstelligen Bereich zu übernehmen. Daneben gibt es aber auch eine erhebliche Anzahl von Verbrauchern, deren Vermögen zwar dafür ausreichen würde, um Gerichts- und Anwaltskosten zu zahlen, für die diese Investition aber nicht in Betracht kommt, weil sie zu ihren sonstigen Haushaltsausgaben außer Verhältnis steht. Bevor sie für ein kostenträchtiges Verfahren in Vorleistung gehen, ziehen viele Verbraucher lieber zurück und verzichten auf die Durchsetzung ihrer Rechte. Die Aussicht, den Kostenvorschuss womöglich später erstattet zu bekommen, ändert daran wenig.

Das beschriebene Phänomen zeigt sich naturgemäß nicht nur bei der initialen Planung der Verfahrenskosten, sondern auch immer dann, wenn sich die Verfahrenskosten signifikant zu erhöhen drohen. So kommt es etwa im Gerichtsverfahren häufig vor, dass das Gericht in der streitigen Verhandlung die Hinzuziehung eines Gutachters erwägt. Die dadurch drohende erhebliche Erhöhung der Verfahrenskosten sprengt häufig das Budget prozessierender Verbraucher und führt zu starkem Einigungsdruck.<sup>37</sup> Steht dem Verbraucher eine Partei mit größerem Verfahrensbudget gegenüber, führt dies zu einer Verhandlungssituation, in welcher der Verbraucher unabhängig von der materiellen Rechtslage kaum valide Alternativen<sup>38</sup> und damit schlechte Karten hat.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Weiterführend Egli, Vergleichsdruck im Zivilprozeß, 1996, S. 96 ff.; anekdotisch Steinberg, DRiZ 2012, 19, 20, und Leipold, in: Stürner/Bruns (Hrsg.), Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, 2014, S. 235, 247. Eine anschauliche Praxisdarstellung findet sich bei Gottwald/Treuer, Verhandeln und Vergleichen im Zivilprozess, 2005, S. 113 ff. Siehe auch Steinberg, Richterliche Gewalt und individuelle Freiheit, 2010, S. 128 ff.

<sup>38</sup> Siehe Bühring-Uhle/Eidenmüller/Nelle, Verhandlungsmanagement, 2009, S. 26 ff. zur Bedeutung von Nichteinigungsalternativen für die Verhandlungsposition des Betroffenen.

<sup>39</sup> Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 99.

## 2. Verlustangst

Neben die Budgetrestriktion des Einzelnen tritt regelmäßig ein starkes Bedürfnis, im Zuge einer juristischen Auseinandersetzung keinerlei materielle Verluste zu erleiden. Ob etwaige Verluste sich durch Gewinne kompensieren lassen, erscheint dabei sekundär, weil die meisten Menschen Verluste mehr schmerzen, als Gewinne sie befriedigen.<sup>40</sup> Um Verluste zu vermeiden, werden sie daher in der Regel weite Wege gehen und viel Geld investieren.

Wird jemand durch einen Forderungsprätendenten unberechtigt in Anspruch genommen, so wird es ihm viel Geld wert sein, sich gegen diesen Anspruch zu verteidigen. Besteht hingegen mit identischer Wahrscheinlichkeit eine eigene Forderung, die allerdings noch aktiv durchgesetzt werden müsste, so ist dies den meisten Menschen deutlich weniger wert. Dies gilt umso mehr, wenn sich eine eigene Forderung nicht ohne anwaltliche Hilfe durchsetzen lässt. Denn die Anwaltskosten wertet man – jedenfalls kurzfristig – als eigenen Verlust, der sich durch Nichtverfolgung des Anspruchs vermeiden lässt. Investitionen erscheinen nicht als Chance, sondern als unmittelbarer Nachteil.

Dies ändert sich nur dann, wenn eine Rechtsschutzversicherung ins Spiel kommt, denn diese ersetzt ihren Versicherungsnehmern die finanziellen Verluste eines verlorenen Prozesses. Zwar ist in Deutschland fast die Hälfte der privaten Haushalte rechtsschutzversichert, und die ARB der meisten Versicherer schließen die klassischen Verbraucherstreitigkeiten in den Rechtsschutz mit ein. Allerdings enthalten die meisten Versicherungsverträge Selbstbeteiligungen im dreistelligen Euro-Bereich. Diese sichern die Versicherung gegen die Gefahr moralischen Versagens (*moral hazard*) ihrer Kunden<sup>41</sup> – aber aktivieren gleichzeitig auch einen Gutteil der Verlustängste, die durch den Versicherungsmechanismus gerade beseitigt werden sollten. Auch Prozessfinanzierer, die Streitparteien gegen das Kostenrisiko eines Gerichtsprozesses versichern, fangen dies nicht auf, denn sie versichern in der Regel nur Prozesse ab einem fünf- oder sechststelligen Streitwert.<sup>42</sup>

## 3. Risikoaversion

Eng verknüpft mit dieser pessimistischen Perspektive auf Investitionen in die Rechtsdurchsetzung ist häufig eine ausgeprägte Aversion gegenüber Risiken. Ist der Nutzen einer Investition mit Risiken behaftet und damit ungewiss, so zieht man tendenziell den Status quo vor, auch wenn man ihn eigentlich als unbefriedigend empfindet.<sup>43</sup> Besteht die Wahl zwischen einem sicheren geringen Geld-

<sup>40</sup> *Kahneman/Tversky*, 47 *Econometrica* 1979, 263 ff.

<sup>41</sup> *Adams*, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, S. 114.

<sup>42</sup> Der Eingangsstreitwert von Prozessfinanzierern liegt gegenwärtig zwischen 5.000 € und 100.000 €; dabei setzen die großen Finanzierer höhere Mindeststreitwerte an.

<sup>43</sup> *Kahneman/Tversky*, 39 *Amer. Psychol.* 1984, 341, 348.

betrag und der Chance auf eine hohe Summe, so bevorzugt man in der Regel den geringen Geldbetrag, auch wenn dieser erheblich unter dem Erwartungswert des größeren Betrages liegt.<sup>44</sup>

Verbraucher werden daher selbst bei guten Erfolgchancen in der Sache häufig geringe Vergleichsangebote annehmen, um dem Restrisiko einer für sie nachteilhaften Gerichtsentscheidung zu entgehen.<sup>45</sup> Die Übernahme der Prozesskosten durch eine Rechtsschutzversicherung ändert daran nichts, denn auch ein gegen das Prozesskostenrisiko versicherter Verbraucher trägt das Risiko eines ungünstigen Urteils immer noch selbst und wird sich daher im Zweifel lieber mit einem aus seiner Sicht schlechten Vergleich abfinden lassen. Das Problem betrifft dabei insbesondere einkommens- und vermögensschwache Personen: Wer wenig Geld hat, kann es sich schlichtweg nicht leisten, damit ein Spiel zu spielen, dessen Determinanten ihm kaum bekannt sind.<sup>46</sup>

#### 4. Gerichtsscheu

Die Zurückhaltung von Verbrauchern beim aktiven Umgang mit eigenen Forderungen wird noch verstärkt durch eine verbreitete Scheu vor dem Kontakt zu Hoheitsträgern wie den staatlichen Gerichten.<sup>47</sup> In eingeschränktem Umfang gilt dieser Befund auch für den Kontakt zu nicht-hoheitlichen Organen der Rechtspflege wie etwa Rechtsanwälten.<sup>48</sup> Diese Scheu resultiert nicht unbedingt aus eigener Unsicherheit hinsichtlich der Rechtslage, sondern vor allem aus dem mit einem Gerichtsverfahren verbundenen emotionalen und zeitlichen

<sup>44</sup> Anders ist dies wiederum bei der Wahl zwischen einem sicheren geringen Geldverlust und dem Risiko, einen höheren Geldbetrag zu verlieren: Hier wird tendenziell das Risiko bevorzugt, weil es auch die Chance mit sich bringt, Verluste ganz zu vermeiden. Verlustangst wiegt gleichsam schwerer als Risikoaversion. Vgl. *Slovic/Fischhoff/Lichtenstein*, in: Hogarth (Hrsg.), *Response Mode, Framing, and Information-Processing Effects in Risk Assessment*, 1982, S. 21 ff.

<sup>45</sup> Das Kostenrisiko ist mit der gewichtigste Grund dafür, dass Menschen Gerichtsprozesse meiden: In dem Bevölkerungsdrittel, das ohne Ansehen des konkreten Falls Prozesse kategorisch zu meiden sucht, geben 64 % an, ein Prozess sei zu teuer bzw. das finanzielle Risiko sei zu hoch; *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, Roland Rechtsreport 2014, 2014, S. 35.

<sup>46</sup> *Adams*, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, S. 99 f.

<sup>47</sup> Grundlegend *Kemper*, *Verbraucherschutzinstrumente*, 1994, S. 56 ff. m.w.N.; speziell zu einkommensschwachen Bürgern *Amtrup*, in: Rasehorn (Hrsg.), *Rechtsberatung als Lebenshilfe*, 1979, S. 157, 160. – Von den in Kap. 2 Fn. 45 beschriebenen Prozessmeidern geben 64 % an, es widerstrebe ihrem Typ, Streitigkeiten vor Gericht zu klären; 26 % sagen, sie fühlten sich Richtern und Anwälten nicht gewachsen; *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, Roland Rechtsreport 2014, 2014, S. 35.

<sup>48</sup> Diese Kontaktschwelle hat namentlich bei Rechtsanwälten freilich auch nützliche Züge, denn gerade aufgrund des Prinzipal-Agenten-Charakters einer Mandatsbeziehung ist Verbrauchern auch nicht an der vorschnellen Anbahnung eines Rechtsdienstleistungsvertrages gelegen. Vgl. dazu auch die distanzwahrende Entscheidung des OLG Düsseldorf v. 17. Juli 2007, I-20 U 54/07, AnwBl 2007, 794.

Aufwand,<sup>49</sup> aus der als unangenehm empfundenen Öffentlichkeit des staatlichen Gerichtsverfahrens, aus einem Unwohlsein gegenüber dem als bedrohlich empfundenen Justizapparat<sup>50</sup> und der dort herrschenden Atmosphäre<sup>51</sup>, aus der einschüchternden Wirkung prunkvoller Justizgebäude<sup>52</sup> sowie in durchaus nicht wenigen Fällen auch daraus, dass die Betroffenen glauben, sie seien fortan bei Gericht registriert oder landeten bei Unterlegenheit in einem Zivilverfahren am Ende selbst auf der Anklagebank.<sup>53</sup> Diese Ängste müssen sich vor Gericht durchaus nicht bestätigen: Das tatsächliche Gerichtserlebnis kann durchaus positiv sein und eine wertvolle Lebenserfahrung darstellen – allein ist dies für viele Anspruchsinhaber *ex ante* nicht absehbar. Auch Erwartungen und Projektionen bezüglich der Person des Richters schrecken Verbraucher häufig ab, weil sie ahnen, dass dieser aus einem anderen gesellschaftlichen Milieu stammen könnte, und ihm verständnisvolle Umgangsformen nicht zutrauen.<sup>54</sup>

Die beschriebenen Phänomene führen dazu, dass Privatpersonen ihre Ansprüche nur sehr zögerlich aktiv geltend machen. Gerade geringwertige Ansprüche setzten sie nur in seltenen Fällen durch, etwa wenn sich die Kosten auf einen Rechtsschutzversicherer abwälzen lassen. Für Ansprüche bis zum Wert von 1.000 € kann sich nur ein gutes Viertel der Bürger die Anrufung eines Gerichts vorstellen.<sup>55</sup> Eine jüngere Umfrage konkretisierte diesen Befund dahingehend, dass der durchschnittliche Bundesbürger nach eigener Einschätzung bei eigenen Ansprüchen erst ab einem Forderungsbetrag in Höhe von 1.950 € vor Gericht zieht.<sup>56</sup>

<sup>49</sup> Gerade für Arbeitnehmer kann die Wahrnehmung von tagsüber stattfindenden Verhandlungsterminen auch zeitlich unpässlich sein bzw. zu unbequemen Fragen führen; *Ison*, 35 Mod. L. Rev. 1972, 18, 22.

<sup>50</sup> *Koch*, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 62, belegt dieses Gefühl mit dem Begriff „Kafka-Syndrom“.

<sup>51</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 123 f. m.w.N. in Fn. 501. – Freilich erfüllt die würdevolle Atmosphäre eines Gerichtsverfahrens auch durchaus einen Zweck; *Gross*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1036, formuliert bildhaft: „Ein Gerichtssaal ist kein Freizeitpark.“

<sup>52</sup> *Ison*, 35 Mod. L. Rev. 1972, 18, 19.

<sup>53</sup> In einer nicht-repräsentativen Umfrage unter 107 Verbrauchern gehörte für immerhin 21 % der Befragten zumindest einer der beiden letztgenannten Punkte zu den wichtigeren Beweggründen dafür, ein Unternehmen nicht zu verklagen. Zur Verwechslung von Straf- und Ziviljustiz *von Hippel*, *RabelsZ* 1976, 513, 530.

<sup>54</sup> *Ison*, 35 Mod. L. Rev. 1972, 18, 19.

<sup>55</sup> *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, Roland Rechtsreport 2014, 2014, S. 36; eine wesentlich höhere Quote (67 %) nennt eine europäische Studie, die freilich den Streitgegenstand als möglichen Verlust darstellte und damit die unter A. II. 2. beschriebenen psychologischen Mechanismen ausgelöst haben dürfte; Special Eurobarometer 342, S. 217.

<sup>56</sup> *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, Roland Rechtsreport 2014, 2014, S. 36. Die in Kap. 2 Fn. 53 genannte Untersuchung ermittelte für die beginnende Klagebereitschaft einen durchschnittlichen Wert von 2.451 €. Siehe auch *Kocher*, in: Brömmelmeyer (Hrsg.), *Die EU-Sammelklage*, 2013, S. 71, 88.



### III. Unzureichende Organisation

Eine weitere speziell bei Verbrauchern anzutreffende Verhaltensdisposition ist ihre häufig unzureichende Organisation. Das schlägt sich bei der Verfolgung eigener Rechte insbesondere darin nieder, dass die Betroffenen oftmals nicht in der Lage sind, die ihren Ansprüchen zugrunde liegenden Tatsachen mit Beweisen zu unterfüttern.<sup>57</sup> Während Vertragsunterlagen schon durchaus nicht immer aufbewahrt werden,<sup>58</sup> werden etwa leichtfertige Werbeaussagen des unternehmerischen Gegenübers oder Mängelbeobachtungen selten genau protokolliert und stehen daher im Streitfall allenfalls noch unter dem Schleier des subjektiven Erinnerungsvermögens zur Verfügung.<sup>59</sup> Anders als Unternehmer können sich Verbraucher zudem in der Regel nicht auf *Dritte* als Zeugen berufen, weil alle beweisheblichen Wahrnehmungen aus ihrer eigenen persönlichen Sphäre stammen.<sup>60</sup>

Demgegenüber wissen Unternehmen häufig aus einer Vielzahl ähnlicher Fälle, auf welche Umstände es im Konfliktfall ankommt. Insbesondere bei der Übergabe verliehener oder verkaufter Gegenstände verfügen sie in der Regel über sorgfältige Kontrollprozeduren, die Fehler des Verbrauchers aufdecken. Aus der Warte der Unternehmen sind diese Vorkehrungen klug und legitim. Zusammen mit der Dilettanz vieler Verbraucher führen sie allerdings zu einem Bild einseitiger Benachteiligung infolge unzureichender Organisation von Verbrauchern. Statistisch betreffen solche Benachteiligung in besonderer Weise ältere Menschen, Personen mit geringer Bildung oder geringem Vermögen, Erwerbslose, Arbeiter und Verbraucher ohne eigenen Internetanschluss.<sup>61</sup> Nicht ohne Grund stehen gerade diese gesellschaftlichen Gruppen im Fokus der Debatte um den Schutz des verletzlichen Verbrauchers.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> *Bender*, in: *Bender* (Hrsg.), *Rechtstatsachen zum Verbraucherschutz*, 1988, S. 101, 112 ff.; *Kemper*, *Verbraucherschutzinstrumente*, 1994, S. 48.

<sup>58</sup> *Röhl*, *Rechtssoziologie*, 1987, S. 508; *Koch*, *Verbraucherprozessrecht*, 1990, S. 93, 98 f.

<sup>59</sup> *Amtrup*, in: *Rasehorn* (Hrsg.), *Rechtsberatung als Lebenshilfe*, 1979, S. 157, 163; *Bender*, in: *Bender* (Hrsg.), *Rechtstatsachen zum Verbraucherschutz*, 1988, S. 85, 95.

<sup>60</sup> *Röhl*, *Rechtssoziologie*, 1987, S. 508.

<sup>61</sup> Ähnlich *de Hoon/Mak*, *ZEuP* (19) 2011, 518, 526. Im Einklang mit dem genannten Befund wenden sich diese Bevölkerungsgruppen entsprechend seltener überhaupt mit Beschwerden an Unternehmen; *Flash Eurobarometer 358*, S. 74.

<sup>62</sup> Zur neueren Diskussion über den verletzlichen Verbraucher *Micklitz*, 35 *J. Consum. Policy* 2012, 283 ff., und *Waddington*, 38 *Eur. L. Rev.* 2013, 757 ff. Insbesondere *Micklitz* weist darauf hin, dass der gesetzgeberische Fokus längst den Schutz des verletzlichen Verbrauchers verlassen und zur Stärkung des mündigen Verbrauchers übergegangen ist. Da sich die Übergänge zwischen beiden Verbrauchertypen fließend gestalten, erscheint der Ansatz des Gesetzgebers allerdings weniger als ein Aliud zum Schutz des verletzlichen Verbrauchers, sondern vielmehr als eine politische Beschränkung des Wünschenswerten auf das Realisierbare. Zum neuen Typus des *aktiven* Verbrauchers *Tiffe*, *VuR* 2015, 201.

#### IV. Begrenzte Artikulationsfähigkeit

Eben jene Bevölkerungsgruppen sind regelmäßig auch nicht in der Lage, ihr Anliegen, ihre Probleme oder ihre strategischen Ziele anderen gegenüber klar zu artikulieren.<sup>63</sup> Ist ein Anspruchsinhaber der Landessprache nicht mächtig, so wird er seinem Begehren ohnehin nicht alleine Ausdruck verleihen können. Aber selbst wo die mündliche Sprachfähigkeit grundsätzlich vorliegt, erreicht der Betroffene nicht unbedingt das Sprachniveau, das erforderlich wäre, um das eigene Anliegen jemand anderem klar verständlich zu machen. Wo die mündliche Artikulation keine Probleme birgt, kann es weiterhin am schriftlichen Ausdrucksvermögen fehlen, was zumindest in einem schriftlichen Konfliktlösungsverfahren zu entscheidenden Nachteilen führt.<sup>64</sup> Schließlich sind auch übliches Alltagswissen und ein logisches Grundverständnis nicht überall anzutreffen, auch wenn Defizite in diesem Bereich wohl von der Rechtsordnung kaum aufzufangen sind.<sup>65</sup>

Zusammen mit einer häufig großen emotionalen Regung bewirkt aber gerade mangelndes Sprachvermögen, dass die Betroffenen regelmäßig nicht in der Lage sind, ihr Begehren in einer Weise schlüssig vorzutragen, die zur Durchsetzung ihrer Rechte erforderlich wäre. Sie sind dadurch von der Teilhabe an materiellen Rechten ausgeschlossen, sobald ihnen jemand diese Rechte auch nur streitig macht. Das gilt insbesondere für Verbraucher, weil diese nicht in einen professionellen Kontext eingebunden sind, der ihnen die Bewältigung dieser Probleme erleichtert.

### B. Fallabhängige Ausprägung von Verbraucherschwäche

Die dargestellten typischen Schwächen von Verbrauchern im Umgang mit rechtlichen Auseinandersetzungen treten nicht immer im selben Ausmaß auf. Anhand mehrerer Differenzierungsparameter lässt sich darstellen, in welchen Fällen sie sich besonders stark ausprägen. Diese Parameter können sich einerseits allgemein auf das – häufig vertragliche – Verhältnis zwischen den beiden Parteien und andererseits auf den konkreten Konflikt beziehen.

---

<sup>63</sup> von Moltke, Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen, 2003, S. 30.

<sup>64</sup> Siehe Grotlüschen/Riekmann/Buddeberg, in: Grotlüschen/Riekmann (Hrsg.), Funktionaler Analphabetismus in Deutschland, 2012, S. 13, 19 f., wonach über 4 % der erwerbstätigen deutschen Bevölkerung im engeren Sinne Analphabeten und mehr als 14 % funktionale Analphabeten sind. Als funktionale Analphabeten gelten dabei Personen, die zwar einzelne Sätze, nicht aber zusammenhängende Texte lesen oder schreiben können.

<sup>65</sup> So im Ergebnis auch Pfeiffer, NJW 2011, 1, 6 f.

## I. Relationspezifische Parameter

Im Verhältnis der Parteien untereinander lassen sich Konflikte insbesondere nach der Bindungsdauer und der Bindungsintensität der konflikthaften Beziehung unterscheiden.

### 1. Bindungsdauer

Die Verbindung zweier Konfliktparteien kann nur wenige Sekunden andauern oder auch lebenslang währen. So führt etwa ein fahrlässig verschuldeter Unfall im Straßenverkehr zu einem zufälligen und nur punktuellen Aufeinandertreffen zweier einander unbekannter Beteiligter, die danach womöglich nie wieder direkt miteinander in Kontakt treten. Diese minimale Bindungsdauer ist typisch für die Verbindung zwischen den Beteiligten eines deliktischen Konflikts. Auch im Kontext eines Vertrages sind kurze Laufzeiten nicht ungewöhnlich. Insbesondere im Bereich des Alltagskonsums schließen Verbraucher eine Vielzahl von Kaufverträgen, aber auch Beförderungs- und Werkverträge, die im Handumdrehen erfüllt sind und häufig ohne eine Kundenbeziehung auskommen.

Grundlegend anders gestaltet sich die Bindungsdauer bei Verträgen über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse<sup>66</sup> wie etwa Verträgen über den Bezug von Wasser, Strom und Gas oder über die Bereitstellung eines Internet- oder Telefonanschlusses. Diese Verträge werden häufig als unbefristete Dauerschuldverhältnisse eingegangen oder haben zumindest eine Laufzeit von mehreren Jahren oder sogar Jahrzehnten; nicht selten verlängern sie sich automatisch, wenn sie nicht frühzeitig gekündigt werden. Mit die größte Bedeutung kommt schließlich dem Bereich der Versicherungen zu, die häufig auf eine lebenslange Verbindung der Vertragspartner angelegt sind.

Mit der langen Bindungsdauer insbesondere vertraglicher Beziehungen zwischen den Konfliktparteien geht auch der Umstand einher, dass sich die betroffenen Verbraucher in der Regel nur zu sehr ungünstigen Bedingungen wieder aus dem Vertragsverhältnis befreien können. Die §§ 314, 323 BGB statuieren zwar einseitige Lösungsrechte, Verbraucher werden darauf aber häufig verzichten, weil die Voraussetzungen dieser Rechte eng gefasst sind und weil

---

<sup>66</sup> Schon im EWG-Vertrag von 1957 findet sich in Art. 90 der Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“. Ein Grünbuch griff diesen Terminus im Jahr 2003 auf und fasste unter „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ insbesondere Tätigkeiten, die aus einer Gemeinwohlverpflichtung heraus im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden, namentlich in den Bereichen des Verkehrswesens, der Postdienste, des Energiesektors und der Telekommunikation; Grünbuch KOM(2003) 270 endg., Rn. 16 ff. In der englischen Sprachfassung ist von „services of general interest“ die Rede. Mit ähnlicher Konnotation wird der Begriff der „Universaldienstleistungen“ verwendet, so etwa von Micklitz, DJT-Gutachten A, 2012, S. 70 ff.

der Nachweis der tatsächlichen Voraussetzungen für Kündigung oder Rücktritt vom Vertrag im Regelfall nicht einfach zu führen ist.

Die dauerhaft enge Bindung an den Vertragspartner ist zwar für beide Parteien im Voraus abstrakt voraussehbar, gerade geschäftsunerfahrene Verbraucher neigen aber zu zeitinkonsistentem Verhalten: Sie messen beim Vertragsschluss zukünftig zu erwartenden Problemen eine unangemessen niedrige Bedeutung bei.<sup>67</sup> Sie achten beim Vertragsschluss fast ausschließlich auf den günstigsten Preis, obwohl sie ein erhebliches Interesse an einem effektiven Kundenservice oder einer zügigen Wartung im Problemfall haben. Je länger die im Konfliktzeitpunkt verbleibende Bindungsdauer der konflikthaften Beziehung, umso mehr sind sie darauf angewiesen, von ihrem Gegenüber nicht durch schwer nachweisbare Pflichtverletzungen – und sei es nur eine entgegen § 241 Abs. 2 BGB sorgfaltswidrig verzögerte Fehlerbehebung – zusätzlich geschädigt zu werden.

Die oben<sup>68</sup> bereits beschriebene ungleiche Erfahrung im Umgang mit Konflikten führt dazu, dass Verbraucher gerade bei Beziehungen von langer Bindungsdauer erhebliche Nachteile beim strategischen Konfliktverhalten hinnehmen müssen. Während sich diese Nachteile bei kurzen Vertragslaufzeiten über das eigene Marktverhalten, nämlich die Abwanderung zu anderen Anbietern, lösen lassen, sind die Rechtssubjekte bei langfristiger Bindung auf die kooperative Fortsetzung der Vertragsbeziehung angewiesen. Um sich die Kooperationsbereitschaft des unternehmerischen Gegenübers zu erhalten, verzichten Verbraucher gerade in Beziehungen von langer Bindungsdauer mitunter auf die Geltendmachung ihrer Rechte.<sup>69</sup>

## 2. Bindungsintensität

Neben der Bindungsdauer spielt auch die Bindungsintensität eine erhebliche Rolle für das Verhalten von Verbrauchern im Konflikt. Die Bindungsintensität bezeichnet dabei den Grad der Abhängigkeit des Verbrauchers von der steten Verfügbarkeit der vertraglichen Leistung.

Eine besonders hohe Bindungsintensität weisen wiederum Verträge über Güter und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auf. Kappt ein Anbieter bewusst oder versehentlich dem Kunden den Zugang zu Strom, Telefonie oder Internet, ist der Leistungsausfall in aller Regel nicht kurzfristig ersetzbar. Der Kunde wird kaum einen sofortigen Anbieterwechsel erwägen, weil dies mit erheblichem Zeitverzug verbunden wäre und weil er womöglich zu Recht daran zweifelt, dass sich der Leistungsausfall so nachweisen lässt, dass er den Vertrag rechtssicher außerordentlich kündigen kann. Hinzu kommt, dass die Kosten

---

<sup>67</sup> Verhaltensökonomien sprechen hier von „hyperbolischem Diskontieren“; vgl. *Strotz*, 23 *Rev. Econ. Stud.* 1955–56, 165 ff.; *Laibson*, 112 *Quarterly J. Econ.* 1997, 443 ff.

<sup>68</sup> Siehe oben Kapitel 2. A. I.

<sup>69</sup> Im Ergebnis ebenso *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 126.

für die Suche eines neuen, qualifizierten Vertragspartners und die mit einem Vertragswechsel verbundenen Transaktionskosten prohibitiv hoch erscheinen.

Die Anbieter der nämlichen Güter und Dienstleistungen wissen ihrerseits um die hohe Bindungsintensität. Sie reduzieren daher häufig ihren Aufwand für die Behebung von Leistungsstörungen auf ein Kostenminimum, selbst wenn dies zu einer erheblichen Erhöhung der Ausfalldauer führt. Aufgrund der oligopolistischen Marktstruktur können sie auch darauf vertrauen, dass die Nachfrage nur begrenzt und sehr träge auf verzögerte Fehlerkorrektur reagiert. Je höher die Bindungsintensität der konflikthafter Beziehung, desto schwieriger wird es mithin für Verbraucher, ihre Interessen proaktiv zu vertreten, weil beiden Seiten der Grad der einseitigen Abhängigkeit des Verbrauchers sehr bewusst ist.

Es ist nicht unwichtig, in diesem Kontext darauf hinzuweisen, dass Güter und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bis zum Ende des 20. Jahrhunderts überwiegend im staatlichen Monopol angeboten wurden. Die Versorgung durch einen zentralen, staatlichen Anbieter hat typischerweise den Vorteil, dass der Umgang mit erfolgter Schlechtleistung nicht aus Kostengründen verschleiert wird. Freilich sind die Verhaltensanreize bei staatlichen Monopolisten ihrerseits selten auf einen effizienten Umgang mit auftretenden Problemen ausgelegt, so dass allein aus der Beobachtung distributiver Verhandlungsstrategien gerade in Verträgen mit enger Bindung nicht unbedingt das Petitum einer Verstaatlichung des Leistungsangebots erwächst. Es bleibt allerdings die Feststellung, dass sich Verbraucherschwäche gerade dort manifestiert, wo der Vertrag Bedürfnisse befriedigt, die im weitesten Sinne als lebensnotwendig angesehen werden. Das gilt umso mehr, wo der Handelswert einer Leistung erheblich hinter dem empfundenen Schaden bei Nichtleistung zurückbleibt. Die Rechtsprechung versucht zwar, den empfundenen Schaden bei Nichtleistung bei der Schadensbemessung zu berücksichtigen, bleibt aber insgesamt zurückhaltend.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Vgl. BGH v. 24. Januar 2013, III ZR 98/12, BGHZ 196, 101, 108 f.: „Die Nutzbarkeit des Internets ist ein Wirtschaftsgut, dessen ständige Verfügbarkeit (...) auch im privaten Bereich für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist und bei dem sich eine Funktionsstörung als solche auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung signifikant auswirkt.“ (...) „Damit hat sich das Internet zu einem die Lebensgestaltung eines Großteils der Bevölkerung entscheidend mitprägenden Medium entwickelt, dessen Ausfall sich signifikant im Alltag bemerkbar macht. Die Unterbrechung des Internetzugangs hat typischerweise Auswirkungen, die in ihrer Intensität mit dem Fortfall der Möglichkeit, ein Kraftfahrzeug zu nutzen, ohne Weiteres vergleichbar sind.“ Laut dem BGH besteht hier sogar aus dem Kompensationsinteresse heraus ein Anspruch auf Zahlung des Betrags, der für die „Drittanmietung“ eines Internetanschlusses hätte vorauslagt werden müssen, selbst wenn dieser aufgrund der kurzen „Miet“dauer deutlich höher ausfiele. Das allerdings weiß kaum ein Verbraucher (vgl. oben Kapitel 2 A. I. 1.).

### 3. Sprache

Traditionell übt das Ausmaß der räumlichen Distanz zwischen den Parteien einer Rechtsbeziehung einen erheblichen Einfluss auf die Möglichkeiten zur Konfliktlösung aus. Während sich Streitigkeiten aus lokalen Geschäftsbeziehungen im persönlichen Gespräch verhandeln und häufig beilegen lassen, bleibt bei regionalen, überregionalen und grenzüberschreitenden Streitigkeiten im Wesentlichen nur der Weg der Fernkommunikation. Freilich haben sich die Möglichkeiten zum Datenaustausch seit dem Beginn des 21. Jahrhunderts vervielfacht und erheblich beschleunigt. Für die Übermittlung von Unterlagen und das Führen von Verhandlungen spielt daher die räumliche Distanz heute kaum noch eine Rolle, soweit nicht Institutionen die körperliche Anwesenheit der Beteiligten an einem bestimmten Ort verlangen.

Dennoch stellen gerade grenzüberschreitende Streitigkeiten Verbraucher auch heute noch vor besondere Herausforderungen, die sich insbesondere an Sprachunterschieden zwischen den Beteiligten festmachen. Denn Konfliktlösung ist ohne Kommunikation undenkbar. Wenn daher ein Verbraucher die Sprache seines Gegenübers nicht spricht, benötigt er zur Geltendmachung seiner Forderungen ein Verfahren, das Sprachbarrieren überwindet. Während für die Zukunft technologische Lösungen zur Vermittlung von Sprachdifferenzen zumindest denkbar sind,<sup>71</sup> erfordern mehrsprachige Konfliktlösungsverfahren gegenwärtig noch Übersetzungsdienstleistungen, die mit hohen Kosten verbunden sind. Weil hohe Kosten wiederum gerade bei geringwertigen Streitigkeiten schnell außer Verhältnis zum Gegenstandswert stehen,<sup>72</sup> steht Verbrauchern bei grenzüberschreitenden – oder besser: sprachübergreifenden – Konflikten kaum eine praktikable Handhabe zur Verfolgung ihrer Rechte zur Verfügung. Nicht die räumliche Distanz, sondern die Sprache ist das zentrale Hindernis für grenzüberschreitende Konfliktlösungen im europäischen Binnenmarkt.<sup>73</sup> Andere Probleme im grenzüberschreitenden Konflikt wie etwa Fragen des anwendbaren materiellen Rechts oder speziell im gerichtlichen Verfahren Fragen der zuständigen Gerichtsbarkeit, der Zustellung, der Beweiserhebung oder der Vollstreckung im grenzüberschreitenden Kontext<sup>74</sup> treten in ihrer Bedeutung weit hinter die Sprachbarriere zurück.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> In diese Richtung könnte etwa das von der EU in Art. 5 Abs. 4 lit. d) ODR-Verordnung vorgesehene elektronische Fallbearbeitungsinstrument gehen; dessen konkrete Funktionalität ist allerdings gegenwärtig noch unklar.

<sup>72</sup> Siehe unten Kapitel 2 B. II. 1.

<sup>73</sup> Ähnlich *Rühl*, 38 J. Consum. Policy 2015, 431, 446 und 451 m.w.N.

<sup>74</sup> Diese Probleme benannte die Kommission im Grünbuch KOM(93) 576 endg., S. 65 f. Sie sind freilich heute zum Teil bereits durch die europäischen Rom- und Brüssel-Verordnungen gelöst.

<sup>75</sup> Das übersieht die Europäische Union, wenn sie davon ausgeht, dass die Beseitigung

## II. Konfliktspezifische Parameter

Neben diesen relationsspezifischen Parametern, die einen Anhaltspunkt dafür bieten, wo Verbraucher ihrem Gegenüber typischerweise besonders unterlegen sind, gibt es auch konfliktspezifische Charakteristika, deren Ausprägung die *Situation* von Verbrauchern erheblich beeinflusst. Dazu gehören insbesondere der Streitwert, die Häufigkeit des Auftretens von Konflikten, der Konfliktschwerpunkt, Sprachunterschiede zwischen den Beteiligten sowie gelegentlich auch die Rollen, welche die Beteiligten im konkreten Streit einnehmen.

### 1. Streitwert

Ein erstes von Konflikt zu Konflikt variierendes Charakteristikum von Verbraucherstreitigkeiten ist ihr Streitwert. Es hängt für Verbraucher wie auch für Unternehmer erheblich vom wirtschaftlichen Wert ihrer Streitigkeit ab, wie sie sich im Konfliktfall verhalten, denn der Streitwert determiniert in erheblichem Umfang den Nutzen, den sie aus einem Konflikt ziehen können. Zwar kann der Nutzen insbesondere bei interessenorientierten Streitbeilegungsverfahren durchaus den monetären Streitwert übersteigen, er wird aber typischerweise maximal in Höhe des Streitwertes wahrgenommen.

In Verbraucherstreitigkeiten ist der Streitwert typischerweise gering. Diese Aussage lässt sich zwar nicht mit empirischen Daten aus der Justizstatistik untermauern.<sup>76</sup> Allerdings folgt sie nahezu zwingend aus der Tatsache, dass sich die meisten Verbrauchergeschäfte auf einzelne Privathaushalte beziehen und insofern nicht die Skalen unternehmerischer Rechtsbeziehungen erreichen. Das Extrem findet sich bei Streuschäden, die zwar in der Summe von gravierender Bedeutung sind, bei den betroffenen Individuen aber nur Minimalschäden anrichten.<sup>77</sup> Diese niedrige Höhe des Streitwerts wird insbesondere dann augenfällig, wenn man sie in ein Verhältnis zu den in einem Konfliktbehandlungsverfahren anfallenden Transaktionskosten setzt. Die Parteien werden ein Verfahren jeweils nur dann nutzen, wenn die daraus zu erwartenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zum daraus zu erwartenden Nutzen stehen.

Die gewichtigsten Kostentreiber in Konflikten sind die Dauer der Befassung mit der Streitigkeit, die Wahrscheinlichkeit einer befriedigenden Lösung sowie die Informationskosten hinsichtlich eines zielführenden Vorgehens und hin-

---

*einiger* Handelshemmnisse den Binnenmarkt entscheidend beflügeln werde; vgl. Flash Eurobarometer 321, S. 18 ff.; kritisch dazu *Hubbard*, 50 C. M. L. Rev. 2013, 187, 194 f.

<sup>76</sup> Die Justizstatistiken der Länder und des Statistischen Bundesamts unterscheiden nicht zwischen Verbrauchern und Unternehmern.

<sup>77</sup> *Weiß*, Zur Bekämpfung von Streuschäden, 2012, S. 26; *Schmidt*, KritV 1989, 303, 305, spricht hier von individualisierungsfeindlichen Massenkonflikten. Kritisch dazu wiederum *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 82.

sichtlich der Rechtslage im konkreten Fall.<sup>78</sup> Je geringer nun aber der in Streit stehende Vermögenswert ist, desto mehr werden die Betroffenen an eben jenen Kosten sparen wollen. Das gilt umso mehr, als der Nutzen einer vorteilhaften Konfliktbehandlung bei Verbrauchern anders als bei unternehmerischen Vielfachprozessierern, die aufgrund einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle hier Skalenvorteile heben können, sehr überschaubar ist.<sup>79</sup> Bei geringwertigen Streitigkeiten werden Verbraucher deswegen häufig auf die Rechtsdurchsetzung verzichten und einen Kompromiss in Kauf nehmen, um die Verfahrenskosten zu minimieren.<sup>80</sup>

## 2. Konfliktiteration

Neben dem Gegenstandswert hängt das Verhalten von Verbrauchern und Unternehmern im Konflikt auch von der Häufigkeit ab, mit der Konflikte gleicher oder ähnlicher Art auftreten oder zu erwarten sind. Dabei gilt im Grundsatz: Je häufiger sich ein Konflikt ereignet, desto eher lohnt eine Investition in den Umgang mit ihm. Weil Unternehmer ihr Geschäftsmodell in aller Regel so ausrichten, dass sich Rechtsbeziehungen in regelmäßiger Folge wiederholen, lohnt es sich für sie, in vereinzelt auftretende Konflikte selbst dann zu investieren, wenn der konkrete Streitwert gering ist, denn sie können daraus zielführende Handlungsmuster für die Zukunft gewinnen.<sup>81</sup>

Aus Verbrauchersicht sieht das freilich anders aus: Denn Verbraucherprodukte werden unabhängig von ihrer Bindungsdauer und Bindungsintensität in der Regel auf Märkten angeboten. Verbraucher mögen daher bei enger Bindung in einem konkreten Konflikt gefangen sein, auf neue Konflikte müssen sie sich aber nicht einlassen, wenn sie die Beziehung zum Gegenüber zum nächstmöglichen Zeitpunkt aufkündigen und bei anderen Anbietern ähnliche Konflikte nicht zu erwarten sind. Gerade im Bereich des Alltagskonsums werden Vertragsbeziehungen durch Iteration häufig wiederholt, so dass der betroffene Verbraucher beim kleinsten Konflikt unverzüglich auf Alternativenanbieter ausweichen kann.<sup>82</sup> Je häufiger die dem Konflikt zugrunde liegende Vertragsbezie-

---

<sup>78</sup> Für das Flash Eurobarometer 358, S. 77, wurden Verbraucher, die trotz Vorliegen eines Beschwerdegrundes nichts unternahmen, nach ihren Gründen dafür befragt. Die häufigsten Gründe wurden wie folgt angegeben: Eine Beschwerde hätte zu lange gedauert (37 %), es gehe um zu wenig Geld (37 %), eine befriedigende Lösung sei unwahrscheinlich (27 %), es sei unklar, wo oder wie man eine Beschwerde einlegen könne (19 %), die eigenen Rechte seien unbekannt (18 %), Beschwerden bei früheren Fällen hätten hat in der Vergangenheit nicht geholfen (15 %).

<sup>79</sup> Ison, 35 Mod. L. Rev. 1972, 18, 20.

<sup>80</sup> Ähnlich Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 82 f. m.w.N.

<sup>81</sup> Siehe von Moltke, Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen, 2003, S. 31 m.w.N., sowie oben Kapitel 2 A. I.

<sup>82</sup> Ähnlich Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 107: Die entsprechenden Beziehungen seien anonym und nicht auf Dauer angelegt.



hung neu bestätigt oder neu aufgenommen werden muss, umso weniger Schutzes bedarf der Verbraucher.<sup>83</sup>

### 3. Konfliktschwerpunkt

Als weiterer Aspekt, der sich auf die Schwäche des Verbrauchers auswirken könnte, kommt der Konfliktschwerpunkt in Betracht. Womöglich macht es einen Unterschied, ob sich die Streitigkeit überwiegend auf tatsächliche oder vornehmlich auf rechtliche Fragen bezieht.

Lange Zeit galt etwa für Zivilprozesse die generelle Einschätzung, dass ein Großteil der Verfahren eher von tatsächlichen und nur wenig von rechtlichen Fragen dominiert wird.<sup>84</sup> Während diese Perspektive für Konflikte mit hohem Streitwert nach wie vor Geltung beanspruchen kann, verdient sie gerade bei geringwertigen Streitigkeiten eine gewisse Einschränkung. Das hängt vor allem mit einer inzwischen wesentlich verfeinerten Rechtsprechung zur Beweislast zusammen, die dazu führt, dass die Beweislast heute den tatsächlichen Verantwortlichkeitssphären besser folgt.<sup>85</sup> Liegt die Beweislast insofern zunehmend bei der Partei, die ihr nicht genügen kann, so führt dies zu einer geringeren Bedeutung der Beweiserhebung über streitige Tatsachen und zu einer wachsenden Bedeutung von Rechtsfragen.

Allein dieser sich ändernde Schwerpunkt von Konflikten führt jedoch nicht zu besonderen Herausforderungen für Verbraucher. Denn Verbraucher sind nicht nur rechtlich unversiert, sondern verhalten sich gerade auch ungeschickt, wenn es Tatsachen vorzubringen oder nachzuweisen gilt. Die Vermutung, dass Verbraucher schon durch den typischen Konfliktschwerpunkt benachteiligt sein könnten, bestätigt sich insofern nicht.

### 4. Rollenverteilung

Ein letzter Aspekt, der sich abhängig vom konkreten Konflikt zu Lasten der beteiligten Verbraucher auswirken könnte, liegt in der typischen Rollenverteilung. Weil es gerade bei Verbrauchern eine ganze Reihe von Verhaltensdispositionen gibt, die sie von der aktiven Verfolgung ihrer Interessen und Rechte

---

<sup>83</sup> Der Aspekt der Konfliktiteration liegt typologisch nahe bei der in Kapitel 2 B. I. 1. thematisierten Bindungsdauer. Eine häufige Konfliktiteration fällt allerdings nicht zwingend mit geringer Bindungsdauer zusammen. So kann etwa ein Verbraucher bei Kurzzeitverträgen eine Wiederholung von Konflikten vermeiden, indem er einen serviceorientierteren Anbieter wählt.

<sup>84</sup> Schmidt, KritV 1989, 303, 304.

<sup>85</sup> Hier ist insbesondere die Rechtsprechung zur Substantiierungslast bzw. sekundären Behauptungslast zu nennen: BGH v. 1. Dezember 1982, VIII ZR 279/81, BGHZ 86, 23, 29 („erweiterte Darlegungslast“); BGH v. 17. März 1987, VI ZR 282/85, BGHZ 100, 190, 195; s.a. Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2013, § 286, Rn. 103, und Roth, in: Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, 2009, S. 149, 168.

abhalten,<sup>86</sup> ist von entscheidender Bedeutung, ob sie für die Bewältigung des Konflikts selbst aktiv werden müssen oder ob die Initiativlast<sup>87</sup> beim Unternehmer liegt.

Tatsächlich ist die Rollenverteilung insoweit sehr unterschiedlich und hängt von der konkreten, häufig vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien ab. Im Online-Handel etwa kann heute teilweise ein Kauf auf Rechnung vereinbart werden, üblicher ist indessen die Vorkasse, die bei Beanstandungen des gehandelten Produkts zur Initiativlast des Verbrauchers führt.<sup>88</sup> Im Rahmen von Mietverträgen sichern sich Unternehmer in der Regel durch eine Kautionsab, bei Dienstleistungsverträgen verlangen sie zumindest eine Anzahlung. Nur jenseits der Anzahlung sowie bei Werkverträgen ohne Werkunternehmerpfandrecht geht der Unternehmer in Vorleistung und trägt damit die Initiativlast.<sup>89</sup> Typischerweise ist deswegen der Verbraucher auch durch die Rollenverteilung im Nachteil.

### III. Kompensation von Verbraucherschwäche?

Die beschriebenen Phänomene führen dazu, dass eine Vielzahl von Konflikten gar nicht erst artikuliert wird und einer Konfliktlösung durch Rechtsanwendung oder einen anderweitigen Ausgleich insofern entgeht.<sup>90</sup> Das wirft die Frage auf, ob sich die beschriebene Verbraucherschwäche womöglich vor Konfliktentstehung verhindern oder nach dem Auftreten der Streitigkeit kompensieren lässt.

#### 1. Stärkung der Verbraucher ex ante

Im Bemühen um eine Bemündigung der Verbraucher ist immer wieder auf die Bedeutung von Erziehung und Bildung hingewiesen worden.<sup>91</sup> Diese bewirken indes zwar eine notwendige, aber niemals hinreichende Stärkung der Verbraucher.

---

<sup>86</sup> Siehe oben Kapitel 2 A.

<sup>87</sup> Diesen Begriff prägt Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 22; zuvor sprachen bereits Blankenburg von der „Klagezumutung“ – vgl. Blankenburg, ZfRSoz 1980, 33, 40 – und Röhl von der „Angriffslast“; Röhl, ZfRSoz 1981, 7, 9, 11 ff.: „Wer den status quo für sich hat, hat im Rechtsstreit die bessere Ausgangsposition.“ – Siehe auch Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 128.

<sup>88</sup> Anders noch Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 21 f., wonach der Unternehmer üblicherweise in Vorleistung geht.

<sup>89</sup> Selbst in diesen Fällen wendet sich das Blatt nach Initiative der Unternehmer aber häufig gegen den Verbraucher, weil dieser die Kosten der Substanziierung seiner Einwendungen scheut; vgl. Hegenbarth, ZfRSoz 1981, 34, 39.

<sup>90</sup> So im Ergebnis auch Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 482 ff.

<sup>91</sup> Zuletzt Engel/Stark, in: Binder/Eichel (Hrsg.), Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts, 2013, S. 27, 43 f.; Reuß/Vollath, ZRP 2013, 228, 231 f.

Für eine weitere Stärkung kommen neuerdings Kommunikationsnetzwerke in Betracht, über die Betroffene ihre Erfahrungen mit Unternehmern austauschen können. In den vergangenen Jahren hat sich eine Reihe von Online-Handelsplattformen, Verbraucherforen und Bewertungsportalen etabliert, die es Verbrauchern durch die Kumulation der Erfahrungen anderer Nutzer ermöglichen vorab einzuschätzen, wie sich ein potenzieller unternehmerischer Vertragspartner in einem Vertrag von längerer Dauer oder hoher Bindungsintensität voraussichtlich verhalten wird.<sup>92</sup> So kann etwa ein Telefoniekunde womöglich vorhersehen, bei welchem Anbieter sich der Anschluss der erforderlichen Geräte wochenlang hinziehen wird. Oder ein Hotelgast kann vorab einschätzen, welche Servicequalität er von seinem potenziellen Vertragspartner erwarten darf.

Die Effektivität dieser Netzwerkkontrolle darf man gleichwohl nicht überschätzen. Denn zum einen sind die Bewertungsnetzwerke nur einem Teil der Bevölkerung überhaupt faktisch zugänglich. Zum anderen wissen versierte Unternehmer die Netzwerke durchaus als Marketinginstrumente zu nutzen. Durch geschickte Beeinflussung eigener wie auch fremder Bewertungsprofile können sie das Stimmungsbild zum eigenen Vorteil verändern. Das wiederum schwächt die Kontrollfunktion der Netzwerke signifikant ab.

## 2. Korrektur der Verbraucherschwäche ex post

Aus der Existenz bestimmter Erscheinungsformen und Exponenten von Verbraucherschwäche zu Beginn einer Streitigkeit folgt freilich noch nicht zwingend das Desiderat, diese Schwäche durch die Gestaltung von Konfliktlösungsverfahren aufzufangen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Schwächerenschutz womöglich mit den sonstigen Zielen eines Verfahrens konfligiert. Gerade dort, wo ein Konfliktlösungsverfahren eine gewisse Autonomie der Parteien voraussetzt und ihnen eine bestimmte Form der Mitwirkung am Verfahren abverlangt, kann der unbedingte Schutz des sozial Schwächeren die Zwecksetzung des Verfahrens nachhaltig stören.<sup>93</sup> Hinzu kommt, dass Verbraucherschwäche bisweilen kaum kompensiert werden *kann* bzw. eine Kompensation nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist und damit faktisch ausscheidet.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Hierzu gehören etwa die Handelsplattformen Amazon und eBay, aber auch branchenspezifische Portale wie etwa HRS, Yelp oder Jameda. Auch die großen Suchmaschinen und Online-Kartenanbieter integrieren Bewertungsprofile in ihre Datenangebote. Zu den dort wirkenden Reputationsmechanismen siehe *Calliess*, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.), *Responsible Business*, 2008, S. 225, 227 f.

<sup>93</sup> So lautet im Kern der speziell für den Zivilprozess vorgetragene Einwand von *Roth*, in: Gottwald (Hrsg.), *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan*, 2009, S. 149, 176 f. Siehe dazu noch unten Kapitel 2 C. III. 1.

<sup>94</sup> Das betrifft insbesondere die in Kapitel 2 A. IV. erwähnten Fälle mit geringer Artikulationsfähigkeit der Betroffenen.

Dass Verbraucherschwäche nicht zwingend kompensiert werden muss, bedeutet indes nicht, dass sich die Verbrauchergerechtigkeit eines Verfahrens nicht entsprechend dem Impetus dieser Untersuchung überprüfen ließe. Schon hier deutet sich aber an, dass bestimmte Verfahren womöglich „bewusst nur begrenzt verbrauchergerecht“ sein könnten, weil ihre sonstige Zwecksetzung nichts anderes zulässt. Für die hiesige Betrachtung ist konkret interessant, inwieweit sich Verfahren der *Rechtsdurchsetzung* verbrauchergerecht ausgestalten lassen.

## C. Rechtsdurchsetzung und Verbraucherinteressen

Dass ein Konfliktlösungsverfahren auf die Durchsetzung materieller Rechte zielt, ist nicht selbstverständlich. Eine Reihe anderer Verfahrensziele ist denkbar. Es ist dabei gleichsam eine Vorbedingung eines verbrauchergerechten Verfahrens, dass dieses die Verbraucher nicht nur durch Berücksichtigung ihres typischen Konfliktverhaltens dort abholt, wo sie stehen, sondern dass es sie auch dahin bringt, wohin sie wollen. Worauf aber kommt es Verbrauchern im Konflikt typischerweise an? Welche Bedeutung hat speziell die Rechtsdurchsetzung für die Bewältigung des Rechtsstreits? Diese Frage stellt sich einerseits aus der Warte der Gesamtheit aller Verbraucher, andererseits aber auch aus der Warte des einzelnen, konkret konfliktbetroffenen Verbrauchers.<sup>95</sup>

### I. Soziale Bedeutung der Rechtsdurchsetzung

In gesamtgesellschaftlicher Hinsicht kommt der Durchsetzung des materiellen Rechts eine wichtige verhaltenssteuernde Funktion zu. Diese soziale Funktion lässt sich aus einer rechtspositivistischen wie auch aus einer rechtsökonomischen Warte begründen.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Bisweilen wird auch zwischen objektiver und subjektiver Rechtsdurchsetzung differenziert; so etwa bei *Koch*, *Verbraucherprozeßrecht*, 1990, S. 58, 119 ff. Diese Unterscheidung erscheint zumindest im Zivilrecht nur begrenzt hilfreich, weil es sich hier ausschließlich um subjektive Rechte handelt. Entsprechend interessanter ist die hier aufgeworfene Frage nach dem objektiven oder subjektiven *Rechtsdurchsetzungsinteresse*.

<sup>96</sup> Vgl. die Unterscheidung bei *Frerichs*, *ZfRSoz* 2010, 231, wonach es je nach Perspektive so scheint, dass entweder der Markt in die normative Ordnung der Gesellschaft eingebettet ist oder die Gesellschaft der Logik des Marktes folgt.

## 1. Rechtspositivistische Perspektive

Nimmt man eine rechtspositivistische Perspektive ein, so verfolgt das Recht einen absoluten Geltungsanspruch. Mit den Worten von *Joseph Heinrich Kaiser*: „Mit dem Begriff des Rechts ist auch dessen Anspruch auf Geltung vorgegeben; er gründet also in der Idee des Rechts.“<sup>97</sup> Diese für unverzichtbare Grundrechte wohl unumstrittene Auffassung verdient für das Zivilrecht eine gewisse Einschränkung. Beim *ius dispositivum* folgt schon aus seiner Natur, dass der Gesetzgeber den Rechtssubjekten hier keine zwingende Vorgabe machen will – das entkräftet den Geltungsanspruch jedenfalls dort, wo sich die Beteiligten kraft eigenen Willens anderweitig entscheiden. Ohnehin spricht vieles dafür, es nur in normbezogenen Konflikten zu einer richterlichen Entscheidung kommen zu lassen, rollenbezogene und personale Konflikte Schlichtern und Ratgebern zu überlassen.<sup>98</sup> Die Grenzen zwischen diesen Konflikttypen sind im Einzelfall nicht einfach zu ziehen, zumal sich Konfliktthemen im Zeitablauf durchaus verschieben und verändern können.<sup>99</sup>

Nun herrscht freilich gerade im Verbraucherrecht infolge des Versagens selbstregulativer Mechanismen<sup>100</sup> das *ius cogens* vor: Auf ihre zwingenden Rechte können Verbraucher nicht verzichten.<sup>101</sup> Zwar können sie die Geltendmachung ihrer Ansprüche unterlassen.<sup>102</sup> Dennoch gibt es ein Interesse des Gesetzgebers und der durch ihn repräsentierten Allgemeinheit, dass den materiellen Rechten zumindest in gewissem Umfang Geltung verschafft wird. Dieses Allgemeininteresse geht über ein bloßes Kollektivinteresse aller Verbraucher hinaus,<sup>103</sup> denn das geltende Recht repräsentiert ein Idealbild insoweit einheitlicher Marktbedingungen, das durch kontinuierliche Neuverhandlung erhebliche Transaktionskosten spart und an dessen Durchsetzung

<sup>97</sup> *Kaiser*, in: Badura/Kaiser (Hrsg.), *Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts*, 1987, S. 39, 40. Ähnlich *Schmidt-Jortzig*, NJW 1994, 2569, 2571: „Ein Staat, der Recht und Gerechtigkeit zu seinem Richtwert erklärt und sich instrumentell durch Gesetze und Rechtsvorschriften ordnet, muß Einrichtungen vorhalten, die deren Beachtung auch realiter sicherstellen.“

<sup>98</sup> So *Gessner*, *Recht und Konflikt*, 1976, S. 179, und ihm folgend *Kocher*, *Funktionen der Rechtsprechung*, 2007, S. 86.

<sup>99</sup> Ähnlich *Kocher*, *Funktionen der Rechtsprechung*, 2007, S. 87.

<sup>100</sup> Vgl. *Bachmann*, *Private Ordnung*, 2006, S. 62.

<sup>101</sup> Ein Verzicht oder ein Vergleich über zwingende Rechte ist jedenfalls dann unzulässig, wenn hinsichtlich deren Bestehens kein ernsthafter Zweifel besteht; vgl. BGH v. 6. Dezember 2011, II ZR 149/10, BGHZ 191, 364, 378; *Habersack*, in: MünchKomm-BGB, 2013, § 779 Rn. 11; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 2016, § 779 Rn. 6. Siehe dazu ausführlich unten in Kapitel 3 A. I. 3.

<sup>102</sup> Das bloße Unterlassen der Geltendmachung eines zwingenden Verbraucherrechts ist damit in der Terminologie *Bachmanns* ein *rechtsfreier Raum*; vgl. *Bachmann*, *Private Ordnung*, 2006, S. 44.

<sup>103</sup> Zur Unterscheidung zwischen beiden Begrifflichkeiten von *Moltke*, *Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen*, 2003, S. 22 f.

jedenfalls auch diejenigen Unternehmer interessiert sind, die sich ihrerseits diesen Bedingungen anpassen.<sup>104</sup>

Der Umfang des Geltungsanspruchs lässt sich wie folgt konkretisieren: Für ideale Marktbedingungen bedarf es nicht einer absoluten Rechtsdurchsetzung um jeden Preis,<sup>105</sup> wohl aber eines durch *Rechtsfortbildung* ausdifferenzierten Rechtsrahmens.<sup>106</sup> Dieser Rahmen muss in sich berechenbar und stabil sein, es bedarf also auch größtmöglicher *Rechtssicherheit*. Dabei verfügt gerade die Rechtsdurchsetzung durch Rechtsprechung über eine erhebliche regulatorische Kraft, die weit über den betroffenen Einzelfall hinausgeht.<sup>107</sup> Das gilt umso mehr, als Gerichtsentcheidungen bürgerliche Werte und Normen aktualisieren und kommunizieren;<sup>108</sup> die Rechtssubjekte nehmen das Recht mit hin nicht unbedingt schon im Moment der Gesetzgebung, sondern womöglich erst bei Gelegenheit öffentlicher Rechtsanwendung wahr. Durch diesen Rechtsklärungseffekt kann sich wiederum künftige Rechtsprechung erübrigen, weil die Rechtsadressaten dann bereits wissen, was sie vom Recht zu erwarten haben.<sup>109</sup> Insofern nimmt die staatliche Justiz nicht die einzige, aber doch eine naturgemäß hervorgehobene Funktion bei der Rechtsdurchsetzung ein.<sup>110</sup>

## 2. Rechtsökonomische Perspektive

Neben dem rechtspositivistischen gibt es auch einen rechtsökonomischen Blick auf den gesellschaftlichen Wert der Rechtsdurchsetzung. Die Rechtsökonomik betrachtet neben dem Wert von Rechtsfortbildung und Rechtssicherheit<sup>111</sup> insbesondere die Verhaltensanreize, die unterschiedliche Grade der Rechtsdurchsetzung für die Rechtssubjekte setzen.<sup>112</sup> Es geht gleichzeitig im Sinne einer

<sup>104</sup> Siehe die Nachweise oben in Kap. 1 Fn. 129.

<sup>105</sup> Die Gefahr einer übermäßigen Rechtsdurchsetzung wird häufig mit dem Sprichwort des *Fiat iustitia et pereat mundus* belegt, auch wenn diese Bedeutung darin ursprünglich nicht angelegt war; vgl. *Liebs*, JZ 2015, 138 ff.

<sup>106</sup> Konkret zum Wert der Rechtsfortbildung im Verbraucherrecht *Tonner*, ZKM 2015, 132. Zum Umfang der Bindung an die Ergebnisse richterlicher Rechtsfortbildung *Brehm*, in: FS Schumann, 2001, S. 57, 67 ff.; *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 ff.

<sup>107</sup> *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 184.

<sup>108</sup> *Genn*, 24 Yale J. Law & Human. 2012, 397.

<sup>109</sup> *Höland*, ZfRSoz 2009, 23, 35 ff. Ein Anderes gälte nur dann, wenn nach dem heute ergehenden Urteil kein ähnlich gelagerter Streitfall mehr aufträte, der gerade wegen des heutigen Urteils *unbeurteilt* bleiben könnte.

<sup>110</sup> *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 197, formuliert noch vergleichsweise zurückhaltend, wenn er die staatliche Justiz als Orientierung und Sicherheitsnetz bezeichnet.

<sup>111</sup> *Schmidtchen/Bier*, in: Bork/Eger/Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts*, 2009, S. 51, 53 ff., sprechen von der „Durchsetzung des Sozialvertrages“.

<sup>112</sup> *Wagner*, ZEuP (16) 2008, 6, 8 f.

Folgenorientierung<sup>113</sup> darum, welches Maß an Rechtsdurchsetzung zum sozial optimalen Verhalten der Marktteilnehmer führt.<sup>114</sup>

Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Rechtsdurchsetzung eine Wirkung für die Vergangenheit und einen Effekt für die Zukunft hat. Für die unmittelbar am Rechtsstreit beteiligten Individuen entfaltet sie Regelwirkung hinsichtlich des Umgangs mit einem Sachverhalt aus der Vergangenheit; gleichzeitig wirkt sie auch in die Zukunft, weil die erstrittene Präzedenz die rechtliche Bewertung zukünftig eintretender Konflikte weitgehend präjudiziert. Was den Nutzen der Rechtsdurchsetzung für die Allgemeinheit anbetrifft, so sorgt jedenfalls eine öffentlich wahrnehmbare Präzedenz innerhalb der Gesellschaft zukünftig für Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit. Sie wirkt aber gleichzeitig auch zeitlich zurück, weil viele Rechtssubjekte ihr Verhalten so steuern werden, dass sie der gegen sie betriebenen Rechtsdurchsetzung entgehen.<sup>115</sup>

Entscheidend sind dabei allerdings Wahrscheinlichkeit und Maß der Rechtsdurchsetzung. Es macht einen Unterschied, ob ein Rechtsadressat damit rechnen muss, für rechtswidriges Verhalten zur Rechenschaft gezogen zu werden, oder damit rechnen kann, mit großer Wahrscheinlichkeit unbehelligt zu bleiben. Deswegen werden rational denkende Rechtssubjekte, die keinen moralischen Bindungen unterliegen und allein ihren Nutzen zu maximieren suchen,<sup>116</sup> ihr Verhalten nicht am geltenden, sondern am tatsächlich durchgesetzten Recht ausrichten. Sie antizipieren das Maß der Rechtsdurchsetzung und preisen es in ihre Entscheidungen mit ein. Verursacht ein Rechtssubjekt etwa durch ein bestimmtes rechtswidriges Marktverhalten bei jedem Vertragspartner einen Schaden von 100 €, werden die daraus resultierenden Schadensersatzansprüche aber nur in der Hälfte der Fälle durchgesetzt, so verbleiben ihm durchschnittlich 50 €

---

<sup>113</sup> Grundlegend *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, passim, weiter *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, S. 397 ff., und *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 162 ff.

<sup>114</sup> Das Recht hat insoweit auch Präventivfunktion, vgl. *von Hippel*, ZRP 2001, 145, 148. Zur Zulässigkeit der Verhaltenssteuerung durch Privatrecht *Wagner*, AcP (206) 2006, 352, 422 ff.

<sup>115</sup> Vgl. die von *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 96, 101, 108, aufgestellte Trias, wonach die Legislative die Konflikte der Zukunft löst, die Exekutive sich mit den Problemen der Gegenwart beschäftigt und der Justiz die Streitigkeiten aus der Vergangenheit zugewiesen sind. Die hiesige Betrachtung zeigt, dass die Wirkungen der Rechtsprechung bzw. allgemeiner der Rechtsdurchsetzung gerade auch in die Zukunft reichen.

<sup>116</sup> Die Modellierung des Menschen als eines Nutzenmaximierers geht auf das Modell des *homo oeconomicus* zurück; dazu statt vieler *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, S. 21 ff. m.w.N. Im wohlverstandenen Sinne hat es der Nutzenmaximierer nicht allein auf Geld abgesehen. Vielmehr umfasst sein Nutzenspektrum auch diverse nicht-monetäre Elemente, darunter insbesondere auch die Vereinbarkeit mit ethischen Überzeugungen. Beim Versuch einer rechnerischen Näherung ist man aus Praktikabilitätsgründen gleichwohl häufig auf die monetäre Ebene zurückgeworfen; die dadurch verursachten Unschärfen nimmt man in Kauf.

Gewinn pro Fall.<sup>117</sup> Es kann danach zwar illegal, aber rational vorteilhaft sein, sich rechtsbrüchig zu verhalten, wenn die Anspruchsinhaber ihre Forderungen nicht vollständig durchsetzen.

Diese Rechnung verändert sich etwas, wenn man die Kosten der Rechtsverfolgung mit einbezieht. Anders als etwa in den USA trägt in Europa ganz überwiegend derjenige die Kosten des Rechtsstreits, der die gerichtliche Auseinandersetzung verliert.<sup>118</sup> Löckt also jemand wider den Stachel des Rechts, so muss er damit rechnen, die gesamten Kosten der Rechtsverfolgung zusätzlich zu tragen. Abhängig von der Höhe des Gesamtkostenrisikos<sup>119</sup> kann dadurch der Anreiz zum illegalen Verhalten verschwinden, weil die Rechtsverfolgungskosten den durch unvollständige Rechtsdurchsetzung entstandenen Gewinn womöglich auffressen.

Das jedoch ist gerade im Kontext zwischen Verbrauchern und Unternehmern nicht der Normalfall. Es ist durchaus möglich, dass dem Unternehmer nach Auskehrung der eingeklagten Forderungen und Abzug der zu ersetzenden Kosten des Rechtsstreits noch immer ein Gewinn verbleibt, mithin ein kalkulierter Rechtsbruch weiter attraktiv ist.<sup>120</sup> Dies hängt entscheidend von der Frage ab, in welchem Maß die Rechte der Forderungsinhaber durchgesetzt werden und wie hoch die zu erstattenden Rechtsverfolgungskosten ausfallen. Ein Unternehmer wird dann illegales Marktverhalten wählen, wenn er daraus positive Gewinne erwartet, wohingegen die Gesamtgesellschaft ein Interesse daran hat, dass ein Rechtsbruch unrentabel ist, damit der Anreiz zu kalkuliert illegalem Verhalten verschwindet.

So attraktiv die Vorstellung ist, dass illegales Marktverhalten durch den Markt bestraft werden und deswegen wirtschaftlich unattraktiv sein müsste: In der Praxis klafft in vielen Bereichen eine erhebliche Rechtsdurchsetzungslücke, die Unternehmen durch rechtswidriges Verhalten zum eigenen Nutzen unternehmerisch ausnutzen können und zu deren Ausnutzung sie in einem wesentlich auf maximale Gewinnerzielung ausgerichteten maximalen System auch verleitet sind.<sup>121</sup> Die Betroffenen ihrerseits reagieren nur schwach auf die-

---

<sup>117</sup> Das Grünbuch KOM(93) 576 endg., S. 7 Fn. 14a, spricht hier von der „Internalisierung von Kosten, die ohne das Verfahren extern blieben“. Um klassische externe Effekte im Sinne der ökonomischen Theorie handelt es sich dennoch nicht, weil Geschädigter nicht ein Dritter, sondern der Vertragspartner ist.

<sup>118</sup> So etwa die deutsche Regelung in § 91 ZPO. Demgegenüber sind nach der American Rule die Anwaltskosten grundsätzlich von jeder Partei selbst zu tragen; die Gerichtskosten trägt freilich auch hier üblicherweise die unterlegene Partei; vgl. etwa Rule 54 (d) (1) der US-amerikanischen Federal Rules of Civil Procedure.

<sup>119</sup> Nach deutschem Kostenrecht (RVG, GKG) wäre aufgrund der degressiven Kostensteigerung bei einem Streitwert von 100 € mit einem Gesamtkostenrisiko in Höhe des gut vierfachen Streitwertes zu rechnen; bei einem Streitwert von 1.000 € betrüge das Kostenrisiko nur noch 68 % des Streitwertes, bei einem Streitwert von 10.000 € nur noch 41 % des Streitwertes.

<sup>120</sup> Grundmann, in: FS Wulf-Henning Roth, 2015, S. 181, 195 f.

<sup>121</sup> Das stete Gewinnstreben von Unternehmen wurzelt gerade bei Rechtssubjekten mit



ses Verhalten – einerseits infolge ihrer Konfliktscheu,<sup>122</sup> andererseits aber auch deswegen, weil förmliche Verfahren Voraussetzungen für die Geltendmachung von Ansprüchen formulieren, die schlicht nicht jeder Anspruchsinhaber erfüllen kann.<sup>123</sup> Dabei ist die Rechtsdurchsetzungslücke umso größer, je schwächer der Verbraucher ist – sei es, weil er angesichts der Geringfügigkeit einer Streitsache den Aufwand der Rechtsdurchsetzung scheut, sei es, weil er das Kalkül seines unternehmerischen Kontrahenten gar nicht erst durchschaut.<sup>124</sup>

Ohne Frage: Soweit die Mechanismen des Marktes funktionieren, können diese das Maß der Rechtsbefolgung durchaus erhöhen und damit die Rechtsdurchsetzungslücke verringern. Verbraucher können Informationen über die Rechtstreue unterschiedlicher Unternehmer austauschen und auf deren Basis ihre Vertragspartner auswählen. Dieser Mechanismus steht und fällt allerdings mit der Qualität und Verfügbarkeit der entsprechenden Informationen. Während sich die Anbieter großer internationaler Handelsplattformen im Zweifel unter einer engmaschigen Kontrolle von Behörden und Medien befinden, existiert daneben eine Vielzahl kleiner Unternehmer, die bisweilen ohne öffentlich verfügbare Anbieter- oder Registerinformationen agieren und so für Verbraucher schwer zu fassen sind. Und selbst dort, wo sie mit offenem Visier auftreten, werden sie selten zur Befolgung des materiellen Rechts gezwungen, weil es Verbrauchern an einem Nachweis für den *systematischen* Rechtsbruch fehlt, weil die Rechtsverstöße reines Marktordnungsrecht ohne verbundene Individualansprüche für Verbraucher betreffen<sup>125</sup> oder weil sich die oben genannten Kontrollinstitutionen aufgrund des geringen Wertes des konkret streitigen Falles nicht für die Angelegenheit interessieren. Wenn der Gesetzgeber die dadurch entstehende Rechtsdurchsetzungslücke schließen will, muss er das Maß der individuellen<sup>126</sup> oder kollektiven Rechtsdurchsetzung erhöhen oder die Rechtsverfolgungskosten der Unternehmer steigern.

---

Fremdorganschaft, namentlich der Aktiengesellschaft, in deren Zweckwidmung und ist insofern systembedingt; *Stürmer*, ZZP (127) 2014, 271, 320 Fn. 238.

<sup>122</sup> Siehe oben Kapitel 2 A. II., aber auch noch unten Kapitel 2 C. II. 1.

<sup>123</sup> *Wagner*, VersR 1999, 1441, 1447, spricht im Kontext der prozessualen Durchsetzung außervertraglicher Haftungsansprüche von „Unzulänglichkeiten des heimischen [deutschen] Zivilprozessrechts“.

<sup>124</sup> Siehe oben Kapitel 2 A. und B.

<sup>125</sup> So steht es etwa bei Verstößen gegen die Preisangabenverordnung, die bei Verbrauchern häufig zu manifesten Nachteilen führen, auf den vereinbarten Preis einer Dienstleistung oder eines Produkts aber in der Regel keine Auswirkung haben.

<sup>126</sup> *von Hippel*, Verbraucherschutz, 1986, S. 156.

## II. Individuelle Bedeutung der Rechtsdurchsetzung

Der Nutzen oder Vorteil, den ein einzelner Forderungsinhaber aus einem Konfliktlösungsverfahren zieht, muss nicht allein von der Rechtsdurchsetzung bestimmt werden. Seine Interessen und Bedürfnisse können daneben auch noch eine Vielzahl anderer Aspekte umfassen, die im *Jhering*'schen Sinne nicht *rechtlich geschützt* sind.<sup>127</sup> Typische Interessen außerhalb der reinen Rechtsdurchsetzung sind der rasche Abschluss einer Streitigkeit, die Vermeidung einer Eskalation wie auch des damit verbundenen emotionalen Aufwands und die Vermeidung unnötiger Konfliktbereinigungskosten. Diese Bedürfnisse sind häufig Ausprägungen der Konfliktscheu des Verbrauchers, der über begrenzte Mittel verfügt, seine Verluste und Risiken minimieren will und vor der Inanspruchnahme öffentlicher Institutionen für die Lösung des Konflikts zurückweicht.<sup>128</sup> Aus diesen Beobachtungen folgt die Frage, in welchem Maße das Interesse des Verbrauchers an der Rechtsdurchsetzung zum eigenen materiellen Vorteil durch andere Bedürfnisse überlagert und verdrängt wird.

### 1. Rechtsdurchsetzung und rationales Desinteresse

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass Verbraucher gerade bei geringwertigen Streitigkeiten und bei langandauernden Vertragsbeziehungen wenig Interesse an einer Verfolgung ihrer Rechte haben. Die Scheu, Forderungen aktiv durchzusetzen und dazu womöglich sogar gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, ist dabei individuell alles andere als unvernünftig. Es lohnt sich für die meisten Verbraucher nicht, Rechtskenntnisse zu erwerben, Verhandlungsfähigkeiten zu trainieren, sich mit Möglichkeiten gerichtlicher Rechtsdurchsetzung vertraut zu machen oder ihr Privatleben beweissicherer zu organisieren, weil sie zu selten in rechtliche Streitigkeiten geraten, als dass der zu erwartende Ertrag diesen Aufwand rechtfertigen würde. Einen Ersatz gerade für Bagatellschäden gerichtlich durchzusetzen, kostet die meisten Verbraucher mehr, als es ihnen bringt. Man spricht deswegen vom *rationalen* Desinteresse<sup>129</sup> der Betroffenen.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> *von Jhering*, Geist des römischen Rechts, 1954, S. 339; vgl. ausführlich *Wagner*, AcP (193) 1993, 319, 322 ff. Die von *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1960, S. 618 f., angestoßene Debatte um Für und Wider des *Interesses* als Kern eines Rechts – dazu ausführlich *Wagner*, AcP (193) 1993, 319, 338 ff. m.w.N. – ist für die hier geführte Diskussion ohne Bedeutung, zumal nicht einmal *von Jhering* selbst einen Fall nannte, in dem das fehlende Interesse zu einem Fortfall des Rechts geführt hätte.

<sup>128</sup> Siehe oben Kapitel 2 A. II.

<sup>129</sup> *Schäfer*, in: Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999, S. 67, 68.

<sup>130</sup> Ein anschauliches Beispiel gibt *Abrens*, WRP 2015, 1040 ff., mit einem Hinweis auf eine britische Kollektivkartellschadensersatzklage mit Individualschäden im Bereich von

Wenn ein Rechtsinhaber für sich die Entscheidung trifft, lieber die Hände in den Schoß zu legen, als seine Ansprüche zu verfolgen, so ist dies auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich hinzunehmen. Die *Jhering'sche* Auffassung, wonach die Verteidigung materieller Rechte eine Pflicht nicht nur gegenüber sich selbst, sondern auch gegenüber dem Gemeinwesen ist,<sup>131</sup> darf insoweit heute als überholt gelten.<sup>132</sup> Es besteht kein rechtsstaatliches Interesse, Konfliktparteien zu einer rechtsorientierten Lösung ihrer Streitigkeit zu drängen.<sup>133</sup> Der Staat zwingt seine Bürger nicht jenseits ihrer privaten Interessen zur „Mitwirkung an der Verwirklichung der Rechtsidee“<sup>134</sup>. Eine andere Frage ist freilich diejenige nach der Bagatellgrenze, ab der die Rechtsverfolgung für die Betroffenen rational uninteressant wird. Selbst wenn sich der Staat aus der individuellen Entscheidung über die weitere Rechtsverfolgung heraushält, so kann er doch die Rahmenbedingungen für die Konfliktbehandlung mehr oder weniger attraktiv gestalten. In der Rechtswissenschaft wird die Frage nach günstigen Rahmenbedingungen für die Durchsetzung typischer Verbraucherforderungen unter dem Stichwort *access to justice* behandelt. An dieser Stelle soll die Feststellung genügen, dass man aus der Beobachtung, dass die Konfliktaversion von Verbrauchern nicht unvernünftig ist, nicht schließen darf, dass das Maß dieser Konfliktaversion nicht durch die Gestaltung von Konfliktbehandlungsverfahren beeinflusst werden könnte.<sup>135</sup>

## 2. Rechtsdurchsetzung und Erhalt der Kundenbeziehung

Neben dem rationalen Desinteresse der Streitparteien kommt weiterhin in Betracht, dass deren Interesse am Erhalt einer geschäftlichen Beziehung das Bedürfnis nach einer Durchsetzung materieller Rechte abschwächen könnte.

Insbesondere bei Verträgen mit erheblichem Wert und langer Bindungsdauer, die durch Vertreter oder Vermittler zustande kommen, versuchen diese häufig, den Verbraucher über eine gute Kundenbeziehung zum Vertragsschluss zu motivieren und bei auftretenden Problemen seinen Empörungsimpuls<sup>136</sup> unter Hinweis auf diese Beziehung zu besänftigen. Bisweilen wird sogar die Beziehung geradezu benutzt, um vom Gegenüber materielle Zugeständnisse zu

---

5–20 £, der sich augenscheinlich noch nicht einmal jeder tausendste Anspruchsberechtigte angeschlossen hat.

<sup>131</sup> *von Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872, S. 56.

<sup>132</sup> So für den Zivilprozess beklagt von *Wolf*, NJW 2015, 1656, 1658.

<sup>133</sup> Ähnlich *Podszun*, *Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte*, 2014, S. 179, und *Hegenbarth*, ZfRSoz 1981, 34, 50 f.

<sup>134</sup> So aber die Vorstellung *von Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872, S. 58, der vom privaten Interesse als einem „niedern Motiv“ spricht und verlangt, dass sich der rechtswidrig behandelte Bürger im Interesse der Allgemeinheit wehrt.

<sup>135</sup> Siehe dazu noch unten Kapitel 6 B.

<sup>136</sup> Diese anschauliche Begrifflichkeit verwendet *Rupprecht Podszun*. In ähnlicher Weise spricht *Lorenz*, VersR 2004, 541, 549, von „empörter Rechtsleidenschaft“.

erreichen.<sup>137</sup> Allerdings dominiert bei höherwertigen wie auch bei geringwertigen Streitigkeiten auf Seiten des Verbrauchers regelmäßig das Interesse, die Beziehung zum Gegenüber zu kappen und möglichst schnell aus der Sache herauszukommen.<sup>138</sup> Das reduziert den Bedarf nach einer intelligenten Lösung des Konfliktes nach privat verhandelten Regeln<sup>139</sup> auf ein Minimum. Dies gilt insbesondere auf standardisierten Verbrauchsgütermärkten, wo Verbraucher aus einer Fülle ähnlicher Anbieter auswählen können und – im Unterschied zu ihrem Gegenüber – keinen Vorteil aus der Fortsetzung einer konflikthafter Vertragsbeziehung ziehen.

Bildlich kann man sich die Verbraucherinteressen wie einen Trichter vorstellen, der sich bei abnehmenden Streitwerten immer weiter verjüngt: Von einem ganzen Interessenbündel bleibt bei geringwertigen Streitigkeiten nur noch ein Bedürfnis an kostengünstiger Rechtsdurchsetzung übrig. Während eine Konfliktlösung, die zwar im Schatten des Rechts<sup>140</sup> stattfindet, sich aber vorrangig an außerrechtlichen Interessen der Betroffenen orientiert, in Fällen mit hohem Streitwert von Vorteil ist,<sup>141</sup> diffundiert dieser Vorteil im geringwertigen Alltagskonflikt, weil die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung schlichtweg den Aufwand nicht lohnt. Es geht dann im Wesentlichen nur noch darum, dem Gegenüber das erlebte Verhalten nicht durchgehen zu lassen.<sup>142</sup> Verbraucher formulieren häufig gerade bei kleinen Streitwerten, deren Verlust sie vergleichsweise einfach verschmerzen könnten: „Es geht uns ums Prinzip.“ Dieses Recht muss ein Rechtsstaat nicht fördern, es ist aber in einem Rechtsstaat legitim und vom Rechtsstaat ernstzunehmen.

Ganz anders zeichnet sich das Bild aus Unternehmenssicht: Bei Unternehmen treten gleichartige Konflikte häufig parallel oder in regelmäßiger Folge auf. Häufig streiten sich die Beteiligten auch um Streuschäden, die beim einzel-

<sup>137</sup> Engel/Stark, in: Binder/Eichel (Hrsg.), Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts, 2013, S. 27, 36; außerhalb des Verbraucherkontexts *Bübring-Uhle/Eidenmüller/Nelle*, Verhandlungsmanagement, 2009, S. 9 f.

<sup>138</sup> In einer nicht-repräsentativen Umfrage des Verfassers unter 107 Verbrauchern war den Befragten beim Umgang mit einer streitigen Forderung gegen einen Vertragspartner von zehn als möglich vorgegebenen Verfahrenszielen die Rechtsdurchsetzung durchschnittlich klar das wichtigste und die Erhaltung der Beziehung zum Vertragspartner im Schnitt klar das unwichtigste Ziel. Dieses Ergebnis stellte sich bei einer Forderungshöhe von 500 € ebenso wie bei einem Anspruch in Höhe von 5.000 € ein. Im Ergebnis ähnlich *Koch*, Verbraucherprozessrecht, 1990, S. 127.

<sup>139</sup> Vgl. *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 42.

<sup>140</sup> So die Begriffsbildung von *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L. Rev. 1979, 950; vgl. dazu auch *Grundmann*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Schatten des Rechts und soziale Einbettung, 2015, S. 1998 ff. Demgegenüber bevorzugen *Mähler/Mähler*, NJW 1997, 1262, 1265, die Beschreibung der Lösungsfindung „im Lichte des Rechts“; ebenso *Gläser*, in: Stürner/Gascón Inchausti/Caponi (Hrsg.), The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice, 2015, S. 115, 120.

<sup>141</sup> *Prütting*, JZ 1985, 261, 267.

<sup>142</sup> *Blankenburg*, ZfRSoz 1980, 33, 42 f.

nen Verbraucher minimal, für den Anbieter einer Ware oder Dienstleistung aber kumuliert von existenzieller Bedeutung sind. Die Kundenbeziehung ist dem Verbraucher gleichgültig, weil er sein Gegenüber einfach substituieren kann, für den Unternehmer aber bedeutet jeder verlorene Kunde eine Verringerung des Marktanteils. Man mag zwar argumentieren, ein Unternehmer könne gut und gerne auf querulatorische Kunden verzichten. Allerdings potenziert sich die Unzufriedenheit eines einzelnen Verbrauchers häufig durch negative Evaluationen in online zugänglichen Bewertungsportalen.<sup>143</sup> Die dortigen Einträge geben die Wahrnehmung der Kunden wieder, sind in der Regel nicht justiziabel,<sup>144</sup> können das Geschäft von Unternehmern aber nachhaltig schädigen.

Es besteht mithin ein asymmetrisches Interesse am Erhalt der Kundenbeziehung: Während Unternehmern in der Regel sehr daran gelegen ist, dass ihre Kunden gut über sie sprechen, können Verbraucher jedenfalls bei Alltagsverträgen mit überschaubarer Bindungsdauer problemlos den Anbieter wechseln.<sup>145</sup> Während insofern der große Aufwand Verbraucher häufig von der Rechtsdurchsetzung abhält, wird ihr Interesse an der Rechtsdurchsetzung gleichwohl kaum dadurch geschmälert, dass sie die Kundenbeziehung mit dem Unternehmer fortführen wollten.

### 3. Rechtsdurchsetzung und Präzedenzinteresse

Welchen Einfluss hat sodann das Präzedenzinteresse des Verbrauchers auf sein Interesse an der Rechtsdurchsetzung? Je mehr ihm daran gelegen ist, einen Präzedenzfall zu statuieren, desto größer wird auch sein Bedürfnis sein, seine materiellen Rechte durchzusetzen.

An dieser Stelle wirkt sich ein Umstand aus, der bereits bei der begrenzten Konfliktroutine des Verbrauchers eine Rolle gespielt hat: Verbraucher sind nur selten in Rechtsstreitigkeiten involviert.<sup>146</sup> Dass auf einen konkreten Konflikt eine ähnliche Streitigkeit folgt, die ähnliche Rechtsfragen betrifft, ist für sie sehr unwahrscheinlich. Insofern ziehen Verbraucher in der Regel keinen über den konkreten Streit hinausgehenden Nutzen aus einer für sie günstigen Gerichtsentscheidung. Verbraucherfreundliche Präzedenzen sind mithin reine<sup>147</sup>

<sup>143</sup> Siehe bereits oben in Kapitel 2 B. III. 1.

<sup>144</sup> Siehe etwa KG v. 16. April 2013, 5 U 63/12, MMR 2014, 64; OLG Hamburg v. 18. Januar 2012, 5 U 51/11, MMR 2012, 605; BGH v. 23. Juni 2009, VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328; dazu *Kaiser*, NVwZ 2009, 1474; weiterführend *Grevel/Schärdel*, MMR 2008, 644 ff. und im Überblick *Mann*, in: Spindler/Schuster, Recht der Elektronischen Medien, 2015, § 823 BGB Rn. 21 ff.

<sup>145</sup> Ähnlich *Wagner/Quinke*, JZ 2005, 932, 936.

<sup>146</sup> Siehe oben Kapitel 2 A. I. 2.

<sup>147</sup> Von *unreinen* öffentlichen Gütern bzw. Allmendegütern unterscheiden sich *reine* öffentliche Güter dadurch, dass bei letzteren keine Rivalität in der Nutzung besteht. Präzedenzen können beliebig häufig zitiert werden, ohne dadurch an Nutzen einzubüßen. Vgl. *Magen* in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 96 f.

öffentliche Güter und führen zu positiven externen Effekten,<sup>148</sup> deren Nutzen die Allgemeinheit als Trittbrettfahrer zieht, ohne dafür zu bezahlen.<sup>149</sup> Für den einzelnen Verbraucher ist es aber unattraktiv, zum Nutzen der Allgemeinheit kostspielige Verfahren anzustrengen. Und selbst wenn ein Verbraucher „aus Prinzip“ vor den Kadi zieht, so erschöpft sich sein Interesse an Rechtsdurchsetzung häufig darin, dass sein Gegenüber sich vor Gericht verantworten muss und Zugeständnisse macht. Mit der Forderung voll durchzudringen und ein *Urteil* zu eigenen Gunsten zu erstreiten, hat dann nur noch sekundäre Bedeutung.<sup>150</sup>

Ganz anders sieht dies aus der Warte eines Unternehmers aus: Für ihn wiederholt sich der konkrete Konflikt in unterschiedlicher Eskalation in der Regel häufig, wenn er denn mit seinem Kerngeschäft zusammenhängt. Unternehmer haben deswegen ein erhebliches Interesse an einer für sie günstigen Präzedenz. Neigt ein angerufenes Gericht ihrer Rechtsauffassung zu, werden sie eine streitige Entscheidung forcieren, anderenfalls werden sie im Zweifel ein ungünstiges Urteil zu verhindern wissen, indem sie dem Verbraucher die verbraucherfreundliche Präzedenz abkaufen, im Extremfall sogar zu einem Betrag oberhalb des Streitwerts.<sup>151</sup> Der einzelne Verbraucher ist eben kein Agent des Prinzipals Allgemeinheit und darf sich insofern selbst bei für ihn günstiger Rechtslage „bestechen lassen“ und auf ein Urteil verzichten. Das Rechtsdurchsetzungsinteresse des Verbrauchers reicht also regelmäßig nicht bis zur Schaffung einer Präzedenz, weil es spätestens kurz davor von anderen Interessen überlagert wird. Auch hier lässt sich danach eine asymmetrische Interessenlage<sup>152</sup> zwischen Verbraucher und Unternehmer beobachten, die Unternehmen für sich zu nutzen wissen.

#### 4. Rechtsdurchsetzung und Verbraucherzufriedenheit

Schließlich lohnt noch ein Blick auf das Verhältnis von Rechtsdurchsetzung und Verbraucherzufriedenheit. Die Europäische Union nutzt die Verbraucherzufriedenheit in jüngster Zeit zunehmend als Leitlinie für ihre Verbraucherrechtspolitik.<sup>153</sup> Verbraucherzufriedenheit soll das Vertrauen in den Binnenmarkt stärken, dadurch den Handel ankurbeln und schließlich den Wohl-

---

<sup>148</sup> *Landes/Posner*, 8 J. Leg. Stud. 1979, 235, 238; *Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 77 ff.; *Kotzorek*, Private Gerichte als Alternative zur staatlichen Zivilgerichtsbarkeit, 1987, S. 121 f.

<sup>149</sup> *van den Bergh/Visscher*, 1 Erasmus L. Rev. 2008, 5, 14 ff.; ihnen folgend *Weber*, 38 J. Consum. Policy 2015, 265, 269.

<sup>150</sup> Dieses Phänomen wird freilich regelmäßig noch dadurch verstärkt, dass Anwälte vor Gericht aufgrund der Einigungsgebühr nach Nr. 1000, 1003 f. VV RVG ein Interesse an einem Kompromiss haben.

<sup>151</sup> Siehe bereits oben unter Kapitel 2 A. I. 3.

<sup>152</sup> *von Moltke*, Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen, 2003, S. 31.

<sup>153</sup> Siehe oben Kap. 1 Fn. 7.

stand der Marktteilnehmer mehren. Dabei bleibt die Verbraucherzufriedenheit freilich ein diffuser Terminus, der im Unterschied zu dem Begriff der Verbraucherinteressen offenbar nicht die Durchsetzung der eigenen Rechte umfasst, sondern sich eher in einem außerrechtlichen Kompensations- oder Vergeltungsinteresse akzentuiert. Es geht um eine Art Genugtuung des Verbrauchers durch unternehmerische Kulanz, die das Störgefühl<sup>154</sup> aus dem aktuellen Konflikt beseitigt.

Weil der Begriff der Zufriedenheit mit einer sehr subjektiven Bedeutung belegt ist, eignet er sich freilich wenig als Maßgabe für die Ausrichtung von Konfliktlösungsverfahren.<sup>155</sup> Zufriedenheit ist häufig ein sehr temporärer Zustand, den zu erreichen nicht langfristig hilfreich sein muss. Deswegen kann Verbraucherzufriedenheit – wie es übrigens auch für den ähnlich besetzten Begriff des Rechtsfriedens weitgehend anerkannt ist<sup>156</sup> – eine willkommene Folgeerscheinung einer Konfliktlösung, aber kaum deren vorrangiges Ziel sein. Zielführender erscheint es in diesem Kontext, anstelle der Zufriedenheit konkrete Ziele zu benennen, welche die Betroffenen womöglich neben oder statt der Rechtsdurchsetzung verfolgen. Solche Ziele können vielerlei Gestalten annehmen: So mag ein Verbraucher etwa nur eine Kontrolle der Ablehnung seines Ansinnens durch höhere Hierarchieebenen im Unternehmen anstreben, oder aber es kommt ihm schlicht darauf an, das Gehör seines Kontrahenten zu finden, vielleicht auch darauf, diesen vor einer neutralen Instanz, womöglich sogar öffentlich zur Rechenschaft zu ziehen. Die Befriedigung dieser Bedürfnisse kann ihn im Ergebnis zufriedenstellen, aber diese Zufriedenheit folgt eben erst auf die Erfüllung anderer, besser fassbarer Interessen.

### III. Konkordanz zwischen sozialer und individueller Bedeutung

Nach dem Vorgesagten hat die Rechtsdurchsetzung für Verbraucher eine gewichtige, aber doch begrenzte und keinesfalls alles überragende Bedeutung. Der Gesamtgesellschaft nützt die Rechtsdurchsetzung hingegen zumindest bis zur Erreichung der optimalen Rechtsdurchsetzungsquote immer, weil sie den Anreiz für illegales Verhalten mindert.<sup>157</sup> Dies wirft die Frage auf, inwieweit Konfliktlösungsverfahren zugunsten des Allgemeinwohls ausschließlich oder

<sup>154</sup> In der Konsumforschung zum Verbraucherkaufverhalten spricht man auch von „Nachkauf-Dissonanz“, vgl. *Trommsdorff/Teichert*, Konsumentenverhalten, 2013, S. 314.

<sup>155</sup> Ähnlich *Stürmer*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 253.

<sup>156</sup> *Stürmer*, in: FS Baumgärtel, 1990, S. 545 f.; vgl. auch *Rottleuthner*, in: FS Blankenburg, 1998, S. 683 ff., sowie *Roth*, in: Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, 2009, S. 149, 176; anders aber *Rauscher*, in: MünchKomm-ZPO, 2013, Einl. Rn. 9.

<sup>157</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 88 f., unter Hinweis darauf, dass Verbraucherrechte einseitige Schutzrechte sind; siehe auch vor einem lauterkeitsrechtlichen

vorrangig der Rechtsdurchsetzung dienen oder im Interesse der konkret Betroffenen auch außerrechtliche Ziele verfolgen sollten.

## 1. Rechtsdurchsetzung als Verfahrenspostulat

Inwieweit ein Konfliktlösungsverfahren vorrangig der Rechtsdurchsetzung dienen sollte, hängt nach dem Vorgesagten entscheidend von der Frage ab, in wessen Händen das Verfahren liegt. Es macht einen Unterschied, ob es sich um ein staatlich oder ein privat organisiertes Verfahren handelt, denn es sind jeweils unterschiedliche Interessen im Spiel.

### a) Staatliche Verfahren

Staatliche Konfliktlösungsverfahren sind staatlichen Interessen verpflichtet. Das wesentliche Interesse des Staates in Bezug auf Rechtsstreitigkeiten ist die Rechtsdurchsetzung, deren Notwendigkeit sich wie gesehen rechtspositivistisch wie auch rechtsökonomisch begründen lässt.<sup>158</sup> Das gilt insbesondere dort, wo der Gesetzgeber zwingende Schutzvorschriften zugunsten einer Vertragspartei erlassen hat. Die Rechtsdurchsetzung muss hier im Interesse der Allgemeinheit das vorrangige Ziel staatlicher Verfahren sein. Dieses Ziel erhält auf Verfahrensebene einen Rahmen durch die Justizgewährleistungspflicht, der zufolge der Staat seinen Bürgern effektive Rechtsschutzmechanismen zur Verfügung stellen muss, damit sie die ihnen zustehenden Rechte auch ihrerseits durchsetzen können.

Ein Einwand gegen diesen Vorrang der Rechtsdurchsetzung in staatlichen Verfahren liegt auf der Hand: Der Staat hat nämlich durchaus auch ein Interesse an sozialem Frieden. Es bringt ihm wenig, Streitigkeiten unter den Bürgern zu provozieren und bis zum Letzten auszufechten, wo eine gütliche und ebenfalls gerechte Einigung unter den Beteiligten realistisch erscheint. Konfliktlösungsverfahren wird darum häufig auch eine „soziale Befriedungsfunktion“ beigelegt.<sup>159</sup> Die Frage ist allerdings, auf welchem Wege und mit welchen Mitteln der Staat befriedet.

Eine konsensuale Streitbeilegung ist eine Möglichkeit, die Streitparteien zu befrieden. Aber auch das Recht kann und soll ein Mittel sozialer Befriedung sein.<sup>160</sup> Strebt der Staat ein friedliches Zusammenleben seiner Bürger an, so ist deswegen ein konsensorientiertes Verfahren weder die einzige denkbare noch die von vornherein vorzugswürdige Form der Konfliktbehandlung.<sup>161</sup> Ein ge-

---

Hintergrund *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 108, 503 ff., wonach es der Rechtsdurchsetzung nie genug geben kann.

<sup>158</sup> Siehe oben Kapitel 2 C. I.

<sup>159</sup> *Basedow*, VersR 2008, 750, 751.

<sup>160</sup> Siehe ausführlich unten Kapitel 4 A. I. a) aa) (2).

<sup>161</sup> Mindestens missverständlich BVerfG v. 14. Februar 2007, 1 BvR 1351/01, BVerfGK



wichtiges Argument spricht vielmehr dafür, der Rechtsdurchsetzung gerade in Verbraucherstreitigkeiten klar den Vorzug zu geben: Es kommt hier nämlich überhaupt erst zur Frage nach einem strukturierten Konfliktlösungsverfahren, wenn sich der in Anspruch genommene Unternehmer weigert, die Forderung des Verbrauchers zu erfüllen, ein ernsthafter Versuch der einvernehmlichen Streitbeilegung also bereits gescheitert ist. Es verhält sich also nicht so, dass der Staat rechtsfreie Räume durch Verrechtlichung „besiedeln“ wollte.<sup>162</sup> Vielmehr nimmt sich der Staat einer Problemlage an, in der die Betroffenen ihren rechtsfreien Raum eben nicht mehr eigenständig gestalten können. Wenn man dem nicht-dispositiven und nur nicht zwangs-durchgesetzten Recht schon einen Geltungsanspruch aberkennt,<sup>163</sup> so wird man doch konzedieren müssen, dass das Recht gerade zur Lösung dieser, nicht privatautonom lösbaren Konflikte geschaffen ist.<sup>164</sup> Der Staat muss seinen Bürgern das Recht nicht aufdrängen, aber er hat auch kein Interesse daran, Streitparteien unter Einsatz fiskalischer Mittel möglichst von der Rechtsanwendung fernzuhalten.<sup>165</sup> Das gilt umso mehr, als nicht nur dem selbstgefundenen Konsens, sondern gerade auch dem angewendeten Recht eine Befriedigungswirkung innewohnt, der im letzteren Falle sogar noch ein positiver externer Effekt für die Allgemeinheit anhaftet.

Wo der Staat das danach anzustrebende Ziel der Rechtsdurchsetzung in einem *individualschützenden* Verfahren und damit bei Gelegenheit der Gewährung effektiven Rechtsschutzes verfolgt, kommen zusätzlich Interessen der Streitbeteiligten ins Spiel.<sup>166</sup> Solche Interessen können sich etwa auf den Erhalt einer Beziehung<sup>167</sup> oder eine Teilentschädigung auf Kulanzbasis richten. Diese Partikularinteressen sind allerdings für die Allgemeinheit unbedeutend. Da der Staat bei der Bereitstellung von Konfliktlösungsverfahren immer auch unter

---

10, 275, wonach eine konsensuale Streitbeilegung „auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung“ sei. Sehr kritisch gegenüber dem nämlichen BVerfG-Beschluss *Stürmer*, ZZZP (127) 2014, 271, 325 Fn. 261, 331 Fn. 281 („kurzsichtig, übereilt und angesichts einer reichhaltigen literarischen Aufbereitung des Werts und Unwerts vergleichsweiser Konfliktlösung auch ... ausgesprochen unausgewogen“), sowie *Stürmer*, in: Liber Amicorum Wolfram Henckel, 2015, S. 359, 374 Fn. 71 („[r]eichtlich arglos und verharmlosend“, „realitätsfremd“).

<sup>162</sup> So die plastische Terminologie von *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 45.

<sup>163</sup> Wobei gute Gründe für einen solchen Geltungsanspruch sprechen, siehe oben Kapitel 2 C. I. 1.

<sup>164</sup> *Calliess*, Gutachten A zum 70. DJT, 2014, S. 38, bezeichnet dies als Alleinstellungsmerkmal des Rechts.

<sup>165</sup> Gerade dies entspricht aber einem gegenwärtigen rechtspolitischen Trend, vgl. *Wolf*, NJW 2015, 1656, 1658. Dabei ist zu berücksichtigen, dass gerade auch außergerichtliche Verfahren dann steuerlich relevant sind, wenn sie – wie die Verbraucherschlichtung nach §§ 24 ff. VSBG – behördlich akkreditiert, koordiniert, überwacht und ergänzt werden müssen.

<sup>166</sup> *Schmidt-Jortzig*, NJW 1994, 2569, 2572, spricht von „Bedarfserfüllung bei den Menschen“.

<sup>167</sup> Siehe dazu aber oben Kapitel 2 C. II. 2.

der eigenen Budgetrestriktion bzw. bei wirtschaftlicher Betätigung unter dem Subsidiaritätsvorbehalt steht, ist eine Ausrichtung staatlicher Verfahren an diesen außerrechtlichen Individualinteressen gesondert normativ zu begründen.<sup>168</sup> Außerhalb dessen bleibt es beim Ziel der reinen Rechtsdurchsetzung. Die einzige Grenze des Rechtsdurchsetzungsziels in individualschützenden Verfahren bildet die schon durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Entscheidungshoheit derjenigen Partei, die das Verfahren betreibt.

Wo individuelle Rechtsschutzverfahren keine ausreichende Rechtsdurchsetzung gewährleisten, kann der Staat weitere Verfahren vorsehen, die sich ausschließlich der Rechtsdurchsetzung verschreiben. Dazu gehören insbesondere Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes und Administrativverfahren. Diese lösen das Kollektivhandlungsproblem des Trittbrettfahrerverhaltens, das sich durch das geringe Präzedenzinteresse einzelner Betroffener ergibt.<sup>169</sup> Der Staat, der das Interesse der Allgemeinheit an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit vertritt, kann so ein nach der individuellen Rechtsverfolgung verbleibendes Rechtsdurchsetzungsdefizit schließen und sich über Abgaben refinanzieren.

### b) Private Verfahren

Bleibt der Staat danach in seinen Verfahren auf das Ziel der Rechtsdurchsetzung beschränkt, so folgt daraus doch noch kein Petitum, dass es staatliche Verfahren sein müssten, mit Hilfe derer die Rechtssubjekte ihre Rechte verfolgen oder gar ihre Konflikte lösen.<sup>170</sup> Vielmehr steht es jedem frei, nicht-staatliche Mechanismen zur Lösung seiner Konflikte einzusetzen. Diese können zwar nicht verbindlich über die Auslegung staatlichen Rechts entscheiden,<sup>171</sup> gerade darauf können die Rechtssubjekte aber auch durchaus verzichten.

Private Konfliktlösungsverfahren sind in ihrer Ausgestaltung weitgehend frei: Sie folgen keinem staatlichen Auftrag und können sich daher ohne Einschränkungen an den Zielen der Beteiligten ausrichten, selbst wenn sich diese weit von der Rechtsdurchsetzung entfernen. Die Herausforderung bei privaten Verfahren verschiebt sich vor diesem Hintergrund dahin, den Verfahrenszweck überhaupt präzise zu bestimmen. Eine Orientierung an nicht näher bestimmten Verbraucherinteressen oder an einer wolkig definierten Verbraucherzufrieden-

<sup>168</sup> Eine solche Begründung wird bisweilen im Sozialstaatsprinzip nach Art. 20, 28 GG gesucht und insbesondere auf den Zivilprozess gemünzt. Näher dazu unten Kapitel 4 A. I. 1. a) aa).

<sup>169</sup> Durch ein solches subventioniertes Rechtsdurchsetzungsverfahren internalisiert der Staat mithin die positiven externen Effekte, die sich aus Präzedenzen ergeben und zum Trittbrettfahrerverhalten führen; vgl. *Kotzorek*, Private Gerichte als Alternative zur staatlichen Zivilgerichtsbarkeit, 1987, S. 124. Siehe auch bereits oben Kapitel 2 C. II. 3.

<sup>170</sup> Ähnlich *Risse*, *SchiedsVZ* 2014, 265, 273.

<sup>171</sup> Anders *Tonner*, in: FS Reich, 1997, S. 861, 874, der auch bei nicht-staatlichen Institutionen einen Beitrag zur Rechtsfortbildung sieht; ähnlich *Hess*, *JZ* 2015, 548, 553.

heit<sup>172</sup> läuft Gefahr, auf ein diffuses Verfahrensziel hinzusteuern, das dem am Verfahren teilnehmenden Verbraucher nicht klar ist und ihm daher auch nicht ermöglicht, sich für oder gegen die Nutzung des jeweiligen Privatverfahrens zu entscheiden.

## 2. Bedeutung der Verfahrenswahl

Um das Verhältnis zwischen staatlichen und privaten Interessen bei der Nutzung verschiedener Konfliktlösungsverfahren angemessen auszutarieren, darf ein freiheitlich orientierter Rechtsstaat auf die Verfahrenswahl der konkret Betroffenen vertrauen, wenn er zuvor die Rahmenbedingungen so gestaltet hat, dass sie den Interessen der Allgemeinheit und den Verpflichtungen des Rechtsstaats gleichermaßen genügen. Denn die Parteien eines Rechtsstreits wissen idealerweise selbst am besten, welches Verfahren ihren Interessen am ehesten entspricht.<sup>173</sup> Es widerspräche ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, sie gegen ihren Willen für die Rechtsdurchsetzung in Anspruch zu nehmen oder in einen Konsens zu drängen.<sup>174</sup> Und gerade weil die Durchsetzung des Rechts in vielen Fällen nicht den Bedürfnissen der Parteien entspricht, tun diese gut daran, eine bewusste Verfahrenswahlentscheidung zu treffen.

Freilich kann die Verfahrenswahl der Parteien ihre Funktion nur erfüllen, wenn sie auf ausreichender Informationsgrundlage und in Kenntnis der maßgeblichen Verfahrensparameter erfolgt.<sup>175</sup> Verbraucher müssen wissen, dass es verschiedene Verfahren zur Konfliktlösung gibt und worin sich diese Verfahren unterscheiden.<sup>176</sup> Daran, dass der durchschnittliche Verbraucher letztlich mündig genug sind, um eine solche Wahlentscheidung zum eigenen Nutzen angemessen zu treffen, mag man zweifeln.<sup>177</sup> Umso wichtiger erscheint es daher, dass diejenigen Institutionen, die an Verfahren zur Lösung von Verbraucherkonflikten beteiligt sind, die Verfahrenswahl des Verbrauchers bestmöglich unterstützen.

<sup>172</sup> Vgl. oben Kapitel 2 C. II. 4.

<sup>173</sup> *Steffek/Unberath*, *Regulating Dispute Resolution*, 2013, S. 15, 21 ff.

<sup>174</sup> Gleichzeitig sprechen gute Gründe dafür, private Rechtsverfolgung in ein Gesamtkonzept der Verhaltenssteuerung einzubinden (sog. *private enforcement*). Zu den Funktionsbedingungen privatrechtlicher Verhaltenssteuerung eingehend *Wagner*, AcP (206) 2006, 352, 434 ff., und *Wagner*, DJT-Gutachten A, 2006, S. 78 ff. Kritisch *Stürner*, ZJP (127) 2014, 271, 314 f. Zum Zusammenspiel mit staatlicher Gewährleistungsverantwortung *Bachmann*, *Private Ordnung*, 2006, S. 72 ff.

<sup>175</sup> So wohl auch das Verständnis von *Steffek/Unberath*, *Regulating Dispute Resolution*, 2013, S. 15 f.

<sup>176</sup> *Conen/Gramlich*, NJ 2014, 494, 498.

<sup>177</sup> Siehe nur *Reich*, in: *Reich/Micklitz* (Hrsg.), *Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, 1980, S. 381, 382; *Engel*, ZRP 2015, 33; ausführlicher *Martinek*, in: *FS Hans Dieter Beck*, 2007, S. 141, 157 f.

### 3. Verfahrenswahl auf transparenter Informationsgrundlage

Wenn man den Verbraucher für mündig genug hält, um das für die Verwirklichung seiner Interessen bestgeeignete Verfahren auszuwählen, so setzt diese Auswahlentscheidung voraus, dass er zumindest die wichtigsten Entscheidungsgrundlagen zutreffend einschätzt. Er muss insbesondere wissen, dass ihm überhaupt verschiedene Verfahren der Konfliktlösung zur Verfügung stehen, und er muss ungefähr ermessen können, was diese Verfahren voneinander unterscheidet.

Dabei erscheint es weder realistisch noch notwendig, dass Verbraucher mit einzelnen Verfahrensgrundsätzen unterschiedlicher Konfliktlösungsinstrumente detailliert vertraut sind. Wohl aber brauchen sie ein Gefühl, wie das jeweilige Verfahren abläuft und mit welchen Verfahrensergebnissen sie rechnen müssen. Verbraucher benötigen insbesondere Transparenz hinsichtlich der Verfahrensziele, weil sie sonst unter Umständen ein Verfahren wählen, das für die Befriedigung ihrer individuellen Bedürfnisse nicht geeignet ist. Zusätzlich kann auch die Rechtsdurchsetzung Schaden nehmen, wenn sich nämlich rechtsdurchsetzungswillige Verbraucher für ein Verfahren entscheiden, das für die Rechtsdurchsetzung überhaupt nicht ausgelegt ist.

Im nun folgenden dritten Kapitel verengt sich die Perspektive auf Verfahren der *Rechtsdurchsetzung* und nimmt Kriterien in den Blick, die für die Ausgestaltung dieser Verfahren wichtig sind.

## Kapitel 3

# Bewertungsmaßstäbe für Mechanismen der Verbraucherrechtsdurchsetzung

Wenn ein Konfliktlösungsverfahren die Durchsetzung von Verbraucherrechten anstrebt, lässt sich dieses Ziel auf unterschiedliche Weise verwirklichen. Nicht immer wird dabei der Rechtsdurchsetzung gleichermaßen effektiv gedient sein.<sup>1</sup> Daraus erwächst die Frage, nach welchen Maßstäben<sup>2</sup> Rechtsdurchsetzungsverfahren gestaltet werden sollten, um zur Erreichung ihrer Ziele bestmöglich geeignet zu sein.<sup>3</sup> Ein kriteriengeleitetes dogmatisches Fundament dient nicht nur der Konsistenz und Kohärenz eines Verfahrensrechtssystems, sondern vor allem auch der Gleichheit der Rechtssubjekte innerhalb des Verfahrens.<sup>4</sup>

Die hier untersuchten Bewertungsmaßstäbe beschränkten sich unter den vielfältigen denkbaren zunächst auf diejenigen, die für Verbraucher besonders bedeutsam erscheinen.<sup>5</sup> Sie betreffen sodann gleichermaßen Verfahren der in-

---

<sup>1</sup> Es geht insoweit auch, aber nicht nur um effektiven Rechtsschutz. Während Rechtsschutz nur im Rahmen der Bedürfnisse der Rechtsinhaber erfolgt (vgl. oben Kapitel 2 C. II.), ist die Rechtsdurchsetzung als Allgemeininteresse (vgl. oben Kapitel 2 C. I.) von dieser Fessel befreit. Gleichzeitig ist die staatliche Verpflichtung zu effektivem Rechtsschutz – abgeleitet aus Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip – elementare Motivation für effektive Rechtsdurchsetzung. Weiterführend Zuck, NJW 2013, 1132 ff., Schmidt-Jortzig, NJW 1994, 2569 ff.

<sup>2</sup> Ebenso wie Prinzipien lassen sich auch Bewertungsmaßstäbe als Optimierungsgebote verstehen; vgl. die Begriffsbildung bei Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 2005, S. 75 f., und ihm folgend die anschaulichen Darstellungen bei Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, S. 462 f., und Hofmann, ZZP (126) 2013, 83.

<sup>3</sup> Grundlegend zum Prinzipiendenken im Zivilprozessrecht Bruns, in: Bruns/Münch/Stadler (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, 2014, S. 53 ff., 55 m.w.N., der die Verfahrensmaximen im Anschluss an Stürner, in: FS Baur, 1981, S. 647, als Bauplan einer Verfahrensordnung bezeichnet. Von Mindeststandards spricht nunmehr Althammer, in: Althammer/Weller (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, 2015, S. 3 ff. Wenig überzeugend demgegenüber Gross, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1039, dem man kaum glauben will, dass er die Dogmatik tatsächlich für „ein mühsam fortgeschlepptes Relikt des 19. Jahrhunderts“ hält.

<sup>4</sup> Baur, Zivilprozessrecht, 1979, Rn. 9; Stürner, ZZP (127) 2014, 271, 276; ähnlich Stürner, AcP (214) 2014, 7, 11.

<sup>5</sup> Damit bleibt eine Reihe von Verfahrensmaximen speziell der ZPO bewusst unberücksichtigt, die für Verbraucher nicht unbedingt ein besonderes Gewicht haben. Hier seien insbesondere die Vermeidung überlanger Verfahren, die Dispositions- und die Verhandlungsmaxime, der Grundsatz der Gleichbehandlung und der Grundsatz der Unmittelbarkeit genannt, aber auch die Rechte auf Zuziehung eines Anwalts und auf die Begründung von Entscheidun-

dividuellen Rechtsdurchsetzung und solche des kollektiven Rechtsschutzes<sup>6</sup> sowie Verfahren der justiziellen wie auch solche der außergerichtlichen Konfliktlösung.<sup>7</sup> Sie gliedern sich in Maßstäbe in Bezug auf das Verfahrensergebnis, die Verfahrensleitung, die Verfahrensgestaltung<sup>8</sup> sowie Transparenzanforderungen. Während die auf das Verfahrensergebnis und die Verfahrensleitung bezogenen Maßstäbe wie auch das Transparenzpostulat im Verfahrensziel der materiellen Rechtsdurchsetzung wurzeln, folgen die Bewertungsmaßstäbe zur Verfahrensgestaltung vorwiegend einer konstitutionellen Begründungslinie.<sup>9</sup>

## A. Verfahrensergebnis

Das Verfahrensergebnis eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens sollte die Rechtsdurchsetzung maximal fördern. Die Bedürfnisse der Verfahrensbeteiligten treten hinter dieses Ziel zurück;<sup>10</sup> sie sind bereits zuvor bei der Frage zu berücksichtigen, ob im konkreten Fall die Rechtsdurchsetzung überhaupt vorrangiges Ziel des Verfahrens sein sollte.<sup>11</sup> Wenn das Verfahrensergebnis rein auf die Rechtsdurchsetzung hin ausgerichtet sein soll, muss sich diese Zielbestimmung im Ergebnismaßstab, in der Ergebnisform und in der Vollstreckbarkeit des Ergebnisses abbilden.

---

gen; vgl. Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 51 ff., 69 ff.; Rauscher, in: MünchKommZPO, 2013, Einl. Rn. 287 ff. Zum Begriff von *Bewertungsmaßstäben* gegenüber *Verfahrensprinzipien* oder *-maximen* siehe oben die Einleitung zu Kapitel 1 F.

<sup>6</sup> Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 119, weist zwar darauf hin, dass Individual- und Kollektivverfahren in der Regel durchaus unterschiedlich ausgestaltet sind; soweit freilich ihre Ziele zusammenfallen, können sie auf einem höheren Abstraktionsgrad auch einheitlichen Maßstäben folgen, weil dies eine unterschiedliche Ausgestaltung der Verfahren nicht hindert.

<sup>7</sup> Hess, in: Althammer/Weller (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, 2015, S. 221, 225, spricht insofern von einem *allgemeinen Zivilverfahrensrecht*. Etwas anders die Zielrichtung von Althammer, ZZP (126) 2013, 3 ff., der Verfahrensprinzipien für den europäischen *Zivilprozess* zu definieren sucht. Beides fiel allenfalls dann zusammen, wenn man außergerichtliche Verfahren an justiziellen Standards messen wollte, wie es etwa Reifner, in: FS Blankenburg, 1998, S. 103, 117, nahelegt: Es „dürfen Alternativen zu Justiz und Recht nicht hinter die im materiellen ebenso wie im formellen Recht erreichten Standards zurückfallen.“ Mit Stürner, ZZP (127) 2014, 271, 318, ist stattdessen entscheidend, ob diese Verfahren rechtsorientiert sind. Vgl. dazu auch bereits oben Kapitel 1 F. I.

<sup>8</sup> Sodan, in: Isensee/Kirchhof, HbStR V, 2007, § 113 Rn. 58 ff., unterscheidet in ähnlicher Weise für Gerichtsverfahren zwischen Ergebnis-, Verfahrens- und Organisationsqualität.

<sup>9</sup> Zur dogmatischen Rechtfertigung von Bewertungsmaßstäben siehe oben Kapitel 1 F.

<sup>10</sup> Ähnlich für die Elemente von Neutralität und Unabhängigkeit Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 50.

<sup>11</sup> Zu dieser Frage oben Kapitel 2 C. III. 1.: Insbesondere für Individualpersonen mit Einzelstreitigkeiten von geringem Wert wird ein Rechtsdurchsetzungsverfahren nicht immer interessengerecht sein.

## I. Ergebnismaßstab

An welchem Maßstab sollte sich das Ergebnis eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens ausrichten und inwieweit sollten die Verfahrensbeteiligten die Anwendung dieses Maßstabs nachträglich begrenzen können?

### 1. Unbedingte Rechtstreue

Bezweckt ein Konfliktlösungsverfahren die Durchsetzung materiellen Rechts, so folgt daraus zwingend, dass sich das Verfahrensergebnis auch ausschließlich am geltenden Recht orientieren muss und keine außerrechtlichen Maßstäbe hinzuziehen darf. Nur die Rechtstreue des Verfahrens leistet Gewähr für die Vorteile, die sich die Parteien oder auch der Staat von der Durchsetzung des materiellen Rechts erwarten: Das Verfahrensergebnis wird idealiter exakt dem geltenden Recht entsprechen, die Parteien werden sich an diese Rechtslage halten, und Beteiligte zukünftiger Konflikte können antizipieren, dass sie sich rechtmäßig verhalten müssen, um nicht über dieses Verfahren dazu angehalten zu werden.<sup>12</sup>

Für gerichtliche Verfahren zur Entscheidung von Streitigkeiten über europäische Verbraucherrechte ergibt sich das Gebot der Rechtstreue aus Art. 47 GRCh, aus dem der EuGH ein Effektivitätsgebot ableitet.<sup>13</sup> Danach dürfen nationale Zivilprozessrechte die Ausübung europäischer Verbraucherrechte durch richterliche Entscheidungen weder vereiteln noch übermäßig erschweren.<sup>14</sup> Mit Blick auf den Grundsatz des *effet utile* nach Art. 4 Abs. 3 EU lässt sich dieses Prinzip auch auf außergerichtliche Rechtsdurchsetzungsmechanismen erweitern: Jedenfalls für Entscheidungen in staatlichen oder staatlich unterstützten Verfahren gilt danach, dass diese die Ausübung materieller Verbraucherrechte nicht erschweren und schon gar nicht systematisch behindern dürfen. Speziell für Schiedsverfahren zwischen Verbrauchern und Unternehmen ergibt sich ein Postulat der Rechtstreue aus Art. 11 Abs. 1 der ADR-Richtlinie. Für Verfahren der Verbraucherschlichtung oder Verbrauchermediation findet sich hingegen kein solcher Grundsatz; ein verfahrensübergreifender Bewertungsmaßstab lässt

<sup>12</sup> Siehe oben Kapitel 2 C. I. und II.

<sup>13</sup> EuGH v. 21. Februar 2013, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88, NJW 2013, 987, 988, Banif Plus Bank Zrt v. Csaba und Viktória Csipai, Rn. 26 ff.

<sup>14</sup> EuGH v. 3. Oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:128, EuZW 2013, 918, Soledad Duarte Hueros v. Autociba SA und Automóviles Citroën España SA, Rn. 31 ff.; vgl. auch zuvor schon EuGH v. 16. Oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, Slg. 2006 I-10421, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL, Rn. 24; EuGH v. 6. Oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615, Slg. 2009 I-09579, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira, Rn. 38; EuGH v. 14. Juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012/349, NJW 2012, 2257, Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino, Rn. 46 ff.

sich deswegen nicht normativ induktiv ableiten, sondern nur materiell-rechtlich mit dem Ziel der Rechtsdurchsetzung begründen.

## 2. Ergänzung um Billigkeitsmaßstäbe

In Abkehr vom soeben formulierten Postulat unbedingter Rechtstreue erscheint es denkbar, das Recht nur als einen von mehreren Maßstäben für die Lösung eines Konflikts zu begreifen. Dann stünde es der Verfahrensleitungsinstanz offen, neben dem materiellen Recht auch andere Gesichtspunkte, etwa solche der Billigkeit oder sonstiger subjektiver Zweckmäßigkeit, heranzuziehen.

Allerdings führt die Einführung zusätzlicher Ergebnismaßstäbe neben dem Recht zwingend zu einer Verblassung oder sogar Nivellierung der Rechtsdurchsetzung. Wird das für Recht erkannte Ergebnis einer Streitigkeit noch am Maßstab der Billigkeit überprüft oder wird es nur „am geltenden Recht ausgerichtet“<sup>15</sup>, lässt sich für die Parteien wie für Außenstehende kaum mehr erkennen, welche Rolle das Recht überhaupt bei der Ergebnisfindung gespielt hat. Verzichtet die Verfahrensleitungsinstanz auf die Rechtsanwendung, weil sie erkennt, dass sie die Beteiligten auch oder sogar nur ohne ein rechtstreuendes Ergebnis befrieden kann, so geht das auf Kosten der Rechtsdurchsetzung. Aus der Warte der Allgemeinheit werden dadurch die positiven externen Effekte der Rechtsdurchsetzung vollständig beseitigt, weil sich von außen nicht erkennen lässt, inwieweit rechtliche Wertungen in der Entscheidung des Verfahrenleiters durch andere Maßstäbe überlagert wurden. Und selbst aus der Perspektive des streitbeteiligten individuellen Verbrauchers sind Vermischung und Verwässerung der Ergebnismaßstäbe manifest nachteilhaft: So kann eine Entscheidungsinstanz, die sich am diffusen<sup>16</sup> Kriterium der Verbraucherzufriedenheit orientiert, womöglich zu einem Ergebnis gelangen, mit dem der beteiligte Verbraucher zwar einverstanden ist, das aber hinter den materiellen Verbraucherrechten zurückbleibt.

Ein Verfahren, das sich der effektiven Rechtsdurchsetzung verschrieben hat, sollte daher das materielle Recht nicht als einen von mehreren Ergebnismaßstäben heranziehen oder eigene Billigkeitsregeln definieren,<sup>17</sup> sondern das Verfahrensergebnis ausschließlich am geltenden Recht orientieren.<sup>18</sup> Eine Abkehr von der unbedingten Rechtstreue bedeutet faktisch eine Abkehr vom geltenden Recht.

---

<sup>15</sup> So § 19 Abs. 1 S. 2 VSBG. Ähnlich unklar bereits § 17 Abs. 1 S. 1 des Referentenentwurfs für ein VSBG („Schlichtungsvorschlag ... berücksichtigt das geltende Recht“), aber auch EG 31 der ADR-RL („unter gebührender Berücksichtigung der Rechte der Parteien“), Art. 7 Abs. 1 lit. i) („Billigkeitserwägungen, Verhaltenskodizes“) sowie Art. 9 Abs. 2 lit. b) iii) ADR-RL („die vorgeschlagene Lösung [kann] anders sein [...] als das Ergebnis eines Gerichtsverfahrens, in dem Rechtsvorschriften angewandt werden“).

<sup>16</sup> Siehe dazu oben Kapitel 2 C. II. 4.

<sup>17</sup> So aber *Tonner*, in: FS Reich, 1997, S. 861, 874.

<sup>18</sup> *Eidenmüller/Engel*, 29 Ohio St. J. on Disp. Resol. 2014, 261, 278 ff.



### 3. Privatautonome Abkehr von der Rechtstreue

Erscheint es danach nicht zielführend, der Verfahrensleitungsinstitution eine auch nur teilweise Abwendung vom geltenden Recht zu gestatten, so ist dennoch denkbar, zumindest den Parteien während des Verfahrens die Entscheidung über dessen Fortführung und damit über die Rechtsanwendung zu belassen. Die Frage danach stellt sich insbesondere dann, wenn sich im Laufe eines Verfahrens Unklarheiten hinsichtlich rechtserheblicher Tatsachen ergeben oder wenn auch nach Zuziehung juristischen Sachverständs weiterhin Ungewissheit über die Rechtslage herrscht. Natürlich ist es hier denkbar, das einmal begonnene Verfahren bis zum rechtstreuen Ergebnis fortzuführen, indem man streitige Umstände aufklärt oder im Sinne einer Beweislastverteilung dem Verantwortungsbereich einer Partei zuweist. Alternativ kommt aber in Betracht, die existierenden Unsicherheiten nicht aufzuklären, sondern in einem Kompromiss abzubilden. Gerade bei einem Streit um zwingende materiellen Rechte erscheint eine einvernehmliche Streitbeilegung zunächst kontraintuitiv. Denn wenn man bedenkt, dass sich der zwingende Charakter eines Rechts häufig durch eine besondere Schwäche des Berechtigten rechtfertigt, mag man fragen, warum die den Parteien zunächst entzogene Disposition über das Recht nach dessen Entstehen doch wieder ihnen selbst anvertraut werden sollte.

Ein Blick auf die rechtliche Ausgestaltung zwingender Rechte führt freilich zu der Erkenntnis, dass dem Berechtigten die *faktische* Disposition im Sinne einer Entscheidung über die Geltendmachung nicht verbietet. Vielmehr kommt in § 814 BGB sogar zum Ausdruck, dass das Recht das nachträgliche bewusste Absehen von der Durchsetzung zwingender Ansprüche billigt und in seiner Wirkung schützt.<sup>19</sup> Daraus folgt zwar noch nicht notwendig, dass über zwingende materielle Rechte auch *rechtsgeschäftlich* disponiert werden kann. Auch ein Gegenschluss zu den ex-post-Verzichtsverboten wie §§ 4 Abs. 4 S. 1 TVG, 77 Abs. 4 S. 2 BetrVG<sup>20</sup> versagt hier, weil man dann konsequenterweise in einem weiteren Gegenschluss zu den ex-ante-Verzichtsverboten der §§ 248 Abs. 1, 276 Abs. 3, 288 Abs. 6, 619, 702a Abs. 1, 1614 Abs. 1 BGB und § 89 Abs. 4 S. 1 HGB schließen müsste, dass für alle dort nicht normierten Rechte einschließlich der zwingenden Verbraucherrechte ein Verzicht wie auch ein Vergleich sogar *vor Anspruchsentstehung* möglich sein müsste.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 136 f.; Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 107 f.

<sup>20</sup> Dafür votiert Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 114 f., 120 f.; weiterführend zu den speziellen Verzichtsverboten aus dem Bereich des Arbeitsrechts Rieble, in: Staudinger, BGB, 2015, § 397 Rn. 194, 197, 199 sowie 203 ff. mit weiteren Beispielen.

<sup>21</sup> Normen wie §§ 241a Abs. 2, 312k Abs. 1 S. 1, 361 Abs. 2 S. 1, 487, 511 S. 1, 651m S. 1, 655e Abs. 1 S. 1, 675e Abs. 1 BGB, die den zwingenden Charakter insbesondere unionsprivatrechtlicher Verbraucherrechte festschreiben, führen insofern nicht weiter, weil sie keine Aussage zur hier gerade fraglichen Reichweite des Geltungszwangs treffen.

Das Prinzip der grundsätzlichen Zulässigkeit eines nach Anspruchsentstehung geschlossenen Vergleichs über zwingende Rechte ist aber an anderer Stelle überraschend klar niedergelegt: Aus der seit dem Inkrafttreten des BGB unveränderten Vorschrift des § 779 Abs. 2 BGB geht hervor, dass schon die Unsicherheit hinsichtlich der *Verwirklichung* eines Anspruchs einen Vergleich rechtfertigt.<sup>22</sup> Gerade dies erscheint auch praxisgerecht, weil es einen Bedarf des Rechtsverkehrs an rechtlicher Absicherung einer Kompromisslösung gibt, wenn die Durchsetzbarkeit zwingender Rechte tatsächlich zweifelhaft ist. Wollte man hingegen zwingendes Recht auch nach Konfliktenstehung als unverzichtbar ansehen,<sup>23</sup> bliebe dem womöglich Verpflichteten bei tatsächlicher oder rechtlicher Durchsetzbarkeit kaum einen Anreiz, dem womöglich Berechtigten zumindest auf halbem Wege entgegenzukommen, weil die Parteien keinen wirksamen Vergleichsvertrag schließen könnten. Gerade wenn die Durchsetzungslast des eventuell bestehenden Anspruchs beim womöglich Berechtigten liegt, würde diese Lesart nämlich faktisch zur Nichtdurchsetzung des möglichen Anspruchs führen.<sup>24</sup>

Diese materiell-rechtliche Offenheit gegenüber Kompromissen entspricht auch der europäischen<sup>25</sup> und der deutschen Rechtslage zu gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichen: Streitbeteiligte können *nach* der Entstehung eines Konflikts im Grundsatz selbst auf zwingende Verbraucherrechte verzichten, sofern ein tatsächlicher Streit über Tatsachen oder die Rechtslage besteht und die Abweichung vom zwingenden Recht insofern nicht bloß in der Form eines Vergleiches versteckt wird.<sup>26</sup> Hat der Gesetzgeber das streitige Recht zwingend ausgestaltet, bedarf es zusätzlich eines sachlichen Interesses des Betroffenen an einer vergleichsweisen Regelung, etwa infolge unklarer Tatsachen, Beweisschwierigkeiten oder einer unklaren Rechtslage.<sup>27</sup> Unter diesen Voraus-

<sup>22</sup> Siehe *Marburger*, in: Staudinger, BGB, 2015, § 779 Rn. 26, wonach schon subjektive Ungewissheit über die „Erfüllung, gleichgültig ob durch freiwillige Leistung oder zwangsweise im Wege der Klage und Vollstreckung“ genügt. Ähnlich *Habersack*, in: MünchKomm-BGB, 2013, § 779, Rn. 25. Ist nicht nur die Verwirklichung unsicher, sondern der Anspruch selbst streitig, gilt ohnehin § 779 Abs. 1 BGB.

<sup>23</sup> Dafür *Cahn*, AcP (198) 1998, 35, 43 ff., der in seiner Betrachtung auf § 779 BGB nicht eingeht.

<sup>24</sup> Einem naheliegenden Missverständnis sei an dieser Stelle entgegengetreten: Aus der Feststellung, dass es auf der Ebene des materiellen Rechts möglich sein sollte, in bestimmten Fällen auf zwingende Rechte zu verzichten, folgt nicht, dass die Rechtsdurchsetzung nicht unter solch einem Rechtsverzicht leidet.

<sup>25</sup> Dies ergibt sich normativ daraus, dass die in Kap. 3 Fn. 13 und 14 zitierten Entscheidungen wie auch Art. 11 Abs. 1 der ADR-Richtlinie ihr Effektivitätspostulat explizit auf den Parteien *aufgelegte* Verfahrensergebnisse beschränken.

<sup>26</sup> Ein Vergleich ist grundsätzlich dann wirksam, wenn die Parteien über das streitige Recht disponieren dürfen; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 2016, § 779 Rn. 6. Siehe auch bereits oben Kap. 2 Fn. 101.

<sup>27</sup> BGH v. 6. Dezember 2011, II ZR 149/10, BGHZ 191, 364, Rn. 22; *Habersack*, in: MünchKomm-BGB, 2013, § 779, Rn. 11; *Roth*, JZ 2013, 637, 643. Bei zwingenden Verbrau-

setzungen ist ein Vergleich auch dann möglich, wenn die Forderung des Anspruchsprätendenten damit letztlich nur teilweise erfüllt und so ein Ergebnis erzielt wird, das als solches im Gesetz nicht vorgesehen ist.

Freilich: Auch wenn einvernehmliche Verfahrensergebnisse selbst in Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren vom Zwang zur Rechtstreue freigestellt sind, ändert dies nichts daran, dass doch ein rechtstreu<sup>e</sup>s Ergebnis eine weitergehende Rechtsdurchsetzung als ein nur rechtsorientierter Kompromiss verwirklicht, weil es eine konkrete Aussage über die Vereinbarkeit eines bestimmten Anspruchs mit der materiellen Rechtslage trifft. Eine konsensuale Abkehr vom Ziel der Rechtsdurchsetzung ist insofern denkbar, aber mit Blick auf das Verfahrensziel der Durchsetzung materieller Rechte eben nicht zweckdienlich. Denn selbst wenn alle Konfliktparteien signalisieren, zu einem Vergleichsschluss bereit zu sein, und das Recht deswegen ungesprochen bleibt, so ist auch dies aus der Perspektive der Rechtsdurchsetzung ein Rückschlag. Zwar wird ein Vergleich vor einer rechtsorientierten Entscheidungsinstanz immer noch „im Schatten des Rechts“<sup>28</sup> stattfinden, der Rechtsbewährung und Rechtsfortbildung ist damit aber kaum gedient.<sup>29</sup> Zwar wird die unbedingte Rechtsdurchsetzung häufig nicht das alleinige Verfahrensziel sein,<sup>30</sup> dennoch ist die Feststellung bedeutsam, dass die Verwirklichung dieses (Teil-) Ziels unter einer Aufweichung der Rechtsorientierung des Verfahrens leidet.<sup>31</sup>

## II. Ergebnisform

Ist danach die unbedingte Rechtstreue des Verfahrensergebnisses wünschenswert, so schließt sich die Frage an, welche Form dieses Ergebnis annehmen sollte. In Betracht kommen eine bindende Entscheidung, ein Einigungsvorschlag eines Dritten, aber auch ein Entscheidungsverzicht mit der Folge einer gänzlich selbstbestimmten Regelung durch die Parteien selbst.

Ergeht in der Streitsache die bindende Entscheidung eines Dritten, so kann diese nur für einzelne Beteiligte verpflichtend sein, sie kann aber auch alle Streitparteien binden oder sogar universal für all diejenigen gelten, die der je-

---

cherrechten wie §§ 312k Abs. 1, 487, 511 BGB folgt auch aus dem europäischen Effektivitätsgrundsatz nichts Anderes; Pelzer, ZKM 2015, 43, 44 f.

<sup>28</sup> So die plastische Begriffsbildung bei *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L. Rev. 1979, 950; siehe auch oben Kap. 2 Fn. 140.

<sup>29</sup> Hofmann, ZZZ (126) 2013, 83, 88.

<sup>30</sup> Siehe oben Kapitel 2 C. III. 1.

<sup>31</sup> Gsell, JZ 2012, 809, 816, stellt als Merkmal der *außergerichtlichen* Streitbeilegung die „Individualisierung der Rechtskonflikte“ heraus, „die eine im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswerte Klärung allgemeiner Rechtsfragen unmöglich machen kann“. Genau eine solche Individualisierung verbirgt sich freilich in jedem Verfahren, das eine privatautonome Abkehr von der Rechtsorientierung ermöglicht, weil im Zweifel der Wille des Individuums über dem Ziel der Rechtsdurchsetzung steht.

weiligen Rechtsordnung unterworfen sind. Dabei gilt: Je verbindlicher das Ergebnis eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens ist, desto weniger Möglichkeiten gibt es für die Parteien, nach Abschluss des Verfahrens wieder davon Abstand zu nehmen. Deswegen ist der beidseitig bindende rechtsorientierte *Streitentscheid* eines Dritten diejenige Ergebnisform, die der Rechtsdurchsetzung am besten dient.

Zwar kann auch ein rechtsorientierter Hinweis oder *Einigungsvorschlag* eines Dritten zur Rechtsdurchsetzung führen, er kann aber ebenso die notwendige Zustimmung der Parteien verfehlen und verfehlt dann auch das Verfahrensziel. Häufig wird ein Einigungsvorschlag aber ohnehin nicht einer finalen rechtlichen Bewertung der Streitigkeit folgen, sondern sich an einer vorläufigen Bewertung rechtlicher Chancen und Risiken orientieren; dann kann man aber allenfalls noch von einer sehr begrenzten Rechtsorientierung sprechen, weil das Recht außerhalb weniger Ermessenstatbestände nur den konditionalen Dualismus von berechtigten und unberechtigten Ansprüchen kennt. Dasselbe gilt erst recht, wenn ein Rechtsdurchsetzungsverfahren ohne steuernde Äußerung eines Dritten allein auf Grundlage individueller Rechtseinschätzungen und außerrechtlicher Individualbedürfnisse mit einem Vergleich zwischen den Parteien endet.<sup>32</sup>

### III. Vollstreckbarkeit

Eine dritte Facette des Verfahrensergebnisses betrifft schließlich dessen Vollstreckbarkeit. Weil die Durchsetzung des materiellen Rechts bisweilen nur mit Hilfe staatlicher Gewalt möglich ist, sind Verfahren dann zur Durchsetzung materieller Rechte besser geeignet, wenn sie in ein vollstreckbares Verfahrensergebnis münden.<sup>33</sup>

In vielen Fällen genügt bereits die *Vollstreckbarkeit* des Verfahrensergebnisses zur Rechtsdurchsetzung, weil der traditionelle Respekt vor denjenigen Instanzen, die vollstreckbare Titel erzeugen können,<sup>34</sup> wie auch die Sorge vor einem Einsatz der Vollstreckungsorgane für Akzeptanz auch individuell nachteilhafter Verfahrensergebnisse sorgt. Gleichzeitig ermöglichen vollstreckbare Titel naturgemäß auch die Rechtsdurchsetzung per *Vollstreckung* in denjenigen Fällen, in denen der Schuldner den Streitgegenständlichen und sodann titulierten Anspruch nicht freiwillig erfüllt. Die Statistik der Vollstreckungsgerichte gibt beredtes Zeugnis davon, wie häufig es zur Rechtsdurchsetzung auf

<sup>32</sup> So betont auch *Koch*, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 57 ff., dass ein Vergleich nur dann sinnvoll sei, wenn es den Beteiligten um mehr als bloße Rechtsdurchsetzung geht.

<sup>33</sup> So auch *Steffek/Unberath*, Regulating Dispute Resolution, 2013, S. 28.

<sup>34</sup> In die Gerichte als Hauptaussteller vollstreckbarer Titel haben mit leichten Schwankungen ungefähr zwei Drittel der deutschen Bevölkerung „ziemlich viel“ oder „sehr viel“ Vertrauen; *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, Roland Rechtsreport 2015, 2015, S. 12 f.

die Zwangsvollstreckung ankommt.<sup>35</sup> Ein Rechtsdurchsetzungsverfahren sollte insofern idealerweise in ein rechtstreuendes, bindendes und auch vollstreckbares Verfahrensergebnis münden.

## B. Verfahrensleitung

Neben der Frage nach dem Verfahrensergebnis betrifft ein weiteres wichtiges Gestaltungskriterium für Rechtsdurchsetzungsverfahren die Frage, wie die Instanz beschaffen sein sollte, die als Verfahrensleitung letztendlich das Verfahrensergebnis festlegt, vorschlägt oder zumindest ergebnisfördernd zwischen den Parteien vermittelt. Auch hier gibt es keine einheitlichen normativen Vorgaben für gerichtliche und außergerichtliche Verfahren. Allerdings lassen sich allein aus dem Verfahrensziel der Durchsetzung materieller Rechte erneut eine Reihe von Vorgaben für die Leitung eines solchen Verfahrens gewinnen.

### I. Qualifikation

Vor dem Hintergrund, dass ein Rechtsdurchsetzungsverfahren, wie soeben gezeigt,<sup>36</sup> das Recht als einzigen Entscheidungsmaßstab heranziehen sollte, erscheint es zwingend erforderlich, dass die Verfahrensleiter in einem solchen Verfahren hinreichend rechtskundig sind.<sup>37</sup> Denn das Recht kann schlichtweg nur anwenden, wer es versteht.<sup>38</sup>

Hinreichende Rechtskunde manifestiert sich in materieller Hinsicht in der Befähigung, das geltende Recht mit Verständnis zu erfassen und anzuwenden; eine Qualifikation, die hierzulande üblicherweise mit dem Bestehen der ersten juristischen Staatsprüfung nachgewiesen wird.<sup>39</sup> Der Rechtsanwender muss über die dort geprüften Fähigkeiten hinaus nicht zwingend über außerrechtliche – etwa technische, medizinische oder psychologische – Kenntnisse verfügen, wie sie bisweilen zur Erfassung eines Sachverhalts erforderlich sind. Er sollte sich aber durch Zuziehung fachkundiger Dritter in die Lage versetzen können, den zu bewertenden Sachverhalt umfassend zu beurteilen.

<sup>35</sup> Im Jahr 2014 war die Zahl der Vollstreckungssachen an deutschen Amtsgerichten mit 2,44 Mio. mehr als doppelt so hoch wie die Zahl der neu eingehenden Zivilprozesssachen; siehe *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 13.

<sup>36</sup> Siehe oben Kapitel 3 A.

<sup>37</sup> *Eidenmüller/Engel*, 29 Ohio St. J. on Disp. Resol. 2014, 261, 281.

<sup>38</sup> Ähnlich der Sinnspruch von *Seneca*, *Epistulae morales ad Lucilium*, 1991, S. LXXI: „Ignoranti quem portum petat nullus suus ventus est.“ Zu deutsch: „Für den, der den Hafen nicht kennt, ist kein Wind günstig.“

<sup>39</sup> Vgl. § 5 Abs. 1 DRiG und § 16 Abs. 1 S. 3 JAPO Bayern. Vergleichbare Regelungen für das Schiedsverfahren oder die Verbraucherschlichtung existieren nicht, vgl. §§ 1034 ff. ZPO, Art. 6 Abs. 1 lit. a) ADR-RL, § 6 Abs. 2 VSBG.

Demgegenüber wäre es der Rechtsdurchsetzung abträglich, wollte man Fachleute aus nichtjuristischen Bereichen aufgrund ihrer spezifischen Expertise zur Rechtsanwendung berufen. Dies erscheint selbst dann kontraproduktiv, wenn Nichtjuristen mit Juristen in kollegialer Tätigkeit das Recht anwenden, weil es ersteren gerade an der für die Rechtsanwendung erforderlichen Ausbildung mangelt.<sup>40</sup> Wenig Bedenken bestehen freilich gegen ein Verfahrensleitungs-gremium, in dem Nichtjuristen bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken, solange die Rechtsanwendung einer Person mit juristischer Qualifikation vorbehalten bleibt.<sup>41</sup>

In prozessualer Hinsicht muss die zur Rechtsdurchsetzung berufene Instanz Ablauf und Grundsätze des eigenen Konfliktlösungsverfahrens umfänglich beherrschen. Dafür werden die im juristischen Vorbereitungsdienst vermittelten Kenntnisse über die Aufgaben von Rechtspflege und Verwaltung und über verschiedene Möglichkeiten zur Rechtsverwirklichung häufig hilfreich sein.<sup>42</sup> Indes erscheint eine enge Vertrautheit mit den Regeln des staatlichen Zivilprozesses dann verzichtbar, wenn ein Konfliktlösungsverfahren außerhalb der staatlichen Gerichte stattfindet. Insoweit ist die Qualifikation eines *Volljuristen*, wie sie etwa für die Befähigung zum Richteramt vorausgesetzt wird, allein aus der isolierten Warte der für die Rechtsdurchsetzung notwendigen Qualifikation nicht erforderlich. Eine umfassende Befähigung auf dem Gebiet des *materiellen* Rechts, wie sie im juristischen Studium vermittelt wird, ist demgegenüber für die Rechtsanwendung unverzichtbar.

## II. Unabhängigkeit

Ein zweites Kriterium für die Eignung zur Leitung eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens ist die Unabhängigkeit der zur Rechtsanwendung berufenen Personen.<sup>43</sup> Denn wenn das Ergebnis eines Konfliktlösungsverfahrens allein vom materiellen Recht abhängen soll, muss die Verfahrensleitungsinstanz bei der Rechtsanwendung von jeglichen Einflüssen außerhalb dieses Ergebnismaßstabs

---

<sup>40</sup> Selbst im Strafrecht ist das Laienrichtertum durchaus umstritten; vgl. statt vieler die vielfältigen befürwortenden Beiträge in *Lieber/Sens*, Ehrenamtliche Richter, 1999, und die skeptische Sichtweise mit Bezug auf Laien-Strafrichter bei *Kühne*, in: FS Amelung, 2009, S. 657 666 f. m.w.N. („sozialromantische Reminiszenz, die sich in modernen rechtsstaatlichen Justizsystemen überlebt hat“).

<sup>41</sup> Ähnlich für den Sonderfall der Rechtsprechung *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 112. Anderer Auffassung ist *Cappelletti*, in: FS Baur, 1981, S. 313, 316 ff., der dies freilich mit der Notwendigkeit außerrechtlicher Erwägungen bei gerichtlichen Entscheidungen begründet.

<sup>42</sup> Siehe §§ 44 Abs. 1, 57 Abs. 2 JAPO Bayern.

<sup>43</sup> Teilweise wird weitergehend zwischen *sachlicher* und *persönlicher* Unabhängigkeit unterschieden; so etwa bei *Sodan*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR V, 2007, § 113 Rn. 22 ff., 70 ff.; ebenso *Papier*, NJW 2001, 1089

frei sein.<sup>44</sup> Im Grundsatz ist derjenige Verfahrensleiter unabhängig, dessen *extrinsische* Motivation allen möglichen Verfahrensergebnissen gleichgültig gegenüber steht.<sup>45</sup> Die Verfahrensleiter wie auch der über die Existenz der Einrichtung entscheidende Rechtsträger<sup>46</sup> dürfen insofern hinsichtlich ihrer Einwirkung auf das Verfahren keinen externen Einflüssen ausgesetzt sein. Sie müssen insbesondere von beiden Parteien finanziell unabhängig sein, um nicht einem direkten oder indirekten Anreiz ausgesetzt zu sein, Recht in Richtung einer Partei zu sprechen.

Für zivilgerichtliche Verfahren ist die Unabhängigkeit der Verfahrensleiter in Art. 92, 97 Abs. 1 GG, § 1 GVG, § 25 DRiG, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK,<sup>47</sup> Art. 47 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)<sup>48</sup>, in Art. 10 AEMR sowie in Art. 14 Abs. 1 S. 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)<sup>49</sup> verbürgt,<sup>50</sup> für außergerichtliche Verfahren finden sich ähnliche Bestimmungen in § 1036 ZPO<sup>51</sup> sowie in Art. 6 Abs. 1 der ADR-Richtlinie 2013/11/EU. Allerdings ist das Begriffsverständnis der ADR-RL weit weniger streng;<sup>52</sup> deswegen stellt sich die Frage, ob auch schon eine mäßige Abhängigkeit des Verfahrensleiters, etwa durch indirekte Zwänge, dem Ziel der Durchsetzung des materiellen Rechts abträglich ist.

<sup>44</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 111 f. diskutiert teilweise ähnliche Überlegungen unter dem Thema Professionalisierung und Institutionalisierung.

<sup>45</sup> Idealerweise verlangt das Unabhängigkeitspostulat damit sogar noch mehr als die etwa in Art. 97 GG für Richter angeordnete sachliche Unabhängigkeit (d.h. Unabhängigkeit von staatlichen und gesellschaftlichen Einflüssen) und persönliche Unabhängigkeit (d.h. Unabhängigkeit des Amtes), nämlich eine Freiheit von jeglichen sachwidrigen Einflüssen. Der ganz auf den Ausschluss staatlicher Einflüsse ausgerichtete Begriff der richterlichen Unabhängigkeit hat seinen letzten Grund in der Gewaltenteilung; weiterführend *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 110 f. m.w.N., 293 ff.

<sup>46</sup> In diesem Sinne nicht existenzentscheidend ist ein Rechtsträger, der eine Verfahrensleistungsinstantz nicht abschaffen oder im Umfang ihrer Tätigkeit signifikant beschneiden kann.

<sup>47</sup> Auf die Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK können Rechtssubjekte freilich nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR zumindest teilweise verzichten, solange sie dies sehenden Auges tun; EGMR v. 23. Februar 1999, 31737/96, *Suovaniemi et al. v. Finnland*; EGMR v. 27. November 1996, 28101/95, *Nordström-Janzon und Nordström-Lehtinen v. Niederlande*; EGMR v. 28. Oktober 2010, 1643/06, *Suda v. Tschechische Republik*.

<sup>48</sup> Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist gemäß Art. 6 Abs. 1 EU für deren Mitgliedstaaten verbindlich, ihre Wirkung beschränkt sich allerdings auf die Anwendung von Unionsrecht.

<sup>49</sup> Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte gehört zum Völkerrecht und steht damit gemäß Art. 59 S. 1 GG im Rang von Bundesrecht.

<sup>50</sup> Vgl. *Schmidt-Jortzig*, NJW 1994, 2569, 2571.

<sup>51</sup> Zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Schiedsverfahren siehe auch *Niedermaier*, Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen, 2013, S. 49 f. m.w.N.

<sup>52</sup> Zum diffusen Begriffsverständnis der Unabhängigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der ADR-Richtlinie *Berlin*, Alternative Streitbeilegung in Verbraucherkonflikten, 2014, S. 115 f.

Ein näherer Blick zeigt allerdings, dass ein abgeschwächtes Verständnis von Unabhängigkeit stets Anreize zur Abkehr vom materiellen Recht mit sich bringt. So wappnet etwa die Organisation einer Institution als gemeinnützige Einrichtung diese nicht gegen Abhängigkeiten. Ist etwa eine der Konfliktparteien Mitglied des Trägervereins einer solchen Rechtsdurchsetzungsinstanz, so wird ein am Fortbestand seines Arbeitsplatzes interessierter Mitarbeiter der Einrichtung tendenziell diese, ihn indirekt finanzierende Partei begünstigen.<sup>53</sup> Dieser Befund ist allenfalls dort einzuschränken, wo aufgrund gesetzlicher Vorgaben ein institutionelles Monopol besteht und sich die Rechtssubjekte einem beim Monopolisten beantragten Verfahren nicht entziehen können.

Selbst wenn der Rechtsträger einer Institution ausschließlich Zwecke des Verbraucherschutzes verfolgt und seine Mitglieder ausschließlich natürliche Personen sind, die nicht in die dort behandelten Konflikte involviert sind, so verbleibt doch ein Potenzial für unsachgemäße Einflüsse auf die Entscheidung. Denn die Mitglieder auch solcher Trägereinrichtungen verfolgen mit ihrem Engagement wenn nicht ausschließlich, so doch zumindest teilweise eigennützige Ziele, die außerhalb der Durchsetzung des materiellen Rechts liegen.

Freilich feilt auch eine staatliche Finanzierung einer Rechtsdurchsetzungsinstitution deren Beschäftigte nicht gegen Handlungsfehlreize. Denn eine weitere Quelle erheblicher rechtsferner Beeinflussungen des Verfahrensergebnisses wurzelt im Arbeitspensum der zur Rechtsanwendung berufenen Personen. Kann sich ein Verfahrensleiter durch eine bestimmte Art der Verfahrensbeendigung Arbeit sparen – etwa weil ein konsensuales Ergebnis die Abfassung einer Entscheidung redundant macht oder weil eine Partei einer sie benachteiligenden Entscheidung ergebener gegenüber steht – so beeinträchtigt dies seine Unabhängigkeit, weil er dann einem Anreiz ausgesetzt ist, das Verfahrensergebnis nicht oder nicht ausschließlich am materiellen Recht zu orientieren. Zwar führen Fehlanreize nur tendenziell und damit nicht in jedem Fall zu einer Fehlsteuerung des Verfahrensergebnisses, unter der mangelnden Unabhängigkeit leidet aber das Verfahrensziel der Durchsetzung des materiellen Rechts.

### III. Neutralität

Neben der Unabhängigkeit des Verfahrensleiters ist auch seine Neutralität bedeutsam. Neutral ist, wer hinsichtlich des Verfahrensergebnisses innerlich offen ist, mithin wessen *intrinsische* Motivation allen denkbaren Verfahrensergebnissen gleichgültig gegenüber steht.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Stürmer, ZZZ (127) 2014, 271, 319 f.

<sup>54</sup> Dieser Begriff wird hier gleichbedeutend mit demjenigen der „Unparteilichkeit“ verstanden. Bisweilen wird stattdessen auch der Terminus „Allparteilichkeit“ verwendet; diese Begriffsschöpfung erscheint allerdings wenig zielführend, da ein neutraler Verfahrensleiter



Für Verfahren vor Zivilgerichten folgt der Neutralitätsgrundsatz aus §§ 41 ff. ZPO, ferner aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, Art. 47 Abs. 2 GRCh, Art. 10 AEMR sowie aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 IPBPR,<sup>55</sup> indirekt dienen auch das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und § 16 S. 2 GVG sowie die Dispositionsmaxime nach § 308 Abs. 1 ZPO der richterlichen Unparteilichkeit.<sup>56</sup> Für das Schiedsverfahren findet sich eine entsprechende Vorschrift in § 1036 ZPO, für Verbraucherkonflikte hingegen gilt nach Art. 6 Abs. 1 lit. e) der ADR-Richtlinie 2013/11/EU nur ein deutlich großzügigerer Neutralitätsbegriff.<sup>57</sup> Aus dieser begrifflichen Disparität erwächst wiederum die Frage, wie viel Neutralität ein Verfahren zur Durchsetzung materieller Verbraucherrechte benötigt. Und auch hier gilt wieder, dass jeder Kompromiss an Neutralität die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass das Verfahrensergebnis nicht vollständig rechtstreu ist. Diese Einsicht lässt sich an einer Reihe von Beispielen belegen.

Neutralität folgt zunächst nicht schon zwingend aus der Unabhängigkeit einer Entscheidungsinstanz,<sup>58</sup> weil ein Verfahrensleiter trotz idealer Rahmenbedingungen noch immer persönlich motiviert sein kann, der einen oder der anderen Seite zuzuneigen. Neutralität lässt sich vor allem gewährleisten durch eine Minimierung von Bezugspunkten zum Streitgegenstand und damit zu dem Sachverhalt, welcher der erhobenen Forderung zugrunde liegt. Ein idealer neutraler Dritter kennt die Streitparteien nicht, ist nicht privat in gleich gelagerte Problemstellungen verwickelt und hängt nicht einer rechtspolitischen Auffassung an, die von der gegenwärtigen Rechtslage abweicht. Der perfekt neutrale Verfahrensleiter mag ein Ideal sein, dass sich in der Realität kaum durchhalten lässt. Dies liegt gerade im Verbraucherrecht auf der Hand, tritt doch jeder Mensch regelmäßig als Verbraucher auf und könnte insofern zu einer einseitigen Bevorzugung von Verbrauchern neigen. Allerdings gibt es fernab solcher, eher blasser Tendenzen zur Voreingenommenheit bestimmte Hintergründe, Vorbeurteilungen oder Nebentätigkeiten, welche die Eignung einer Person für die neutrale Leitung eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens in deutlich gewichtigerem Maße beeinflussen und diese zur Bekleidung einer solchen Funktion mehr oder weniger prädestinieren.

---

gerade nicht versucht, den Interessen aller Beteiligten gerecht zu werden, sondern seine Aufgabe darin sieht, entweder diese selbst zu einer Entscheidung zu befähigen oder aber den interessenunabhängigen Maßstab des materiellen Rechts anzuwenden.

<sup>55</sup> Vgl. *Schmidt-Jortzig*, NJW 1994, 2569, 2571.

<sup>56</sup> *Wolf*, in: FS Söllner, 2000, S. 1279, 1283 f.

<sup>57</sup> Dabei ist der Neutralitätsbegriff der ADR-Richtlinie nicht klar konturiert: Die Erwägungsgründe 32 ff. sprechen von Interessenkonflikten, verzichten aber auf eine klare Begriffsdefinition und vermengen die Unparteilichkeit mit der Unabhängigkeit der Betroffenen. Auch *Berlin*, *Alternative Streitbeilegung in Verbraucherkonflikten*, 2014, S. 116, 118, belässt es bei dieser begrifflichen Vermischung.

<sup>58</sup> *Münch*, in: MünchKomm-ZPO, 2013, Vor §§ 1025 ff., Rn. 44.

So kann etwa politisches Engagement einen Verfahrensleiter dazu bewegen, im Sinne einer bestimmten gesellschaftlichen Interessengruppe zu entscheiden. Nicht ohne Grund ist etwa Richtern hierzulande die Ausübung politischer Ämter untersagt,<sup>59</sup> und ein Wechsel von einem ins andere Lager gilt zumindest weithin als kritikwürdig.<sup>60</sup> Aber auch wer zuvor Vertreter eines Interessenverbands war oder einer Lobbygruppe angehörte, wird sich schwertun, ein Verfahren frei von den in der früheren Funktion vertretenen Zielen zu leiten. Gleiches gilt für vormalige Parteivertreter: Wer lange Zeit regelmäßig die rechtlichen Interessen eines bestimmten Mandantentypus' vertreten hat, wird sich einem Verfahren zur Lösung ähnlicher Konflikte kaum mehr unvoreingenommen nähern können.

Auch die paritätische Besetzung eines Verfahrensleitungsgremiums mit Vertretern (sic!) beider Seiten erscheint problematisch, denn ein Gremium wird nicht dadurch unparteiisch, dass seine Angehörigen in unterschiedlicher Hinsicht parteiisch sind.<sup>61</sup> Im Kontext von Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung gilt dieser Befund auch für Angehörige von Verbraucherverbänden. Denn während das materielle Verbraucherrecht berufen ist, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen von Unternehmern und Verbrauchern zu bestimmen, agieren Verbraucherorganisationen einseitig zugunsten von Verbrauchern. Sie sind in der Regel privatrechtlich organisiert und trotz ihrer lauterer Zwecksetzung nicht frei von Individualinteressen. Zur tatsächlich neutralen Leitung eines Verbraucherrechtsdurchsetzungsverfahrens sind auch aktuelle und frühere Vertreter von Verbraucherverbänden insofern tendenziell ungeeignet.

#### IV. Rechtliche Autorität

Um Recht durchsetzen zu können, muss zuvor erkannt werden, was Recht ist.<sup>62</sup> Irren die Verfahrensbeteiligten bei der Rechtserkenntnis, lässt sich nicht im engeren Sinne von Rechtsdurchsetzung sprechen. Die Verbindlichkeit der Entscheidung und damit die rechtliche Autorität der Verfahrensleitung sind da-

---

<sup>59</sup> Dies ergibt sich aus § 4 Abs. 1 DRiG. Anders ist dies etwa in der Schweiz, wo Richter ähnlich Politikern in ihr Amt *gewählt* werden; vgl. *Eichenberger*, in: Frank (Hrsg.), *Unabhängigkeit und Bindung des Richters*, 1997, S. 69, 80 ff., und historisch *Hansen*, DRiZ 1965, 221, 222 f.

<sup>60</sup> So war etwa der Wechsel des früheren saarländischen Ministerpräsidenten *Peter Müller* ans Bundesverfassungsgericht von einer Vielzahl kritischer Stimmen begleitet, obwohl nach § 3 Abs. 3 S. 2 BVerfGG nur die *gleichzeitige* Ausübung von Verfassungsjustiz- und Legislativfunktionen untersagt ist.

<sup>61</sup> Anderer Auffassung ist *Tonner*, in: FS Reich, 1997, S. 861, 873, der diese Fragestellung unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit abhandelt.

<sup>62</sup> Von der Erzielung eines Ergebnisses, das *rein zufällig* der materiellen Rechtslage entspricht, sei einmal abgesehen.

bei nicht dual strukturiert, sondern graduell unterschiedlich, je nachdem, ob das Verfahrensergebnis nur die Beteiligten oder auch die Allgemeinheit bindet und vor welchen Instanzen es nach dem gewählten Verfahren noch überprüfbar ist. Ist ein Konfliktlösungsverfahren auf die Durchsetzung des materiellen Rechts ausgerichtet, so ist diesem Zweck deswegen umso mehr gedient, je verbindlicher die Verfahrensleitung über die Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts entscheiden kann. Die Entscheidung einer Instanz von hoher rechtlicher Autorität stärkt die Rechtsdurchsetzung, weil sie das Recht in der konkret angewendeten Form zum Vorbild für ähnliche Streitigkeiten in der Zukunft adelt.

Anders verhält es sich bei einer Institution, die weder zum Erlass rechtskräftiger Entscheidungen legitimiert noch als Organ der Rechtspflege gesetzlich bzw. standesrechtlich in besonderer Weise zur Legalität verpflichtet ist, denn diese wird im Zweifel weniger dem geltenden Recht, sondern eher nur ihrer unverbindlichen, womöglich laiensichtgeprägten *Vorstellung vom Recht* zur Durchsetzung verhelfen. Einigen sich die Parteien mit Blick auf diese Rechtsvorstellung auf eine Konfliktlösung, so ist dieser Vergleich zwar in gewissen Grenzen<sup>63</sup> grundsätzlich nach § 779 BGB für beide Seiten bindend.<sup>64</sup> Allerdings wird durch einen Vergleichsschluss nach § 779 BGB die im konkreten Streit bestehende Rechtsunsicherheit gerade nicht durch Rechtserkenntnis und Rechtsdurchsetzung, sondern durch gegenseitiges Nachgeben, also durch einen Verzicht auf Rechtsdurchsetzung beseitigt. Und wenn eine Partei dem Vergleichsvorschlag eines Dritten nur in dem Vertrauen zustimmt, dass dieser die – in der Theorie nie unsichere – materielle Rechtslage widerspiegeln kann, kann dieser Vergleich durchaus im Einzelfall nach § 123 Abs. 2 BGB anfechtbar oder im Spezialfall des Schiedsverfahrens nach § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) ZPO aufhebbar sein. Zudem kommt eine Anpassung oder sogar Lösung vom Vergleichsvertrag nach § 313 Abs. 2 BGB in Betracht, soweit die juristisch korrekte Rechtseinschätzung des Verfahrensleiters zur Geschäftsgrundlage des Vergleichs geworden ist. Schließlich ist auch ein Schadensersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* gemäß § 311 Abs. 3 BGB gegen die mit der Konfliktlösung betraute Stelle zu erwägen.

Die Erkenntnis dieser Schwäche von Institutionen mit geringer rechtlicher Autorität bedeutet nicht, dass solche Einrichtungen für Verbraucher nicht im Einzelfall eine große Hilfe bei der Verfolgung ihrer Ansprüche darstellen könnten. Dennoch: Je geringer die Autorität, desto häufiger wird es nicht das materielle Recht sein, das sich im konkreten Fall durchsetzt. Verfahren der Verbraucherrrechtsdurchsetzung sollten daher von Institutionen mit möglichst großer rechtlicher Autorität geführt werden.

<sup>63</sup> Siehe die Nachweise oben in Kap. 3 Fn. 26.

<sup>64</sup> Weil die Entscheidung für einen bestimmten Vergleichsvorschlag allerdings immer auch im Lichte außerrechtlicher Bedürfnisse fällt, kann ein solches Verfahrensergebnis ohnehin nur begrenzt rechtsorientiert sein; vgl. oben Kapitel 3 A. II.

## V. Verantwortlichkeit

Ein weiterer Aspekt, der für die Rechtstreue des Verfahrensergebnisses nicht ohne Bedeutung ist, betrifft die Verantwortlichkeit der Verfahrensleitung für die korrekte Handhabung des Verfahrens, insbesondere für die richtige Subsumtion unter das Gesetz.<sup>65</sup> Denn je nachteiligere Konsequenzen der Verfahrensleiter aus einer unsachgemäßen Rechtsanwendung gewärtigen muss, umso gründlicher wird er sich bei seiner Einflussnahme auf das Verfahrensergebnis an die geltende Rechtslage halten.

Üblicherweise ist die Verantwortlichkeit für Verfahrensleiter in zwei Spuren ausgestaltet. Befindet sich das Verfahren in der Hand einer öffentlichen Einrichtung, so muss der Verfahrensleiter disziplinar- oder aufsichtsrechtliche Schritte befürchten, wenn er das geltende Recht missachtet. Handelt es sich demgegenüber um eine privatrechtlich organisierte Einrichtung, so trifft die Verfahrensleiter unter Umständen eine privatrechtliche Haftung, etwa wegen Verletzung eines Verfahrensvertrags oder wegen Verstoßes gegen eine einseitig gegebene Zusicherung. Die dadurch gesetzten positiven Verhaltensanreize können wiederum durch den Abschluss von Haftungsausschlüssen oder Haftpflichtversicherungen abgefangen werden. Der Rechtsdurchsetzung dient es, wenn in Zusammenschau der jeweils greifenden Verantwortlichkeitsmechanismen zumindest ein gewichtiger Anreiz für die Verfahrensleitung besteht, ihren Einfluss auf ein rechtstreuendes Verfahrensergebnis maximal zu nutzen.

## VI. Staatlichkeit

Ein letzter Gesichtspunkt mit Bezug auf die Verfahrensleitung betrifft die Frage, inwieweit sich eine Rechtsdurchsetzungsinstitution in staatlicher Hand befinden sollte oder auch von privater Seite sachgerecht geführt werden kann. Speziell für die *Rechtssprechung* ist diese Frage in der Vergangenheit unter dem Begriff der funktionalen<sup>66</sup> Privatisierung der Justiz intensiv diskutiert worden.

Ausgangspunkt dieser Diskussion ist regelmäßig Art. 92 GG, der die rechtssprechende Gewalt ausschließlich den Richtern staatlicher Gerichte anvertraut. Die darin vorgesehene Zuweisung der Rechtssprechung allein an staatliche Richter bezieht sich zwar nur auf das Verhältnis der Staatsgewalten untereinander

---

<sup>65</sup> Ähnlich lautet die Forderung von *Kocher*, Funktionen der Rechtssprechung, 2007, S. 111, die speziell für den Bereich der Rechtssprechung eine Entscheidungskontrolle und Entscheidungsbegründung verlangt; vgl. auch *Vofßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 680.

<sup>66</sup> Die *funktionale* Privatisierung bezeichnet die *faktische* Übernahme hoheitlicher Aufgaben durch Private, während der Staat bei der *materiellen* Privatisierung seine Aufgabe voll auf Private delegiert, vgl. *di Fabio*, JZ 1999, 585, 588 f.; *Zado*, Privatisierung der Justiz, 2013, S. 32 ff.

der,<sup>67</sup> teilweise wird darin aber das Gebot gesehen, zumindest zentrale Rechtsprechungsbereiche wie die bürgerliche Rechtspflege bei staatlichen Gerichten zu belassen.<sup>68</sup> Diese Auffassung findet allerdings in der Normgeschichte des Art. 92 GG<sup>69</sup> wie auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine tragfähige Stütze. Das Grundgesetz und das dort angelegte Staats- und Justizverständnis formulieren keinen Anspruch darauf, dass die Rechtsanwendung zur Lösung ziviler Rechtsstreitigkeiten durch staatliche Gerichte erfolgt.<sup>70</sup> Die staatlichen Gerichte haben zwar ein Monopol bei der allgemeinverbindlichen Auslegung der Gesetze,<sup>71</sup> nicht aber bei der streitigen Entscheidung über Konflikte.<sup>72</sup> Der Staat soll seinen Bürgern Justiz gewähren, nicht aber aufzwingen.<sup>73</sup> Er muss gerade in Kernbereichen wie der bürgerlichen Rechtspflege überhaupt Rechtsprechung ausüben,<sup>74</sup> darf diese nicht aushöhlen oder gänzlich von privaten Akteuren verdrängen lassen, darin erschöpft sich aber auch die Aussage des Art. 92 GG.<sup>75</sup>

Privatgerichte waren tatsächlich schon unter dem römischen Recht durchaus anerkannt,<sup>76</sup> sie blieben auch unter der zwischenzeitlichen Geltung des § 15 Abs. 2 S. 1 GVG zulässig,<sup>77</sup> und sie sind seit dem Inkrafttreten der Zivilprozessordnung 1879 sogar im kodifizierten Zivilprozessrecht verankert. Gilt dies aber

<sup>67</sup> BVerfG v. 11. Juni 1969, 2 BvR 518/66, BVerfGE 26, 186, 194 ff.; BGH v. 3. Juli 1975, BGHZ 65, 59, 61.

<sup>68</sup> So etwa *Zado*, Privatisierung der Justiz, 2013, S. 250, mit Verweis auf BVerfG v. 16. Juli 1969, BVerfGE 27, 18, 28. Nämliche Verfassungsgerichtsentscheidung beschäftigt sich allerdings gerade nicht mit der Privatisierung der Justiz, sondern – ganz dem herrschenden Verständnis des Art. 92 GG entsprechend – mit der Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Judikative. Aus demselben Grund hindern auch BVerfG v. 6. Juni 1967, 2 BvR 375, 53/60, 18/65, BVerfGE 22, 49, 73 ff. und BVerfG v. 23. Juni 1987, 2 BvL 5/83, BVerfGE 76, 100, 106, nicht eine teilweise materielle Privatisierung der Ziviljustiz. Wie *Zado* allerdings auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2008, Art. 92 Rn. 51.

<sup>69</sup> Ausführlich *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2015, Art. 92 Rn. 22 ff.

<sup>70</sup> Prägnant formuliert *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421, 422: „Die Verwirklichung des Rechtsstaates ist zwar auf den Staat angewiesen, steht aber unter keinem Staatsvorbehalt.“

<sup>71</sup> *Ritter*, NJW 2001, 3440; *Eisenmenger*, Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 2012, S. 97.

<sup>72</sup> *Münch*, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I, 2009, S. 179, 194 ff.; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2015, Art. 92 Rn. 87.

<sup>73</sup> *Ritter*, NJW 2001, 3440, 3447.

<sup>74</sup> *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR IV, 2006, § 75 Rn. 41.

<sup>75</sup> *Prütting*, AnwBl 2015, 546, 549; *Althammer*, in: Althammer/Weller (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, 2015, S. 3, 10 f. – *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, 2004, S. 83, 92, 233, liest aus den Überlegungen des Verfassungsgebers noch das Gebot einer „prinzipiell staatlichen Gerichtsbarkeit“ heraus, sieht aber dennoch kein Verbot privater Gerichte.

<sup>76</sup> *Münch*, in: MünchKomm-ZPO, 2013, Vor §§ 1025, Rn. 124 m.w.N.

<sup>77</sup> Siehe *Münch*, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I, 2009, S. 179, 180 f.

schon für private Gerichte, so muss es erst recht für Institutionen gelten, die unterhalb des engen *Rechtsprechungs*begriffs Konflikte durch Rechtsanwendung zu lösen suchen.

Erscheint es insofern nicht aus Art. 92 GG heraus normativ geboten, die Rechtsdurchsetzung staatlichen Institutionen vorzubehalten, so ist doch noch ein anderer Aspekt zu bedenken: Aus dem im Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG enthaltenen Gebot der Rechtssicherheit folgt, dass es ein ausreichendes Maß an allgemeinverbindlicher Gesetzesauslegung geben muss: Die Justiz darf nicht durch private Mechanismen ausgehöhlt werden,<sup>78</sup> und der Rechtsstaat darf den Einfluss auf die durch Präzedenzen geformte Auslegung des Rechts nicht an private Konfliktlösungsinstitutionen verlieren. Es geht mithin nicht um die Zulässigkeit als solche, wohl aber um den Umfang der Tätigkeit nicht-staatlicher Institutionen im Bereich der Durchsetzung materieller Rechte. Führt die Tätigkeit privater Einrichtungen zu einem signifikanten Abbau<sup>79</sup> oder gar einer Aushöhlung<sup>80</sup> des gerichtlichen Rechtsschutzes, ist der Rechtsstaat in Gefahr.<sup>81</sup> Um die staatlich zu gewährleistende Rechtssicherheit zu beeinträchtigen, bedarf es nicht einer „Flucht aus der Ziviljustiz“<sup>82</sup>, es genügen schon Pfadabhängigkeiten infolge gelegentlicher privatgerichtlicher Präzedenzen, um die Orientierungsfunktion der staatlichen Gesetzesauslegung zu schwächen.<sup>83</sup> Das gilt insbesondere für Streitigkeiten von Verbrauchern, da diese im Zweifel die rechtliche Autorität einer Entscheidung weniger gut einschätzen können.<sup>84</sup>

Muss der Staat danach sicherstellen, dass er nicht die Hoheit über die Auslegung seiner Gesetze verliert, so folgt daraus doch nicht das Postulat, ein Rechtsdurchsetzungsverfahren müsse notwendig staatlich sein. Die Staatlichkeit eines Verfahrens in staatlicher Trägerschaft kann allenfalls ein Eignungsindiz für Rechtsdurchsetzungsverfahren darstellen. Blickt man auf die zuvor betrachteten Bewertungsmaßstäbe der Qualifikation, Unabhängigkeit und Neutralität, der rechtlichen Autorität und Verantwortlichkeit der Verfahrensleitung, so wird allerdings die Staatlichkeit eines Verfahrens nicht unbedingt die schlechteste Garantin für eine Erfüllung dieser Maßstäbe darstellen.<sup>85</sup>

<sup>78</sup> Hillgruber, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2015, Art. 92 Rn. 88 m.w.N.

<sup>79</sup> So schon die Sorge bei Prütting, JZ 1985, 261, 270.

<sup>80</sup> Zado, Privatisierung der Justiz, 2013, S. 251.

<sup>81</sup> Das gilt natürlich umso mehr, je mehr sich ein grundsätzlich der Rechtsdurchsetzung verschriebenes Verfahren faktisch doch von einer Rechtsorientierung entfernt. Roth, JZ 2013, 637, 643, spricht in diesem Zusammenhang von einer Gefahr für die „Modellfunktion staatlicher Rechtsetzung“ bei rechtsfernen Verfahren.

<sup>82</sup> So die Beschreibung des US-amerikanischen Trends zur Justizprivatisierung bei Murray, ZZPInt (11) 2006, 295 ff.

<sup>83</sup> Zum Konzept der Pfadabhängigkeiten Liebowitz/Margolis, 11 J. L. Econ. & Org. 1995, 205; Roe, 109 Harv. L. Rev. 1996, 641, 643 ff.; s.a. Bebchuk/Roe, 52 Stan. L. Rev. 1999, 127 ff.

<sup>84</sup> Vgl. Münch, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I, 2009, S. 179, 199; Wagner/Quinke, JZ 2005, 932, 936.

<sup>85</sup> Ähnlich auch schon Eidenmüller/Engel, 29 Ohio St. J. on Disp. Resol. 2014, 261, 286.

## C. Verfahrensgestaltung

Ein dritter Kreis von Bewertungsmaßstäben für Rechtsdurchsetzungsverfahren betrifft die Ausgestaltung der Verfahren selbst vor dem Hintergrund der besonderen prozessualen Bedürfnisse von Verbrauchern. Einige der Maßstäbe aus diesem Bereich sind für gerichtliche wie für außergerichtliche Verfahren gleichermaßen rechtlich verankert und lassen sich daher unmittelbar verfahrensrechtlich, teilweise sogar konstitutionell begründen. Andere Bewertungsmaßstäbe sind gesondert mit der Verwirklichung des materiellen Rechts zu begründen, weil sich ihre normative Basis nur auf staatliche Gerichtsverfahren bezieht und außergerichtliche Verfahren nicht erfasst.<sup>86</sup>

Den gemeinsamen Boden, auf dem gerichtliche wie außergerichtliche Verfahren stehen, bildet dabei das Recht auf ein faires Verfahren.<sup>87</sup> Für gerichtliche Verfahren wurzelt es im Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG,<sup>88</sup> in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und in Art. 47 Abs. 2 GRCh.<sup>89</sup> Für Verfahren der Verbraucherstreitbeilegung findet sich ein entsprechender Grundsatz in Art. 1 S. 1 und Art. 9 ADR-RL. Mit dem Fairnessprinzip eng verwandt ist das verfahrensrechtliche Gebot der Waffengleichheit, das nicht zu Sonderrechten für bestimmte Parteien führt, wohl aber verlangt, dass die Betroffenen eine gleiche Chance zum Vorbringen ihrer Begehr haben.<sup>90</sup> Denn aus dem Prinzip des Schutzes des

<sup>86</sup> Auf die vergleichbare Situation in außergerichtlichen Rechtsanwendungsverfahren verweist *Stürmer*, GPR 2014, 122, 124. Die Europäische Union hatte in Umsetzung des sog. Stockholmer Programms für 2013 ein Grünbuch über Mindestnormen für Zivilverfahren vorgesehen; Mitteilung KOM(2010) 171 endg., S. 24. Sie hat diese Pläne aber vorerst nicht realisiert.

<sup>87</sup> Das sieht – generell für Verbraucherkonfliktlösungsverfahren – auch *Creutzfeldt*, 37 J. Consum. Policy 2014, 527, 532 ff., die auf eine Konturierung des Fairnessgrundsatzes freilich weitgehend verzichtet.

<sup>88</sup> BVerfG v. 19. Oktober 1977, 2 BvR 462/77, BVerfGE 46, 202, 209, 216 f. *Schumann*, ZJP (96) 1983, 137, entnimmt dem Grundgesetz neben dem Recht auf ein faires Verfahren auch noch ein Recht auf effektiven Rechtsschutz, auf ein vorhersehbares Verfahren und auf Justizgewährung. Vgl. auch BVerfG v. 30. April 2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 f., wonach die Verfahrensgrundrechte grundrechtsgleiche Rechte sind. Ausführlich *Pache*, NVwZ 2001, 1342 ff.

<sup>89</sup> Vgl. *Pache*, NVwZ 2001, 1342. Bisweilen wird das Recht auf ein faires Verfahren auch als allgemeiner völkerrechtlicher Justizgrundsatz gesehen, der in Deutschland über Art. 25 GG unmittelbar Anwendung findet; *Schmidt-Jortzig*, NJW 1994, 2569, 2571. Für gerichtliche Verfahren mag man auch dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch nach Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG einen Auftrag für eine verbrauchergerechte Verfahrensgestaltung entnehmen; dem gegenüber mit guten Gründen zurückhaltend *Zuck*, NJW 2013, 1132 f.

<sup>90</sup> BGH v. 17. April 1984, VI ZR 220/82, NJW 1984, 1823; EGMR v. 27. Oktober 1993, 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413; siehe auch grundlegend *Wolf*, in: FS Söllner, 2000, S. 1279, 1281 f., und *Vollkommer*, in: FS Schwab, 1990, S. 503 ff., 519 ff., jeweils m.w.N. Anschaulich formuliert *Böttcher*, Gleichbehandlung und Waffengleichheit, 1979, S. 11 f., im Bild der Iustitia: »[W]er näher am Recht ist, ... kann ... nur ermittelt werden, wenn in der Dynamik des Rechtsganges beide Parteien die Möglichkeit haben, die Waage in Bewegung zu setzen und zu

Schwächeren im Recht folgt ganz unabhängig von der Verbrauchereigenschaft eines Verfahrensbeteiligten, dass sich die Parteien eines Rechtsstreits auf Augenhöhe begegnen können.<sup>91</sup> Eine unsachgerechte Ausgestaltung von Rechtsdurchsetzungsverfahren kann demgegenüber dazu führen, dass das Verfahren faktisch nicht genutzt wird und die Betroffenen von der Rechtsdurchsetzung absehen.<sup>92</sup>

### I. Tatsachenfundierung

Ein Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung muss sein Ergebnis auf Tatsachen gründen. Denn wo Recht auf einen bestimmten Fall angewendet wird, muss begriffsnotwendig zuvor der Sachverhalt dieses Falles erfasst worden sein, um die Subsumtion unter die anzuwendenden Vorschriften leisten zu können. Da sich Konflikte regelmäßig nicht nur auf Rechtsfragen, sondern auch auf Tatsachen beziehen, muss es bei Zweifeln am Vortrag einer Partei eine Methode zur Wahrheitsfindung geben.<sup>93</sup>

Die meistverbreitete Methode zur Findung der formellen Wahrheit ist die Beweisaufnahme. Die Regeln für die Beweisführung können für ein Rechtsdurchsetzungsverfahren durchaus unterschiedlich ausgestaltet sein. Sie können etwa zeitlich oder thematisch oder hinsichtlich der zulässigen Beweismittel eingeschränkt werden. Sie müssen aber allen Verfahrensbeteiligten oder ihren Repräsentanten<sup>94</sup> die Möglichkeit geben, die von ihnen vorgetragene(n) Tatsachen in zumutbarer Weise zu fundieren, um das Verfahrensergebnis nicht bereits durch die Gestaltung seines Rahmens zu verzerren.<sup>95</sup> Gleichzeitig darf die Tatsachenfundierung gerade bei geringwertigen Streitigkeiten nicht so weit ausufern, dass sie eine rechtsorientierte Fortführung des Verfahrens faktisch ausschließt. Die präzise Bestimmung der Tatsachengrundlage, die einer Rechtsanwendung notwendig vorausgeht, lässt zwar naturgemäß einen Mindestaufwand unverzichtbar erscheinen, der immer auch einen nennenswerten Teil der Anspruchsin-

---

halten – sei es durch Anträge, Behauptungen, Beweisantritt oder was sonst.“ – In Italien statuiert nunmehr Art. 111 Abs. 2 S. 1 der Verfassung ein explizites Gebot der Waffengleichheit im Prozess. Rechtsvergleichend *Stürner*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1063 f. m.w.N.

<sup>91</sup> *Reifner*, in: FS Blankenburg, 1998, S. 103, 117.

<sup>92</sup> So speziell für die Verfahrenskosten *Adams*, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, S. 46 ff.

<sup>93</sup> Zur Bedeutung der Wahrheit im Zivilprozess *Prütting*, in: FS Gottwald, 2014, S. 507, 511 ff.

<sup>94</sup> Das betrifft insbesondere Kollektivverfahren, in denen die Interessen einer Seite gebündelt von einem oder mehreren Repräsentanten vertreten werden. Typischerweise wird man gerade bei diesen Verfahren eine möglichst breite Informationsgrundlage suchen, vgl. *Koch*, *Verbraucherprozeßrecht*, 1990, S. 119.

<sup>95</sup> Für gerichtliche Verfahren *Althammer*, *ZZP* (126) 2013, 3, 12; *Wolf*, in: FS Söllner, 2000, S. 1279, 1292 ff. Für Schiedsverfahren *Geimer*, in: *Zöller*, *ZPO*, 2016, § 1042 Rn. 30 ff.



haber von der Rechtsdurchsetzung abschrecken wird. Eine umso sorgfältigere Prüfung verdient darum aber die Heranziehung aufwändiger Beweismittel, wenn alternativ auch verlässliche aufwandsarme Beweismittel zur Verfügung stehen oder wenn sich die Entscheidungsinstanz ohne große Mühe selbst die erforderliche Sachkunde verschaffen kann.

Neben die Fragen der Beweisführung tritt die Zuordnung der Beweislast. Sie ist dann von Bedeutung, wenn die Tatsachengrundlage letztlich unsicher bleibt, sei es weil einzelne Beweismittel zu aufwändig erscheinen oder weil eine umfassende Aufklärung auch unter Hinzuziehung der in Betracht kommenden Beweismittel scheitert. Die Zuweisung der Beweislast ist zwar im Bereich des materiellen Rechts angelegt, so etwa in §§ 280 Abs. 1, 476 BGB. Sie setzt sich aber prozessual fort und kann insbesondere durch die für das gerichtliche Verfahren entwickelten Grundsätze der sekundären Behauptungslast noch einmal erheblich beeinflusst werden.<sup>96</sup>

Bisweilen wird sogar aus dem Gebot eines fairen Verfahrens ein Postulat zur Beweislastumkehr zugunsten schwächerer Parteien entwickelt.<sup>97</sup> Alternativ wäre – in Anlehnung an, aber weniger weitgehend als die US-amerikanische *disclosure* – ein Gebot zur Offenbarung von Informationen oder Dokumenten durch die typischerweise stärkere Partei denkbar, um der Gegenseite den Tatsachenvortrag oder die Beweisführung zu ermöglichen.<sup>98</sup> Gerade das könnte Verbrauchern helfen, die aufgrund mangelhafter Organisation sonst häufig schon an der Hürde eines substantiierten Tatsachenvortrags scheitern werden.<sup>99</sup> Eine Sonderbehandlung von Verbrauchern im Verfahren kann allerdings die Gleichbehandlung beider Parteien unterminieren und die im materiellen Recht angelegten Sonderrechte für Verbraucher überhöhen. Tendenziell sind einseitige Offenlegungspflichten insofern mit Skepsis zu sehen, solange sie nicht bereits durch materiell-rechtliche Ansprüche wie etwa Auskunftspflichten angeordnet sind.<sup>100</sup> Strebt man ein möglichst aufwandsarmes Rechtsdurchsetzungsverfahren an, erscheint es zielführender, die Beweislast möglichst derjenigen Partei zuzuweisen, welche die Fehler der streitgegenständlichen Art typischerweise verursacht hat. Eine entsprechend ausdifferenzierte Beweislastzuweisung ver-

<sup>96</sup> Vgl. die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vgl. etwa BGH v. 1. Dezember 1982, VIII ZR 279/81, BGHZ 86, 23, 29.

<sup>97</sup> Wolf, in: FS Söllner, 2000, S. 1279, 1281.

<sup>98</sup> Ähnlich mit kartellrechtlichem Bezug Wagner, ZEuP (16) 2008, 6, 15. Siehe auch den Vorschlag für eine prinzipielle Stärkung der Kooperationspflichten bei Greger, in: Gottwald/Greger/Prütting (Hrsg.), Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa, 2000, S. 77 ff.

<sup>99</sup> Siehe oben Kapitel 2 A. III.

<sup>100</sup> Wolf, in: FS Söllner, 2000, S. 1279, 1294, spricht sich allerdings mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 EMRK dafür aus, eine Partei dann von der Beweislast zu befreien, wenn sie „unverschuldet zur Beweiserbringung nicht in der Lage ist“. Eine solche Regel wäre freilich schwer zu verallgemeinern.

mindert insgesamt den erforderlichen Beweisaufwand, weil die beweisbelastete Partei den Beweis dann tendenziell seltener antreten wird.

## II. Rechtliches Gehör

Ein weiterer Bewertungsmaßstab zur Gestaltung eines Verbraucherrechtsdurchsetzungsverfahrens ist die Gewährung rechtlichen Gehörs für die Streitparteien. Anders als der Begriff suggeriert, ist *rechtliches* Gehör nicht gleichbedeutend mit einer Anhörung durch einen Rechtskundigen oder einer Entgegennahme allein der Rechtsansichten der Parteien. Vielmehr versteht man unter dem rechtlichen Gehör ganz allgemein die Gelegenheit zum Vorbringen und die Würdigung sowohl des Tatsachenvortrags als auch rechtlicher Ausführungen, mithin aller Gesichtspunkte, die eine Partei für streitrelevant hält.<sup>101</sup> Damit ist die Gewährung rechtlichen Gehörs schon begrifflich eng verknüpft mit der soeben erörterten Möglichkeit zum Tatsachenvortrag.

Neben der Absicherung gleicher Chancen zum Sach- und Rechtsvortrag erfüllt das rechtliche Gehör dabei gerade in Verbraucherstreitigkeiten noch eine weitere wichtige Funktion. Verbraucher verbinden mit der Anrufung einer Rechtsdurchsetzungseinrichtung häufig die Erwartung, der Anspruchsgegner müsse sich dann endlich vor einer Institution verantworten, und spiegelbildlich dazu werde diese Institution womöglich sogar ihre Autorität einsetzen, um den Anspruchsgegner zur Raison zu bringen. Wer als Verbraucher schwächer formuliert, äußert zumindest den Wunsch, der Anspruchsgegner möge ihn mit seinem Begehren in Anwesenheit eines neutralen Dritten zumindest ernst nehmen und sein Vorbringen anhören.<sup>102</sup> Das Gehör, das einem Forderungsprätendenten im Rechtsdurchsetzungsverfahren zusteht, substituiert daher häufig auch das Gehör, das ihm vom Gegner zuvor verweigert wurde. Gerade Verbraucher empfinden die Gehörsverweigerung der Gegenseite regelmäßig als Symptom eigener Ohnmacht gegenüber einem strategisch stärkeren, aber ungerecht agierenden Gegenüber.

Rechtshistorisch lässt sich der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs bis in die Antike zurückverfolgen. Er bezog sich stets auf beide Streitpar-

---

<sup>101</sup> BVerfG v. 9. Februar 1982, 1 BvR 799/78, BVerfGE 59, 330, 333; BVerfG v. 21. April 1982, 2 BvR 810/81, BVerfGE 60, 305, 310; ausführlich *Schmitt Glaeser*, in: Tilch/Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, 2001, S. 3448 f. Siehe auch *Stürner*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1063, 1065.

<sup>102</sup> In einer nicht-repräsentativen Umfrage des Verfassers unter 107 Verbrauchern gehörte es nicht zu den wichtigsten, aber doch zu den mit durchschnittlicher Häufigkeit genannten Prioritäten, den Gegner in einem Rechtsstreit zur Verantwortung zu ziehen und ihn dazu zu bewegen, zuzuhören und Fehler einzugestehen. Zur Bedeutung des Zuhörens in der Konfliktlösung *Bierbrauer/Falke/Koch*, in: Bierbrauer et al. (Hrsg.), Zugang zum Recht, 1978, S. 141, 151 ff.

teilen – *audiatur et altera pars* – und wurde über das Mittelalter bis in die Neuzeit tradiert.<sup>103</sup> Für gerichtliche Verfahren wird das Gehörsrecht heute durch Art. 103 Abs. 1 GG garantiert und durch das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG verstärkt;<sup>104</sup> international gelten mit parallelem Inhalt Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 sowie Art. 41 Abs. 2 lit. a) GRCh.<sup>105</sup> Eine Bestimmung für das Schiedsverfahren findet sich in § 1042 Abs. 1 S. 2 ZPO, generell in außergerichtlichen Verbraucherverfahren gilt Art. 9 Abs. 1 lit. a) der ADR-Richtlinie. Der Gleichlauf dieser Vorschriften lässt einen induktiven Schluss auf einen verfahrensübergreifenden Grundsatz der obligatorischen Gewährung rechtlichen Gehörs zu.

### III. Mündlichkeit

Als weiterer Bewertungsmaßstab für die Verfahrensgestaltung kommt die Mündlichkeit des Verfahrens in Betracht. Der Grundsatz der Mündlichkeit ist für gerichtliche wie für außergerichtliche Verfahren weder international noch national zwingend ausgestaltet. Allerdings statuieren verschiedene Vorschriften jeweils ein Recht der Parteien, ein mündliches Verfahren zu verlangen. Dies folgt für Gerichtsverfahren nicht schon aus Art. 103 Abs. 1 GG, weil rechtliches Gehör gerade auch schriftlich gewährt werden kann;<sup>106</sup> auch eine Verankerung zwingender Mündlichkeit im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip scheidet aus.<sup>107</sup> Indes leitet sich ein Recht auf ein zumindest teilweise mündliches Gerichtsverfahren aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh ab, denn diese Vorschriften sprechen von einer *Verhandlung*, die man nach vorzugswürdiger Auffassung – enger als der unmittelbare Wortsinn – als *mündliche* Verhandlung versteht.<sup>108</sup> Für außergerichtliche Verfahren gewährleistet

<sup>103</sup> *Wacke*, in: FS Waldstein, 1993, S. 369 ff. Vgl. auch die biblische Szene im ersten Buch Mose, Kap. 3, Verse 11 und 13, wo sowohl Adam als auch Eva die Gelegenheit zur Rechtfertigung erhalten.

<sup>104</sup> BVerfG v. 21. März 2006, 2 BvR 1104/05, BVerfGK 7, 438, 442 f.; *Zuck*, NJW 2013, 1132, 1134.

<sup>105</sup> *Wolf*, in: FS Söllner, 2000, S. 1279, 1280.

<sup>106</sup> BVerfG v. 8. Dezember 2011, 1 BvR 2514/11, NJW 2012, 443, 444; BVerfG v. 17. März 2005, 1 BvR 308/05, NJW 2005, 1485, 1486.

<sup>107</sup> Ausführlich *Klein*, Öffentlichkeit und Mündlichkeit, 1995, S. 32 ff.

<sup>108</sup> So etwa *Stürner*, in: FS Kaassis, 2012, S. 991, 1003, im Anschluss an EGMR v. 12. November 2002, 38978/97, *Salomonsson v. Schweden*, Rn. 34, sowie 28394/95, *Döry v. Schweden*, Rn. 37; in den insoweit wortgleichen Entscheidungen hielt der EGMR ein Absehen von einer mündlichen Anhörung nur bei einem Verzicht des Betroffenen oder unter außergewöhnlichen Umständen für zulässig. Freilich gestaltet sich die Rechtsprechung des EGMR mittlerweile zunehmend nachgiebiger und lässt in Einzelfällen auch das Absehen von einer mündlichen Anhörung zugunsten eines schnellen und wenig formellen Verfahrens zu; so etwa in EGMR v. 23. November 2006, 73053/01, *Jussila v. Finnland*, Rn. 41 f.; EGMR v. 14. Juni 2011, 1550/09, *Heather Moor & Edgcomb Ltd. v. Vereinigtes Königreich*.

Art. 9 Abs. 1 lit. a der ADR-Richtlinie die Möglichkeit zu Meinungsäußerung und Stellungnahme. § 1047 Abs. 1 ZPO stellt die mündliche Verhandlung im Rahmen eines Schiedsverfahrens einer Vereinbarung der Parteien, hilfsweise der Entscheidung des Schiedsgerichts anheim; wurde diese aber nicht einvernehmlich ausgeschlossen, so kann jede der Parteien darauf bestehen. Diese insgesamt gleichlaufenden Teilregelungen führen zu dem induktiven Schluss eines verfahrensübergreifenden Grundsatzes der optionalen Mündlichkeit.

Wo es – wie etwa im gerichtlichen Zivilverfahren gemäß § 128 Abs. 1 ZPO – die grundsätzliche Festlegung auf ein mündliches Verfahren gibt, existieren eine Reihe unterschiedlicher Ansätze zur Verzahnung schriftlicher und mündlicher Versatzstücke.<sup>109</sup> Dabei dient die mündliche Verhandlung vor allem der unmittelbaren Berührung der fallentscheidenden Personen mit dem Konfliktstoff.<sup>110</sup> Gerade dort, wo die schriftlichen Verfahrensteile mit hoher Formalität und geringer Laienverständlichkeit einhergehen, lässt sich eine mündliche Verhandlung auch als Garantin einer effektiven, fairen und zügigen Rechtsdurchsetzung verstehen.<sup>111</sup> Bisweilen gilt das mündliche Verfahren sogar als geradezu unersetzlich „für die objektive Chance und das subjektive Gefühl der Parteien“, dass ihnen rechtliches Gehör gewährt wird.<sup>112</sup> Das gilt in besonderer Weise für rechtlich wenig versierte Parteien ohne anwaltliche Vertretung, die der juristischen Schriftsprache nicht mächtig sind.<sup>113</sup> Aber auch unter Rechtsanwälten gilt die mündliche Verhandlung bisweilen als wichtige Gelegenheit, die Verfahrensleitung mit bestimmten Aspekten des eigenen rechtlichen Vortrags unmittelbar zu konfrontieren, um so zu verhindern, dass diese ungewürdigt bleiben.<sup>114</sup> Schließlich kann eine mündliche Verhandlung abhängig vom Einzelfall auch der Verfahrensbeschleunigung dienen.<sup>115</sup>

In rechtssoziologischer Hinsicht lassen sich diese Überlegungen dahingehend generalisieren, dass die Mündlichkeit eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens einer präzisen Aufarbeitung der Konfliktlage dienen und damit die Qualität des Verfahrensresultats verbessern kann. Die Mündlichkeit fungiert darüber hinaus als Kompensator faktischer Barrieren, die sich durch eine Formalisie-

---

<sup>109</sup> Stürner, in: FS Kaissis, 2012, S. 991, 996 ff., beschreibt in einer rechtsvergleichenden Umschau die Konzepte der „Schriftlichkeit mit vertiefter Mündlichkeit“ (Frankreich), der „schriftlich vorbereiteten Mündlichkeit“ (England und womöglich auch Europa), der „strafenden Mündlichkeit (Italien), des mündlichen Haupttermins (Spanien) sowie der „radikalen und modifizierten Mündlichkeit“ (Deutschland).

<sup>110</sup> Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, 2015, § 128 Rn. 3, der zufolge die Öffentlichkeit des Verfahrens allerdings auch im schriftlichen Verfahren gewahrt werden kann.

<sup>111</sup> So Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 55; ähnlich von Selle, in: BeckOK-ZPO, 2015, § 128 Rn. 2. Noch weiter ginge ein Recht auf eine mündliche Verhandlung; dafür Althammer, ZZP (126) 2013, 3, 32 Fn. 215.

<sup>112</sup> Rennert, JZ 2013, 297, 298.

<sup>113</sup> Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 55 f.; Rottleuthner, NJW 1996, 2473, 2475.

<sup>114</sup> Schmitt, VuR 2015, 134, 136.

<sup>115</sup> Kern, JZ 2012, 389, 395 m.w.N.

rung des Rechtsdurchsetzungsverfahrens ergeben. Dieser Befund streitet nicht zwingend für ein mündliches Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung, wohl aber dafür, eine mündliche Verhandlung als möglichen Katalysator für unvermeidbare Formalhürden im Blick zu behalten. Die Mündlichkeit eines Verfahrens erweist sich mithin als eines von mehreren möglichen Mitteln zur Auffindung einer vollständigen Tatsachengrundlage, das zwar durchaus nur Optionscharakter haben kann,<sup>116</sup> insbesondere im Verbraucherkontext aber nicht ausgeschlossen werden sollte. Nachdenken kann man freilich über das Medium, über das eine mündliche Verhandlung gegebenenfalls geführt wird: Sofern beide Parteien mit der Nutzung moderner Kommunikationstechnologie vertraut sind, wird sich eine mündliche Verhandlung häufig auch in der digitalen Sphäre führen lassen.

#### IV. Verständlichkeit

Ein weiterer Gesichtspunkt, dem gerade in Verbraucherverfahren eine besondere Bedeutung zukommt, ist die Verständlichkeit des Verfahrens. Die Verfahrensbeteiligten können dem Prozedere nur in dem Maße folgen, in dem sie sich die Verfahrensabläufe und ihre notwendige Mitwirkung erklären können. Angriffs- und Verteidigungsmittel innerhalb eines Verfahrens, aber auch ein Rechtsdurchsetzungsverfahren als Ganzes werden Verbraucher nur dann überhaupt nutzen, wenn sie vorab die Voraussetzungen und Folgen ihrer Beteiligung einigermaßen verlässlich einschätzen können.<sup>117</sup> Dieses Postulat lässt sich für Gerichtsverfahren dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG entnehmen; für Verbraucherstreitbeilegungsverfahren finden sich entsprechende Rahmenbestimmungen zu Transparenz und Verständlichkeit nunmehr in Art. 7 Abs. 1 sowie Art. 9 Abs. 1 lit. b) und c) ADR-RL.

Die wichtigste Facette der Verständlichkeit im Verfahren ist diejenige der Verfahrenssprache. In transnationalen Streitigkeiten liegt dieser Gesichtspunkt auf der Hand.<sup>118</sup> Auch wenn grenzüberschreitende Verträge häufig in der Sprache des Verbrauchers geschlossen werden,<sup>119</sup> ist es doch nicht selbstverständlich, dass dieser sich in einem Verfahren zur Durchsetzung seiner vertraglichen Rechte auch in seiner eigenen Sprache äußern kann. Kann er dies nicht, wird er insbesondere bei geringwertigen Forderungen von der Nutzung des Verfahrens faktisch ausgeschlossen sein. Freilich hat auch eine einseitige Bevor-

<sup>116</sup> *Tonner*, in: FS Reich, 1997, S. 861, 873.

<sup>117</sup> *Althammer*, ZZP (126) 2013, 3, 10, spricht von einem Recht auf ein vorhersehbares Verfahren.

<sup>118</sup> *Hess*, AnwBl 2011, 321, 323.

<sup>119</sup> Siehe dazu auch Flash Eurobarometer 358, S. 36, wonach 56 % der Befragten nicht bereit waren, in einer Fremdsprache Waren zu erwerben oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen.

zungung der Sprache des beteiligten Verbrauchers nicht nur Vorzüge, denn sie ginge über das Ziel der *Waffengleichheit* hinaus und würde die Gegenseite ihrerseits nennenswert benachteiligen. Eine zumindest kontinental einheitliche Verfahrenssprache dürfte diese Probleme beheben, könnte allerdings erst dann als verbrauchergerecht gelten, wenn sich eine solche Sprache auch einmal im Alltag als Zweitsprache durchgesetzt haben sollte. Bislang erscheinen auch Übersetzungsprogramme noch nicht ausgefeilt genug, um einigermaßen praxisgerecht zu arbeiten.<sup>120</sup> Einstweilen verbleibt es daher bei der Sprache als einer ganz erheblichen Barriere für grenzüberschreitende Verbraucherrechtsdurchsetzung.

Eine weitere Facette der Verständlichkeit betrifft die formale Verfahrenssprache. Wenn Terminologie und Diktion eines Verfahrens für Verbraucher unverständlich sind, beeinträchtigt das dessen Eignung ganz erheblich. Das betrifft sowohl mündliche Verhandlungen als auch den Schriftverkehr.<sup>121</sup> Ein Instrument zur Schließung nicht anders zu beseitigender Verständnislücken kann die Hinzuziehung eines Konfliktberaters wie etwa eines Rechtsanwalts sein, der die formale Verfahrenssprache beherrscht und die diesbezüglichen Defizite seines Mandanten ausgleicht.<sup>122</sup> Vielfach wird deswegen ein Recht auf Zuziehung eines Rechtsanwalts postuliert.<sup>123</sup> Gerade die Mandatierung eines Anwalts ist aber wegen der damit verbundenen Kosten häufig nicht verbrauchergerecht. Dann erlangt ein Verbraucher die zur Rechtsdurchsetzung erforderliche Verfahrenssouveränität nur, wenn er die formale Sprache der Verfahrensleitung verstehen und infolgedessen das Verfahren eigenständig „bedienen“ kann.

## V. Erreichbarkeit

Ein weiteres wichtiges Merkmal der Verfahrensgestaltung betrifft die Frage des räumlichen Zugangs zum Verfahren. Einerseits hat ein Verbraucher, der seine Rechte durchsetzen möchte, ein Interesse an einem einfachen räumlichen Zugang, damit ihn die Distanz nicht faktisch von der Nutzung des Verfahrens abschreckt. Andererseits besteht bei einer Bevorzugung des Anspruchstellers die Gefahr, dass er ungerechtfertigte Ansprüche erhebt in der Annahme, dass sein Gegenüber diese lieber anerkennen als den Aufwand einer Verteidigung auf sich nehmen werde.<sup>124</sup> Die ebenfalls denkbare salomonische Mitte einer Radizierung räumlich zwischen den Parteien führt wiederum zu Nachteilen bei beiden Parteien und erscheint daher kaum probat.

---

<sup>120</sup> Das gilt etwa für das elektronische Fallbearbeitungsinstrument, das die Europäische Union in Umsetzung des Art. 5 Abs. 4 lit. d) ODR-VO ins Werk gesetzt hat.

<sup>121</sup> Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 65 ff., mit einer Reihe von Beispielen.

<sup>122</sup> Vgl. Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 112.

<sup>123</sup> So etwa für außergerichtliche Verfahren der Verbraucherstreitbeilegung in Art. 8 lit. b) ADR-RL.

<sup>124</sup> Vgl. Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, 70 ff.

In einer sich globalisierenden Welt, in der Rechtsbeziehungen immer weiter voneinander entfernte Parteien aneinander binden und einander verpflichten, ist ein angemessener Ausgleich zwischen diesen Erreichbarkeitsinteressen der Parteien allerdings von immer größerer Bedeutung. Gleichzeitig erwächst aus der rasch zunehmenden Digitalisierung von Kommunikationswegen auch eine neue Chance dazu, die Erreichbarkeit eines Verfahrens zwischen weit voneinander entfernten Parteien besser zu gestalten, als dies im klassischen schriftlichen oder mündlichen Verfahren möglich wäre.

Ein Rechtsdurchsetzungsverfahren ist theoretisch vom Beginn bis zum Ende digital durchführbar.<sup>125</sup> Während das schriftliche Verfahren schon heute von den Parteien ortsunabhängig betrieben werden kann und lediglich Zeitverluste mit sich bringt, kann das digitale Verfahren den Beteiligten vor allem die Präsenz in einer mündlichen Verhandlung ersparen. Insbesondere die Teilnahme an einer Videokonferenz ist mit den in fast jedem Privathaushalt verfügbaren technischen Hilfsmitteln ohne Weiteres machbar.<sup>126</sup> Soweit eine end-to-end-Verschlüsselung der Datenübertragung im Einzelfall nicht möglich ist, kann die Verhandlung von einem lokal erreichbaren Konferenzraum aus erfolgen, der eine entsprechend sichere Verbindung gewährleistet. Von dieser Verfahrenserleichterung profitieren beide Parteien, insbesondere aber Verbraucher, die andernfalls infolge der Entfernung zum Verhandlungsort faktisch in erheblichem Umfang von der Durchsetzung ihrer Rechte abgehalten werden.

Die Erreichbarkeit eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens steht freilich in einem Spannungsfeld zum für gerichtliche Verfahren geltenden Unmittelbarkeitsprinzip. Für justizielle Verfahren ist anerkannt, dass der entscheidungserhebliche Sachverhalt dem Gericht möglichst unmittelbar vor Augen stehen soll. In der Zivilprozessordnung kommt dies etwa in den §§ 128, 309 und 355 zum Ausdruck. Indes lassen schon diese Vorschriften erhebliche Ausnahmen zu und zeigen dadurch, dass die Unmittelbarkeit eine Leitlinie, nicht aber eine unabdingbare Verfahrensmaxime darstellt. Es mag letztlich der Verfahrensautonomie der Parteien anheim gegeben werden, welches Prinzip den Vorrang erhält. Jedenfalls sollte es aber in Verfahren, die über elektronische Datennetze geführt werden, immer einen Ausweg zur präsenten Mündlichkeit geben.

---

<sup>125</sup> Ein Verfahren komplett elektronisch zu konzipieren, ist etwa der Impetus der 2014 eingerichteten Arbeitsgruppe „Elektronischer Rechtsverkehr“ an der EBS Law School in Wiesbaden.

<sup>126</sup> Prütting, AnwBl 2013, 330 ff.

## VI. Öffentlichkeit

Eng mit den Grundsätzen der Mündlichkeit, Verständlichkeit und Erreichbarkeit verknüpft ist die Öffentlichkeitsmaxime. Sie verlangt neben der Veröffentlichung der Verfahrensergebnisse<sup>127</sup> vor allem ein öffentlich geführtes Verfahren. Die Öffentlichkeit des Verfahrens wird traditionell durch eine öffentliche mündliche Verhandlung sichergestellt.<sup>128</sup> Für Zivilgerichtsverfahren sichern Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 2 S. 2 wie auch Art. 3 IPBPR eine im Grundsatz öffentliche Verhandlung; sogar ohne einen Ausnahmetatbestand für nicht-öffentliche Verhandlungen kommen Art. 47 Abs. 2 GRCh und Art. 10 AEMR aus.<sup>129</sup> Im staatlichen Zivilprozess stellt § 169 S. 1 GVG die Verhandlung einer Streitigkeit in das Licht der Öffentlichkeit.<sup>130</sup>

Für außergerichtliche Verfahren sucht man nach entsprechenden Normen vergebens. Nach Art. 7 Abs. 2 lit. b) ADR-RL sollen AS-Stellen zwar häufig auftretende Probleme öffentlich benennen und können Empfehlungen zum Umgang mit diesen Problemen aussprechen. Schon aus Erwägungsgrund 29 zur ADR-RL ergibt sich dann aber, dass das *Verfahren* der außergerichtlichen Verbraucherstreitbeilegung gerade vertraulich und damit nicht-öffentlich stattfinden soll. Für außergerichtliche *Mediationen* ist die Vertraulichkeit gemäß § 1 Abs. 1 MediationsG ohnehin konstitutiv.<sup>131</sup> Angesichts so unterschiedlicher normativer Vorgaben für gerichtliche Verfahren einerseits und außergerichtliche Verfahren andererseits stellt sich die Frage nach der Bedeutung der Öffentlichkeit für das Verfahrensziel der Rechtsdurchsetzung in besonderer Weise.

Von einem vertraulichen Verfahren erwartet man sich größere Offenheit und Ehrlichkeit der Parteien<sup>132</sup> sowie einen sensibleren Umgang mit Geschäftsgeheimnissen.<sup>133</sup> Es bringt den unmittelbar konfliktbetroffenen Personen wenig, wenn unbeteiligte Dritte den Verhandlungen beiwohnen oder das Verfahrensergebnis hören; dies kann sogar nachteilhaft sein, etwa wo sie im Laufe des Verfahrens Informationen preisgeben müssen, deren Vertraulichkeit für sie viel wert ist. Die wesentliche Ratio des Öffentlichkeitsgrundsatzes liegt demgegenüber darin, dass die Allgemeinheit Gelegenheit haben soll, von der Bewältigung des Konflikts Notiz zu nehmen und sich über das Verfahrensergebnis zu informieren. Insbesondere im gerichtlichen Verfahren soll sie ein Auge auf die dritte

<sup>127</sup> Dazu unten Kapitel 3 E. III.

<sup>128</sup> Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 55; Bruns, in: Bruns/Münch/Stadler (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, 2014, S. 53, 62; im Kontext des Art. 6 Abs. 1 EMRK Wolf, in: FS Söllner, 2000, S. 1279, 1286 f.

<sup>129</sup> Siehe Schmidt-Jortzig, NJW 1994, 2569, 2571.

<sup>130</sup> Nach der *lex lata* können die Parteien die Öffentlichkeit im Zivilgerichtsverfahren nicht einvernehmlich ausschließen; siehe Arnold, in: FS Simotta, 2012, S. 11, 21 f. m.w.N.

<sup>131</sup> Kritisch zur Regelung in § 1 Abs. 1 MediationsG Risse, SchiedsVZ 2012, 244, 245 f.

<sup>132</sup> Weigel, NJOZ 2015, 41.

<sup>133</sup> Hammacher, NZBau 2014, 607.



Staatsgewalt haben und das Urteil hören, das im Namen des Volkes gesprochen wird.<sup>134</sup>

Insofern ist es im gesellschaftlichen Interesse, wenn ein Rechtsdurchsetzungsverfahren von der Öffentlichkeit kontrollierbar ist.<sup>135</sup> Insbesondere dann, wenn eine Konfliktpartei zweifelhafte Geschäftspraktiken oder sonstige Fehler letztendlich doch eingesteht oder auch Schadensersatzpflichten anerkennt, zwingt sie dies nur dann zu einer Änderung ihres Marktverhaltens, wenn die Präzedenz des aktuell betriebenen Verfahrens durch dessen Öffentlichkeit über den konkreten Fall hinaus erstreckt wird.<sup>136</sup>

Von diesem Ideal sind auch technisch öffentliche Verfahren allerdings in der Praxis weit entfernt. Deswegen sehen zumindest Teile der Wissenschaft den Schwerpunkt des Öffentlichkeitspostulats weniger auf der Öffentlichkeit des Verfahrens selbst<sup>137</sup> und mehr auf einem sichtbaren Verfahrensresultat.<sup>138</sup> Dennoch gilt: Soweit eine Verfahrenskontrolle durch die Öffentlichkeit tatsächlich stattfindet, kann dies sozial nützlich sein. Solange die Ordnung eines Verfahrens freilich auch auf anderem Wege – etwa durch Aufsichts- oder Haftungsmechanismen – gewährleistet ist, erscheint die Öffentlichkeit des Verfahrens jedenfalls rein aus der Warte der Rechtsdurchsetzung nicht zwingend.<sup>139</sup> Speziell für die Allgemeinheit ist demgegenüber die Bedeutung der Veröffentlichung von Verfahrensergebnissen umso größer, denn diese ist für die Erfüllung der sozialen Zwecke der Rechtsdurchsetzung nahezu unverzichtbar.

## VII. Verfahrenskosten

Gerade für geringwertige Verbraucherstreitigkeiten ist die Höhe der mit einem Verfahren verbundenen Kosten ein wichtiger Indikator für dessen faktische Nutzbarkeit. Wer sich eines materiellen Rechts berüht, wird die erwarteten

<sup>134</sup> Doré, 81 Chi.-Kent L. Rev. 2006, 463, 469; die Historie des Öffentlichkeitsgrundsatzes und die heutige Bedeutung der Presse bei der Kontrolle der Rechtsprechung betonen Voßkuhle/Sydow, JZ 2002, 673, 680.

<sup>135</sup> Waltber, JZ 1998, 1145, 1147 f.; Murray, ZZPInt (11) 2006, 295, 304 f.; Arnold, in: FS Simotta, 2012, S. 11, 15 f. Kritisch Köbl, in: FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 235, 244 ff.

<sup>136</sup> Ähnlich Prütting, JZ 1985, 261, 271.

<sup>137</sup> Jaeger, AnwBl 2015, 573, 576, erläutert treffend: „Öffentliche Richtigkeitskontrolle braucht die volle Kenntnis des Streitstoffs“, und „[f]ehlt das Publikum, verkümmert der Streit zur Formalie“.

<sup>138</sup> Köbl, in: FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 235, 244 f. – Die Öffentlichkeit des Verfahrensergebnisses wird hier bezeichnet als Ergebnistransparenz; dazu unten Kapitel 3 D. III.

<sup>139</sup> Freilich kann ein öffentliches Verfahren abseits der Frage nach der Rechtsdurchsetzung zur „Vertrauensbildung in der Rechtsgemeinschaft“ äußerst nützlich sein; so völlig überzeugend Arnold, in: FS Simotta, 2012, S. 11, 27. Entschieden für die Öffentlichkeit des Verfahrens und nicht nur seiner Ergebnisse plädiert auch Stürmer, in: FS Baur, 1981, S. 647, 659 f.

wie auch die maximalen Verfahrenskosten berücksichtigen, wenn er sich entscheidet, ob er sein Recht auf diesem Wege durchsetzen wird. Erscheinen ihm die zu erwartenden oder im ungünstigsten Fall zu befürchtenden Kosten zu hoch, wird er von der Verfolgung seiner Rechte absehen.<sup>140</sup> Die Frage nach den Kosten wird so zur Frage nach dem Zugang zum Recht.<sup>141</sup> Zwar darf die Finanzierung eines Verfahrens nicht zur alles überlagernden Maxime werden, aber die Kosten müssen doch in einem angemessenen Verhältnis zum individuellen Wert der Rechtsdurchsetzung stehen.

Daraus folgt freilich nicht, dass Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher zwingend kostenfrei sein müssen. Kostenfreie Verfahren bergen vielmehr den nennenswerten Fehlanreiz, dass sie zur Nutzung auch in materiell-rechtlich aussichtsarmen oder aussichtslosen Fällen verleiten.<sup>142</sup> Insofern sollten Verfahren zumindest eine gewisse Schutzgebühr kosten – mit der freilich im Erfolgsfall der Anspruchsgegner belastet werden kann und die bei begrenzter finanzieller Leistungsfähigkeit womöglich durch eine Kostenhilfe aufzufangen ist.<sup>143</sup>

Für ein ökonomisch optimales Anreizmodell kann man sogar noch einen Schritt weiter gehen und fordern, dass der Staat Verbraucher weder durch eine sich abflachende Kostenprogression subventionieren noch durch eine Umlage der Kosten auf am Prozess beteiligte Unternehmer einseitig bevorzugen sollte. Zumindest im Grundsatz sollten auch Verbraucher die Kosten ihrer Konfliktlösung selbst tragen.<sup>144</sup> Denn jedenfalls wenn die zurückhaltende Verfahrensnutzung auf einseitiger Risikoaversion des Verbrauchers beruht, lässt sich diese besser auf anderem Wege, nämlich insbesondere durch die Einschaltung von Rechtsschutzversicherungen beheben.<sup>145</sup> Die Risikofurcht des Verbrauchers durch einen Versicherungsmechanismus zu kontern verhindert, dass Verbraucher bestimmte Verfahren vorschnell nutzen und die Nachteile unüberlegten Handelns als externe Effekte auf andere abwälzen. Dabei ist die Gefahr

---

<sup>140</sup> Manche werden freilich selbst vor einem kostenfreien Verfahren noch zurückschrecken, weil sie die damit verbundenen nicht-monetären Aufwendungen scheuen; siehe oben Kapitel 2 A. II. 4.

<sup>141</sup> Adams, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, S. 111, sieht deswegen für das Zivilverfahren eine „unauflösbare Einheit von materiellem Recht und Prozeßkosten“.

<sup>142</sup> Vgl. Engel, *AnwBl* 2013, 478, 482 (Nutzung als „Testverfahren“); Weber, 38 J. *Consum. Policy* 2015, 265, 269, 272 („frivolous action“).

<sup>143</sup> Im gerichtlichen Verfahren gewähren nicht nur §§ 114 ff. ZPO, sondern auch Art. 47 Abs. 3 GRCh ein Recht auf Prozesskostenhilfe.

<sup>144</sup> So auch Steffek/Unberath, *Regulating Dispute Resolution*, 2013, S. 18 f.; von Weizsäcker, in: Adams, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, S. III, nennt dies das „Prinzip der Kostenwahrheit von Prozeßgebühren“, das nur bei mittellosen Parteien durchbrochen werden dürfe, um die Rechte der Gegenseite nicht zu verletzen.

<sup>145</sup> Kotzorek, in: Blankenburg/Klages/Strempel (Hrsg.), *Überlegungen zu einer Strukturanalyse der Zivilgerichtsbarkeit*, 1987, S. 41, plädiert vor dem Hintergrund der Versicherbarkeit von Prozessrisiken für Zurückhaltung bei staatlichen Verfahrenssubventionen.

moralischen Versagens (*moral hazard*)<sup>146</sup> im Sinne einer übermäßigen Konfliktfreude der Versicherten beherrschbar, weil die Versicherer sie durch Vereinbarung eines Selbstbehalts kontrollieren können.<sup>147</sup> Auch eine ineffiziente Überflutung der Rechtsdurchsetzungsinstitutionen<sup>148</sup> lässt sich dadurch im Grundsatz vermeiden.<sup>149</sup>

Diese Betrachtung wird freilich noch dadurch verkompliziert, dass weitere, nicht-monetäre Aspekte in das Kalkül der Anspruchsprätendenten einfließen. Schließlich gibt es eine Fülle von Gesichtspunkten außerhalb begründeter Erfolgsaussichten und Verfahrenskosten, welche die Nutzung eines Verfahrens mehr oder minder wahrscheinlich machen. Gegen die Inanspruchnahme eines Verfahrens wirkt die im zweiten Kapitel bereits erörterte Konfliktscheu von Einmalprozessierern,<sup>150</sup> in entgegen gesetzter Richtung macht sich die häufig anzutreffende Illusion überhöhter Erfolgsaussichten bemerkbar.<sup>151</sup> Gelänge der Nachweis, dass die Konfliktscheu in aller Regel nicht nur den Überoptimismus nivelliert, sondern auch den Anreiz zum Verfahrensmisbrauch überflügelt, so könnte dies tatsächlich die Bedenken gegenüber einem kostenfreien Verfahren ausräumen. In diesem Fall wäre dann allerdings eine Kostenfreistellung von *allen* in Betracht kommenden Verfahren wünschenswert, denn die Kostenfreiheit *einzelner* Konfliktlösungsverfahren führt zu Steuerungseffekten, die sich nachteilig auf die anderen Verfahren und damit auf die freie Verfahrenswahl der Anspruchsprätendenten auswirkt. Wenn man diesen Steuerungsmechanismus dennoch befürwortet, sollte sich dessen Ausrichtung im Zweifel an den Funktionen der Rechtsdurchsetzung<sup>152</sup> orientieren.

<sup>146</sup> Adams, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, S. 114.

<sup>147</sup> Der von Adams, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, S. 125, vorgesehene Selbstbehalt in Höhe von mindestens 50 % der Prozesskosten erscheint angesichts der damals befürchteten Prozessflut verständlich, heute dürfte hingegen ein Selbstbehalt in Höhe zwischen 1 % und 10 % des Streitwerts vollauf genügen.

<sup>148</sup> Illustrativ für die vor vier Jahrzehnten herrschende Sorge vor einer Prozessflut Bender, 40 *RabelsZ* 1976, 718: „Wenn es tatsächlich gelänge, die Zugangsbarriere zur Justiz für die Unterschicht wegzuräumen, dann käme eine solche Arbeitslawine auf die Gerichte zu, dass sie mittels eines Rechtsstabes herkömmlichen Umfangs niemals bewältigt werden könnte.“

<sup>149</sup> Erscheint dann die Gesamtzahl der Verfahren weiterhin zu hoch, ist dies weniger ein Problem der Verfahrenskosten als eines fehlender Bündelungsmechanismen.

<sup>150</sup> Siehe Adams, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, S. 66 ff., sowie oben Kapitel 2 A. II.

<sup>151</sup> Adams, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, S. 26 ff.; Neale/Bazerman, 28 *Acad. Mmt. J.* 1985, 34 f.; Bar-Gill, 22 *J. L. Econ. & Org.* 2006, 490 *Bühning-Uhle/Eidenmüller/Nelle*, *Verhandlungsmanagement*, 2009, S. 41 f.

<sup>152</sup> Dazu siehe oben Kapitel 2 C.

## VIII. Effizienz

Als leitendes Prinzip für die Ausgestaltung von Verfahren der Verbraucherschutzrechtsdurchsetzung kommt schließlich auch die Effizienzmaxime in Betracht. Diese ist gesetzlich nicht als Prinzip der Verfahrensgestaltung ausgestaltet, wird aber für gerichtliche Verfahren bisweilen aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch nach Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG, dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG, dem Gebot eines fairen Verfahrens, der richterlichen Unabhängigkeit und dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet.<sup>153</sup>

### 1. Effizienz als Bewertungsmaßstab

Unter der Effizienz versteht man das optimale Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und dem Zweck einer Maßnahme.<sup>154</sup> Optimal ist dieses Verhältnis, wenn man sich keinem der Ziele einer Maßnahme noch weiter nähern kann, ohne dass dies zusätzliche Kosten verursacht oder man sich dadurch von einem anderen Ziel wieder weiter entfernt.<sup>155</sup> Mit anderen Worten: Ein Zustand ist dann effizient, wenn die gesetzten Ziele nicht mit demselben oder einem geringeren Aufwand besser erreicht werden können. Dieser Optimalzustand lässt sich in der Theorie errechnen, in der Praxis aber eher nur andeuten. Dennoch ist es möglich, zumindest Effizienztendenzen zu formulieren – also Gesichtspunkte, die dafür sprechen, dass eine bestimmte Verfahrensausgestaltung im Verhältnis zu ihrem Nutzen unnötige oder unverhältnismäßige Kosten mit sich bringt oder aber trotz geringen Aufwands besonders wirkungsvoll ist.

Das Effizienzprinzip ist dabei nicht selbst Verfahrenszweck, sondern ihm kommt allenfalls eine den Verfahrenszwecken klar nachgelagerte Rolle bei der Evaluation von Rechtsdurchsetzungsverfahren zu.<sup>156</sup> Nur mit diesem Verständ-

<sup>153</sup> So die normative Begründung von *Pflughaupt*, *Prozessökonomie*, 2011, S. 185 ff. Mit guten Gründen kritisch *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015 S. 443 ff. und dem folgend *Bruns*, *ZZP* (124) 2011, 29, 33 f.

<sup>154</sup> Ähnlich *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015, S. 55 f.; *Pflughaupt*, *Prozessökonomie*, 2011, S. 32. Siehe auch *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, S. 96, 99 ff., und ihr folgend *Fleischer/Zimmer*, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), *Effizienz als Regulierungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 9, 12 ff. Anders als das Effizienzziel beschreibt das Kriterium der *Effektivität* allein das Maß der Zielerreichung und lässt den dazu eingesetzten Aufwand außer Betracht; vgl. die klassische Unterscheidung zwischen *doing the right things* (Effektivität) und *doing things right* (Effizienz) bei *Drucker*, 41 *Harv. Bus. Rev.* 1963, 53, 54.

<sup>155</sup> Sog. Pareto-Effizienz. Sieht man eine Allokation erst dann als effizient an, wenn entstehende Einbußen einzelner Beteiligten nicht mehr durch Gewinne Anderer kompensiert werden können, so spricht man von Kaldor-Hicks-Effizienz. Vgl. statt vieler *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015, S. 48 ff., 51 ff.; *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 31 ff.

<sup>156</sup> So schon *Schmidt*, *Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie*, 1973, S. 7 ff.; neuerdings *Roth*, *JZ* 2014, 801, 803, und *Stürner*, in: *Liber Amicorum Wolfram Henckel*, 2015,

nis lässt sich vermeiden, dass der Verfahrenszweck der Rechtsdurchsetzung Schaden nimmt.<sup>157</sup> Der Rekurs auf die Effizienzmaxime soll nämlich nicht helfen, Verfahrensgerechtigkeit auf dem Altar der Kostensenkung zu opfern,<sup>158</sup> sondern er soll ausschließlich ein Verständnis dafür entwickeln, wie teuer bestimmte Vorteile erkaufte werden und wie günstig sich andere erreichen lassen. Um den Effizienzgedanken dafür fruchtbar zu machen, sind Kosten- und Nutzentreiber von Rechtsdurchsetzungsverfahren möglichst präzise zu bestimmen.

## 2. Nutzen eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens

Der ökonomische Nutzen eines Konfliktlösungsverfahrens ergibt sich unmittelbar aus seiner Zwecksetzung. Dem Nutzen eines Verfahrens, das die Durchsetzung materieller Verbraucherrechte bezweckt, ist deswegen umso mehr gedient, je umfänglicher die individuellen und sozialen Funktionen der Rechtsdurchsetzung bedient werden. Dazu gehören insbesondere auch die Etablierung von Rechtssicherheit durch Rechtsfortbildung, die Schaffung von Präzedenzen und die Steigerung des gesellschaftlichen Normvertrauens.<sup>159</sup> Die Lösung des zwischen den Parteien aufgetretenen Konflikts, mithin die Befriedung der Streitbeteiligten ist demgegenüber nur Folge, aber nicht Zweck der Rechtsdurchsetzung.<sup>160</sup>

Im ökonomischen Sinne stellt die Erfüllung der sozialen Funktionen der Rechtsdurchsetzung einen positiven externen Effekt dar, der als Nutzen in eine umfassende Effizienzbetrachtung einfließen muss.<sup>161</sup> Mit anderen Worten: Soweit die am Verfahren beteiligten Parteien neben der Rechtsdurchsetzung noch andere Ziele verfolgen, kann ein Abrücken von der vollen Rechtsdurchsetzung für sie individuell nützlich sein. Aus der gesellschaftlichen Makroperspektive heraus bleibt der Nutzen des Verfahrens aber untrennbar mit dem Maß der Rechtsdurchsetzung verbunden.

Entspricht das Ergebnis eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens nicht der materiellen Rechtslage, sind der Verfahrenszweck nicht verwirklicht und der

---

S. 359, 372. *Bruns*, ZZZ (124) 2011, 29, 31 f., plädiert aufgrund der Nachordnung des ökonomischen Zwecks hinter denjenigen der Rechtsdurchsetzung für die Verwendung des Begriffs *Prozessökonomie*; ähnlich auch *Stürner*, in: FS Coester-Waltjen, 2015, S. 855, 856 f. Das erscheint nachvollziehbar, gleichwohl nicht zwingend, weil die Begriffe *Ökonomie* und *Effizienz* weitgehend synonym verwendet werden. Vgl. auch *Hofmann*, ZZZ (126) 2013, 83, 92 f.

<sup>157</sup> *Koch*, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 119, 121 ff.

<sup>158</sup> Ähnlich *Althammer*, ZZZ (126) 2013, 3, 17 f. m.w.N.

<sup>159</sup> *Kotzorek*, Private Gerichte als Alternative zur staatlichen Zivilgerichtsbarkeit, 1987, S. 18, und ihm folgend *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 94; ferner *Wagner*, ZEuP (16) 2008, 6, 31.

<sup>160</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 96 f. nennt dies eine „rechtsakessorische Aufgabe“.

<sup>161</sup> *Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 77 ff.; *Pflughaupt*, Prozessökonomie, 2011, S. 282 ff.

Verfahrensnutzen beeinträchtigt. Abgesehen von der inhaltlichen Ausrichtung des Verfahrens kann dessen Nutzen auch unter Kompromissen bei der Verfahrensausgestaltung leiden. Das gilt etwa, wenn man Abstriche bei der Unabhängigkeit der Verfahrensleiter macht,<sup>162</sup> aber auch ganz generell bei der Kürzung von Formalitäten, die der Rechtstreue des Verfahrensergebnisses dienen. Natürlich nützt es wenig, ein Verfahren unter dem Vorwand der Rechtsorientierung bis zur Praxisuntauglichkeit formal zu überfrachten. Gleichzeitig ist aber gerade in Verbrauchersachen wegen der Ungleichheit der Parteien Vorsicht geboten, ein Verfahren „minderer Qualität“ zu schaffen und sich damit einer „prozessualen Klassengesellschaft“ zu nähern.<sup>163</sup>

### 3. Kosten eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens

Erlaubt die Zwecksetzung eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens nach dem Vorgesagten keine Kompromisse bei Wahrheit und Recht, so konzentriert sich die Effizienzbetrachtung unweigerlich auf die Vermeidung unnötiger Kosten.<sup>164</sup> Zu den Kosten eines Verfahrens im ökonomischen Sinn zählen neben den monetären Verfahrenskosten<sup>165</sup> jegliche Nachteile, die bei den Streitbeteiligten und im weiteren Sinne auch bei neutralen Dritten oder bei gänzlich Unbeteiligten entstehen.<sup>166</sup> Deren genaue Berechnung erscheint kaum möglich:<sup>167</sup> Neben den direkt mit einem Vorgang assoziierten gibt es stets auch noch indirekt darauf zurückzuführende Nachteile, die eine Berechnung erheblich verkomplizieren.<sup>168</sup> Auf einige typische Kostenaspekte sei aber im Folgenden hingewiesen.

Neben den vergleichsweise einfach quantifizierbaren Kosten der verfahrensleitenden Institution und der mit dem Fall befassten Berater<sup>169</sup> verlangt die Führung des Verfahrens auch den Parteien, namentlich konfliktbeteiligten Verbrauchern, einen erheblichen tatsächlichen Aufwand ab. Gerade wegen ihrer mangelnden Konfliktroutine fordert ein Rechtsdurchsetzungsverfahren Verbrauchern regelmäßig hohe zeitliche und emotionale Investitionen ab, die insbesondere daraus resultieren, dass sich die Betroffenen erstmals mit den Voraus-

<sup>162</sup> *Papier*, NJW 2001, 1089, 1094.

<sup>163</sup> *Stürner*, ZZP (127) 2014, 271, 313.

<sup>164</sup> Ähnlich *Bruns*, ZZP (124) 2011, 29, 32 f.; *Stürner*, ZZP (127) 2014, 271, 311.

<sup>165</sup> Dazu bereits oben Kapitel 3 C. VII.

<sup>166</sup> *Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 86 f.

<sup>167</sup> *Wolff*, in: Blankenburg/Klages/Stempel (Hrsg.), Überlegungen zu einer Strukturanalyse der Zivilgerichtsbarkeit, 1987, S. 29 ff.; *Pflughaupt*, Prozessökonomie, 2011, S. 41 f. m.w.N.

<sup>168</sup> Siehe etwa *Calabresi*, The Costs of Accidents, 1970, S. 26 ff., der für das Deliktsrecht drei Kostenarten unterscheidet: Unmittelbare Schäden infolge rechtswidrigen Verhaltens als primäre Kosten, die durch rechtswidriges Verhalten verursachte Allgemeingefahr als sekundäre Kosten sowie die Aufwendungen für Legislative und Judikative als tertiäre Kosten.

<sup>169</sup> Genauer müsste man vom Zeitwert ihrer Arbeit sprechen, der durchaus von den gesetzlichen Gebühren nach RVG und GKG abweichen kann.

setzungen und dem Ablauf eines solchen Verfahrens vertraut machen müssen.<sup>170</sup> Speziell die emotionale Belastung wird dabei umso größer, je länger das Verfahren dauert; deswegen stellt auch die Dauer des Verfahrens einen Kostentreiber dar.<sup>171</sup> Davon zeugt für gerichtliche Verfahren nicht zuletzt die Beschleunigungsmaxime wie auch das zuerst vom EGMR formulierte Recht auf eine Entscheidung innerhalb angemessener Zeit.<sup>172</sup>

Teilweise sind die durch ein Rechtsdurchsetzungsverfahren erzeugten Kosten nicht von den Beteiligten selbst zu tragen; es handelt sich dann um negative externe Effekte. Dazu zählen beispielsweise die in gesetzlichen Gebührentatbeständen für niedrige Streitwerte enthaltenen staatlichen Subventionen. Finden Rechtsdurchsetzungsverfahren unter nicht-staatlicher Leitung statt, so kommen häufig weitere Kosten für deren Überwachung durch staatliche Behörden hinzu.<sup>173</sup> Auch diese sind bei einer globalen Effizienzbetrachtung zu berücksichtigen.

#### 4. Abwägung von Kosten und Nutzen

Wägt man die identifizierten Nutzenaspekte und Kostentreiber gegeneinander ab, so ergeben sich daraus einige vorsichtige Postulate hinsichtlich der Ausgestaltung von Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung. Vor dem Hintergrund des erheblichen Aufwands, der für Verbraucher mit der Führung eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens verbunden ist, liegt es nahe, über eine Vereinfachung der Handhabung dieser Verfahren nachzudenken.<sup>174</sup>

Anders als im Vereinigten Königreich, wo die Erzielung eines rechtstreuen Ergebnisses unter dem Vorbehalt verhältnismäßiger Kosten steht,<sup>175</sup> sollte man allerdings differenzieren zwischen solchen Formalien, die ausschließlich unnötigen Aufwand verursachen, und solchen, die tatsächlich dem Schutz der Verfahrensbeteiligten und damit auch oder sogar insbesondere der betroffenen Verbraucher dienen. So mag man etwa auf die Schriftform der Verfahrenseinleitung, auf Zustellungsformalien und auf ein ausdifferenziertes Beweisrecht nicht unbedingt, aber doch eher verzichten als auf Stellungnahmefristen oder auf die

<sup>170</sup> Ähnlich *Kotzorek*, in: Blankenburg/Klages/Strempele (Hrsg.), *Überlegungen zu einer Strukturanalyse der Zivilgerichtsbarkeit*, 1987, S. 41, 43.

<sup>171</sup> Ähnlich *Kocher*, *Funktionen der Rechtsprechung*, 2007, S. 93 m.w.N., wonach Verfahrensdauer und Verfahrenskosten die wesentlichen Effizienztreiber darstellen.

<sup>172</sup> Dieses Recht leitet sich aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und aus Art. 47 Abs. 2 GRCh ab, vgl. etwa EGMR v. 8. Juni 2006, 75529/01, NJW 2006, 2389, *Sürmeli v. Deutschland*. In Deutschland ist dieses Recht Ausfluss des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG, vgl. *Zuck*, NJW 2013, 1132, 1133. Eine Entschädigung bei Verletzung dieses Rechts sieht inzwischen § 198 GVG vor.

<sup>173</sup> Effizienz wird auch postuliert von *Steffek/Unberath*, *Regulating Dispute Resolution*, 2013, S. 17.

<sup>174</sup> *von Hippel*, *Verbraucherschutz*, 1986, S. 58, 161 ff.

<sup>175</sup> *Stürner*, ZfP (127) 2014, 271, 311 ff.

Möglichkeit, den Sachverhalt in einem interaktiven Gespräch mit einem neutralen Dritten schildern zu können. Ein wenig formales Verfahren kann Verbrauchern entgegen kommen, ist aber nicht zwingend im Verbraucherinteresse.

Eine besondere Problematik ergibt sich bei der Herausforderung eines effizienten Umgangs mit Bagatellstreitigkeiten, also Streitigkeiten im Wertbereich ein- oder zweistelliger Euro-Beträge.<sup>176</sup> Auch wenn fehlende Rechtsdurchsetzungsmechanismen für diese Streitwerte gerade bei Geldansprüchen keinen Forderungspräferenzen in wirtschaftliche Not bringen, so besteht doch bisweilen ein erhebliches individuelles Bedürfnis, auch hier das Recht durchzusetzen. Denjenigen Rechtssubjekten, die solche Bagatellansprüche verfolgen, geht es oft vordergründig „ums Prinzip“, dahinter steht allerdings ebenso häufig ein valides Rechtsdurchsetzungsinteresse der Allgemeinheit, das von einem individuell Betroffenen durchgesetzt zu wissen die Allgemeinheit sich eigentlich glücklich schätzen könnte.<sup>177</sup> Das gilt insbesondere bei Streuschäden, die beim einzelnen Verbraucher vernachlässigbar gering sind, deren Aggregation aber regelmäßig einen erheblichen Gesamtschaden zu Tage fördert.

Aufgrund dieser Eigenheit zumindest vieler Bagatellstreitigkeiten lässt sich ein Missverhältnis zwischen Kosten und Nutzen, mithin ein Befund von Ineffizienz nicht pauschal oder auch nur typischerweise für Bagatellkonflikte konstatieren. Denn auch von sporadischer individueller Rechtsdurchsetzung kann im Grundsatz – jedenfalls bei Verfahren, deren Kosten der Verlierer zahlt – ein nennenswerter Anreiz zu künftig rechtstreuem Verhalten des Unternehmers ausgehen, weil die vom unterlegenen Unternehmer zu tragenden Kosten den Streitwert so vielfach übersteigen, dass sich bereits ein vergleichsweise geringes Maß an Rechtsdurchsetzung zum Nutzen der Allgemeinheit in der Kalkulation des Unternehmers bemerkbar macht und sein Handeln beeinflusst. Ein weiterer Nutzen eines Bagatellrechtsdurchsetzungsverfahrens kann in der Fortbildung des materiellen Rechts liegen. Dennoch erscheint eine Entformalisierung von Bagatellverfahren natürlich nicht undenkbar, sie bedarf aber einer sorgfältigen Prüfung am Maßstab der Verfahrensziele.<sup>178</sup> Die Herausforderung besteht daher weniger darin, das Aufkommen und die Austragung dieser Streitigkeiten generell zu vermeiden, sondern vielmehr darin, den Fiskus nicht durch eine Multiplikation gleichgelagerter und hoch subventionierter Verfahren zu belasten.

---

<sup>176</sup> Auch *Stürmer*, ZZZ (127) 2014, 271, 313, sieht gewisse Unterschiede, wenn es um „wirkliche Kleinbeträge“ geht.

<sup>177</sup> Es überzeugt deswegen nicht, wenn das Statistische Bundesamt den Anteil der Bagatellstreitigkeiten an den erledigten Verfahren als Kontraindikator und den Medianstreitwert als Indikator für Justizeffizienz betrachten; *Statistisches Bundesamt*, Justiz auf einen Blick, 2015, S. 44 ff.. Vgl. auch bereits die Perspektive von *von Jhering* oben Kap. 1 Fn. 4.

<sup>178</sup> Etwas sorgloser *Hofmann*, ZZZ (126) 2013, 83, 88, mit Blick auf § 495a ZPO: „Fehlentscheidungen in Bagatellverfahren sind gesamtwirtschaftlich verschmerzbar.“



## D. Transparenz

Neben den Bewertungsmaßstäben mit Blick auf das Verfahrensergebnis, die Verfahrensleitung und die Verfahrensgestaltung sind an ein Verfahren zur Verbraucherrechtsdurchsetzung schließlich auch noch grundlegende Transparenzanforderungen zu stellen. Damit ist nicht die Öffentlichkeit des Verfahrens gemeint,<sup>179</sup> sondern die Bereitstellung einer zutreffenden Entscheidungsgrundlage für die Verfahrenswahl von Anspruchsprätendenten. Die Parteien eines Rechtsstreits generell, aber insbesondere die als mündig erachteten<sup>180</sup> Verbraucher müssen bei der Wahl eines Verfahrens wissen, worauf sie sich einlassen.<sup>181</sup> Dieses Postulat knüpft normativ vor allem an der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG an, denn frei handeln kann nur, wer frei und ohne Irreführung entscheiden kann. Freilich gilt Art. 2 Abs. 1 GG nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürgern, er konkretisiert sich aber im Zivilrecht im auch für Verfahrensverträge geltenden Schutz der Willensfreiheit nach §§ 123, 311 Abs. 3, 313 BGB. Auch wenn die ADR-Richtlinie in Art. 7 nur fragmentarische und im Ergebnis unzureichende Transparenzanforderungen enthält, so lässt sich doch aus den vorgenannten Normen des Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuches ein allgemeines Prinzip destillieren, dass die Parteien eines Rechtsstreits nicht unter falschen Vorzeichen zur aktiven Nutzung eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens gelockt werden dürfen. Dieses Transparenzpostulat lässt sich sodann dreifach ausformen, nämlich mit Blick auf das Verfahrensziel, die Funktion des Verfahrensleiters und die Ergebnisse bisheriger Verfahren vor der jeweiligen Institution.

### I. Zieltransparenz

Zieltransparenz bedeutet Aufklärung der Verfahrensbeteiligten, welche Ziele das konkret erwogene Verfahren verfolgt und inwieweit sie von diesem Verfahren die Durchsetzung ihrer materiellen Verbraucherrechte erwarten können. Denn ohne Kenntnis des Ergebnismaßstabs ist eine echte Verfahrenswahl nicht denkbar.

Dieser Aspekt hat für den Zugang von Verbrauchern zum Recht eine kaum zu überschätzende Bedeutung. Denn bei Intransparenz hinsichtlich der Verfahrensziele strengen Verbraucher womöglich ein Verfahren mit dem subjektiven Ziel der Rechtsdurchsetzung an, obwohl dieses objektiv nicht oder nur unterge-

<sup>179</sup> Siehe dazu oben Kapitel 3 C. VI.

<sup>180</sup> Zu den Grenzen der Bemündigung von Verbrauchern *Engel/Stark*, ZEuP (23) 2015, 32, 38 ff.; vgl. auch *Vogenaue*, EuVR 2014, 59 f.

<sup>181</sup> *Engel*, NJW 2015, 1633, 1637.

ordnet auf die Durchsetzung des materiellen Rechts ausgerichtet ist. In diesem Fall verpasst ein Verbraucher möglicherweise nicht nur die Rechtsdurchsetzung im konkreten Verfahren, sondern es ist nicht unwahrscheinlich, dass er auch bei einem rechtsfernen<sup>182</sup> Verfahrensergebnis auf eine anderweitige Geltendmachung seiner Rechte verzichtet – sei es, weil ihm dafür die Ressourcen fehlen, sei es, weil er nunmehr glaubt, auch in einem echten Rechtsdurchsetzungsverfahren kein besseres Resultat erzielen zu können.<sup>183</sup>

Falls Anwälte an der Verfahrenswahl beteiligt sind, so sind diese entgegen einer weit verbreiteten Praxis<sup>184</sup> aus dem Mandatsvertrag heraus verpflichtet, ihren Mandanten über unterschiedliche in Betracht kommende Konfliktlösungsverfahren zu beraten, um die Dichotomie einer Wahl für oder gegen ein Gerichtsverfahren zugunsten einer echten Verfahrensauswahl aufzulösen. Speziell im Verbraucherkontext sind die Schlagworte von Verbraucherinteressen, Verbraucherzufriedenheit und Billigkeit so aufzulösen, dass dem betroffenen Verbraucher klar wird, ob er sich auf ein vollständig oder bedingt auf Rechtsdurchsetzung ausgerichtetes Verfahren oder auf ein kurz- oder langfristig angelegtes Befriedungsverfahren einlässt. Freilich ändert diese bei Befassung eines Anwalts bestehende Mandatspflicht nichts daran, dass auch das Verfahren bzw. die verfahrensleitende Institution selbst in der Pflicht ist, über die Verfahrensziele unbedingte Transparenz herzustellen.

## II. Funktionstransparenz

Eng mit der Zieltransparenz verwoben ist der Aspekt der Funktionstransparenz. Hiernach muss die verfahrensleitende Institution potenzielle Verfahrensnutzer darüber informieren, ob sie richtet, schlichtet, moderiert oder sonst eine Rolle bei der Konfliktlösung einnimmt.<sup>185</sup> Auch muss ein Anspruchsinhaber, der die Wahl eines konkreten Verfahrens erwägt, wissen, wie qualifiziert, unabhängig und neutral der Verfahrensleiter ist, welche rechtliche Autorität er hat und inwieweit er für eine rechtstreue Bewertung des Streitgegenstands haftet, denn nur so kann der Betroffene die Einflussnahme des Verfahrensleiters auf das Verfahrensergebnis richtig einschätzen.

Das Kriterium der Funktionstransparenz ist zwar insbesondere bei hybriden Konfliktlösungsverfahren<sup>186</sup> nicht einfach zu erfüllen. Gerade im Ver-

---

<sup>182</sup> Diesen Begriff verwendet *Hirtz*, NJW 2012, 1686, 1687.

<sup>183</sup> *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704, 1707.

<sup>184</sup> *Bercher/Engel*, JZ 2010, 226, 227, im Kontext der gerichtsnahen Mediation: „Eine echte Verfahrenswahl findet nicht statt.“

<sup>185</sup> Überzeugend *Gläßer*, in: *Stürner/Gascón Inchausti/Caponi* (Hrsg.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, 2015, S. 115, 121 f.

<sup>186</sup> Dazu *Engel*, in: *Eidenmüller/Wagner*, *Mediationsrecht*, 2015, Kap. 11 Rn. 31 ff.

braucherkontext sind allerdings hybride Verfahren selten anzutreffen, so dass eine verständliche Darstellung der Funktion des Verfahrensleiters in der Praxis durchaus realistisch ist. Es versteht sich dabei eigentlich von selbst, ist aber gleichwohl in der Verfahrenspraxis alles andere als selbstverständlich, dass sich bei der Funktionsbeschreibung begriffliche oder bildliche Anleihen an grundlegend anders funktionierende Konfliktlösungsmechanismen verbieten.

### III. Ergebnistransparenz

Die dritte Facette der Transparenz von Rechtsdurchsetzungsverfahren betrifft die öffentliche Darstellung des Verfahrensergebnisses. Auch diese lässt sich mit dem oben<sup>187</sup> hergeleiteten allgemeinen Transparenzgebot begründen. Sie wird indes noch zusätzlich verstärkt, für das gerichtliche Verfahren durch den Öffentlichkeitsgrundsatz der §§ 169 S. 1, 173 Abs. 1 GVG, Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 2 S. 2 und 3 IPBPR, Art. 47 Abs. 2 GRCh und Art. 10 AEMR, für außergerichtliche Verfahren in – freilich eingeschränktem – Umfang durch Art. 7 Abs. 2 lit. b) ADR-RL.<sup>188</sup>

Die Bedeutung der Öffentlichkeit für die Rechtsdurchsetzung bezieht sich dabei insbesondere auf deren *soziale* Funktion: Für die Allgemeinheit ist es sehr wichtig, wenn das materielle Recht durch Rechtsdurchsetzungsmechanismen zur Anwendung kommt, weil dies Rechtsadressaten in rechtskonformem Verhalten bestätigt und Verhaltensanreize gegen bewussten Rechtsbruch setzt.<sup>189</sup> Wo Gesetze präventive Zwecke verfolgen, muss das Ergebnis ihrer Anwendung denklogisch öffentlich sein.<sup>190</sup> Öffentlichkeit ist dabei kein Pranger,<sup>191</sup> sondern sie statuiert zugunsten der Allgemeinheit Exempel für die Folgen rechtswidrigen Verhaltens.<sup>192</sup>

Der Nutzen von Ergebnistransparenz ist dabei umso höher, je breiter und vollständiger sich die Publizitätspraxis gestaltet. Vorzugswürdig erscheint daher nicht eine selektive Veröffentlichung nach dem Gusto der verfahrenslitenden Institution, sondern eine umfassende Verlautbarung möglichst aller ergehenden Verfahrensergebnisse. Dabei sollte die Veröffentlichung insbesondere nicht davon abhängen, dass sie von interessierter Parteiseite betrieben wird,

<sup>187</sup> Siehe die einleitenden Ausführungen zu Kapitel 3 D.

<sup>188</sup> Zur Öffentlichkeit des Verfahrens selbst siehe bereits oben Kapitel 3 C. VI.

<sup>189</sup> Das gilt nach *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265, 273 f., insbesondere dort, wo durch ein Abwandern ganzer Rechtsgebiete die Orientierungsfunktion der Rechtsprechung gefährdet ist.

<sup>190</sup> *Hassemer*, ZRP 2013, 149, 150, am Beispiel der Strafgesetze.

<sup>191</sup> Detailliert *Hassemer*, ZRP 2013, 149, 150 f.

<sup>192</sup> Dabei ist gerade in zivilrechtlichen Verfahren die Gefahr eines Prangers sehr gering, denn das Interesse der Öffentlichkeit beschränkt sich hier – anders als etwa in Kriminalfällen – in aller Regel auf die zugrundeliegenden *Rechtsfragen*; siehe *Köbl*, in: FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 235, 243.

weil dies die wahrgenommene Rechtsdurchsetzungspraxis im Zweifel zu Lasten von Rechtssubjekten aus sozial schwächeren Bevölkerungsschichten und damit letztlich auch zu Lasten von Verbrauchern verschiebt.<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> *Kramer*, ZRP 1976, 84 ff. Siehe auch die bereits in Kapitel 2 A. I. 3. erwähnte strukturierte Darstellung von *Bender*, 40 RabelsZ 1976, 718, 726.

## Kapitel 4

# Justizielle Verbraucherrechtsdurchsetzung

Verbraucherrechte werden nicht nur, aber traditionell vor allem gerichtlich durchgesetzt. Deswegen empfiehlt es sich, die im vorigen Kapitel erarbeiteten Bewertungsmaßstäbe zunächst auf Mechanismen des justiziellen Rechtsschutzes anzuwenden. Vor den staatlichen Gerichten können Verbraucherrechte entweder über individuell betriebene Verfahren oder mit Maßnahmen des kollektiven Rechtsschutzes durchgesetzt werden.

### A. Individualrechtsschutz

Rechtsdurchsetzungsverfahren, die vom individuell Betroffenen betrieben werden, finden in der Regel im Regelungsbereich der Zivilprozessordnung statt. Daneben gibt es insbesondere für grenzüberschreitende Streitigkeiten inzwischen auch Verfahrenstypen, die zwar vor deutschen Gerichten stattfinden, aber vorrangig durch europäisches Recht reguliert sind.

#### *I. Verfahren nach deutschem Recht*

Die deutschem Zivilprozessrecht folgenden erstinstanzlichen Erkenntnisverfahren umfassen gegenwärtig insbesondere das Verfahren nach den ersten zwei Büchern der ZPO und das Mahnverfahren nach dem siebten Buch der ZPO. Diesen Verfahren liegt nach der *lex lata* ein einheitliches Prozessrecht zugrunde, dessen sich Rechtsprätendenten unabhängig von ihrer persönlichen Disposition und damit auch unabhängig von einer Verbraucherrolle bedienen müssen. *De lege ferenda* wird darüber hinaus ein summarisches Schnellverfahren für Verbraucherstreitigkeiten erwogen, das bislang aber noch nicht zur Gesetzesreife gediehen ist.

#### 1. Klageverfahren vor den Amtsgerichten

Wie bereits Kapitel 2 gezeigt hat,<sup>1</sup> liegen Verbraucherstreitigkeiten typischerweise geringwertige Forderungen zugrunde. Das heutige Verfahrensrecht

---

<sup>1</sup> Siehe oben Kapitel 2 B. II. 1.

knüpft an verschiedenen Stellen an die Geringwertigkeit von Streitigkeiten an und führt dann zur Anwendung besonderer Normen für diese Konflikte. Dies betrifft zunächst die Zuständigkeit spezieller Gerichte für geringwertige Streitigkeiten (engl. *small claims courts*). So weist § 23 Nr. 1 GVG vorbehaltlich der unter Nr. 2 genannten, unabhängig vom Streitwert zu behandelnden Sonderfälle alle Streitigkeiten im Wert von bis zu 5.000 € den Amtsgerichten zu.<sup>2</sup> Demzufolge ist für die gerichtliche Durchsetzung von Verbraucherforderungen in aller Regel das Amtsgericht zuständig. Das bedeutet zwar nicht im Gegensatz, dass vor Amtsgerichten überwiegend Verbraucher als Anspruchsteller auftraten. Wohl aber muss ein Gesetzgeber, dem die Verfahrensbelange der Verbraucher wichtig sind, vornehmlich bei der Gestaltung der Verfahren für geringwertige Forderungen und in Deutschland speziell beim Amtsgerichtsprozess ansetzen. Dabei geht es nicht um Sonderrechte für Verbraucher, sondern um ein *auch* für Verbraucher faktisch nutzbares Verfahren.<sup>3</sup>

#### a) Verfahrensergebnis

Die erste Gruppe der in Kapitel 3 erarbeiteten Bewertungsmaßstäben betrifft das Verfahrensergebnis. Inwieweit genügen Maßstab, Form und Vollstreckbarkeit der vor Amtsgerichten erzielten Verfahrensergebnisse den Anforderungen an ein optimales Rechtsdurchsetzungsverfahren?

#### aa) Ergebnismaßstab

Der für den Zivilprozess vorgesehene Ergebnismaßstab ergibt sich unmittelbar aus dem Zweck des Zivilprozesses.

#### (1) Rechtsdurchsetzung im Rahmen der Parteinteressen

Worin der Zweck des Zivilprozesses besteht, ist spätestens seit Inkrafttreten der Civilprozeßordnung 1877 Gegenstand einer intensiven rechtswissenschaftlichen Diskussion, die wiederzugeben den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.<sup>4</sup> Zwei wesentliche Zweckkomponenten dominieren dabei das Meinungsbild: Einerseits soll dem individuellen Rechtssubjekt im konkreten Fall

---

<sup>2</sup> Ähnliche Normen finden sich auch im europäischen Ausland; dabei reichen die Streitwertgrenzen von 900 € in Spanien über 2.000 € in Irland, 3.000 £ (≈ 3.700 €) in Nordirland und Schottland bis hin zu 50.000 Kronen (≈ 6.700 €) in Dänemark und 10.000 £ (≈ 12,200 €) in England und Wales. In den USA bewegen sich die Streitwertgrenzen der *small claims courts* in ähnlicher Höhe; in Kalifornien sind es beispielsweise 5.000 US\$, in Illinois 10.000 US\$.

<sup>3</sup> So auch *von Hippel*, Verbraucherschutz, 1986, S. 162; siehe auch bereits oben Kap. 1 Fn. 6.

<sup>4</sup> Siehe nur *Gaul*, AcP (68) 1968, 27, 42 f. m.w.N., und neuerdings *Münch*, in: *Bruns/Münch/Stadler* (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, 2014, S. 5 ff. m.w.N.

Rechtsschutz gewährt werden.<sup>5</sup> Andererseits soll die Rechtsordnung als solche im Interesse der Allgemeinheit durchgesetzt werden.<sup>6</sup> Die gerichtliche Rechtsdurchsetzung hat danach ein individuell vorteilhaftes, aber auch ein sozial nützlich-Gesicht.<sup>7</sup> Der Individualprozess bewirkt unter beiderlei Perspektive die Durchsetzung des materiellen Rechts. Freilich erkennen die meisten Stimmen in der Bewährung und Durchsetzung objektiven Rechts nur eine *Folge* des individuellen Rechtsschutzes, nicht aber einen gleichberechtigten Prozesszweck.<sup>8</sup>

Dafür spricht, dass die Rechtsdurchsetzung im Prozess unter einem klaren Vorbehalt steht: Sie wird nur solange betrieben, wie die Parteien als Verfahrensführer dies wünschen.<sup>9</sup> Nehmen sie im Laufe des Prozesses Abstand von ihren ursprünglichen Forderungen, akzeptiert dies auch die auf Rechtsdurchsetzung ausgerichtete Justiz. Weil die Parteien nach § 308 ZPO Herren des Verfahrens sind, hat hier eben nur die *individuelle* Rechtsdurchsetzung einen Anwalt. Wo der individuelle Prozessführer kein oder nur ein begrenztes Interesse an der Rechtsdurchsetzung hat, betreibt der Staat die Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess nicht etwa durch einen Staats-Anwalt weiter, sondern lässt sich mit den Parteien auf eine konsensuale Beendigung des Verfahrens durch Klagerücknahme, Anerkenntnis, Erledigungserklärung oder Vergleich ein.

Dieser Befund bedeutet auch: Je stärker man die Verfahrensautonomie der Parteien gewichtet, desto mehr wendet sich der Zivilprozess vom materiellen Recht als alleinigem Ergebnismaßstab ab. Zwar bleibt das Recht alleiniger Ergebnismaßstab für gerichtliche Urteile,<sup>10</sup> diese sind aber nicht mehr Regelprodukt eines Klageverfahrens. Die Statistik der deutschen Amtsgerichte, wonach

<sup>5</sup> *Münch*, in: Bruns/Münch/Stadler (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, 2014, S. 5, 35 ff. m.w.N.

<sup>6</sup> *Wach*, Handbuch CPR I, 1885, S. 3 ff., der insoweit zwischen objektivem Prozesszweck und subjektivem Klag- bzw. Parteizweck unterscheidet; BGH v. 8. Oktober 1953, III ZR 206/51, BGHZ 10, 333, 336; weitere Nachweise bei *Münch*, Grundfragen des Zivilprozesses, 2014, S. 11 Fn. 16. Rechtsvergleichend *Koch*, Prozeßführung im öffentlichen Interesse, 1983, S. 4 ff.

<sup>7</sup> Anschaulich *Pflughaupt*, Prozessökonomie, 2011, S. 77 ff.; *Schmidt*, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, 1973, S. 28, spricht von einer „Verschränkung“ von objektivem und subjektivem Recht.

<sup>8</sup> Einen lediglich reflexhaften Schutz des öffentlichen Interesses sieht etwa *Roth*, in: Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, 2009, S. 149, 163, 171 sagt; ähnlich auch *Münch*, Grundfragen des Zivilprozesses, 2014, S. 35; *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 212 ff. m.w.N.

<sup>9</sup> *Gaul*, AcP (68) 1968, 27, 46 ff., und dem folgend *Stürner*, DRiZ 1976, 202, 203.

<sup>10</sup> Vgl. *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 102: Wenn man „Recht als Regelwerk betrachtet, heißt dies, dass in der Rechtsprechung positives Recht als ausschließlicher Entscheidungsmaßstab zu dienen hat“. Für eine gewisse Aufweichung dieses Maßstabs *Schmidt*, JZ 1980, 153, 157 („Binäritätsabbau“); sehr kritisch demgegenüber *Roth*, in: Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, 2009, S. 149, 171: „Für den Juristen gibt es nur eine einzige Gerechtigkeit und nicht verschiedene, auch wenn soziale Gesichtspunkte mitbedacht werden müssen.“

nur ungefähr ein Viertel der Verfahren durch Urteil entschieden wird, untermauert das eindrucksvoll.<sup>11</sup> Je mehr der Gesetzgeber den Prozess auf ein konsensuales Ergebnis hin ausrichtet, desto weniger Rechtsdurchsetzung wird das Verfahren zeitigen und desto weniger nützt die kostspielige Tätigkeit der Justiz der Allgemeinheit.<sup>12</sup>

## (2) Verminderte Rechtsdurchsetzung durch Interessenorientierung?

Die Konsensorientierung des Zivilprozesses hat in der jüngsten Vergangenheit eine erhebliche Aufwertung erfahren. Seit Beginn des 21. Jahrhunderts hat der Gesetzgeber durch mehrere ZPO-Reformen und insbesondere durch eine wiederholte Neufassung des § 278 ZPO dafür gesorgt, dass eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung durch das Gericht noch aktiver gefördert wird. Seit 2001 geht der streitigen Gerichtsverhandlung in aller Regel eine Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO voraus, die den Parteien Raum für eine konsensuale Streitbeilegung gibt.<sup>13</sup> Dies steht im Einklang mit einer vielzitierten wie auch entschieden kritisierten<sup>14</sup> Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2007, wonach die einvernehmliche Beilegung eines rechtlichen Konflikts „auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung“ sein soll.<sup>15</sup> Im Windschatten des Mediationsgesetzes wurde 2012 ferner durch eine vergleichsweise versteckte Änderung des § 278 Abs. 5 ZPO ein neues Güteverfahren eingeführt, bei dem ein spezieller Güterichter den Fall vom Streitrichter übernimmt und ohne zusätzliche Kosten für die Beteiligten in Richtung einer gütlichen Einigung führt.<sup>16</sup>

Vor diesem Hintergrund kann ein Richter in begrenztem Maße auch zum Streitschlichter werden.<sup>17</sup> Er wird sich vor Beginn der mündlichen Verhandlung gemäß § 278 Abs. 2 ZPO vergewissern, dass die Beteiligten tatsächlich ihr Recht durchsetzen wollen und einigungsorientierten Verhandlungen gemäß § 278

<sup>11</sup> Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 22.

<sup>12</sup> Eindringlich *Fiss*, 93 Yale L. J. 1984, 1073, 1085 ff.

<sup>13</sup> Zur Genese der Vorschrift *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 447 ff. Grundlegend kritisch *Albin*, Güteverhandlung und Mediation, 2007, S. 147 ff.

<sup>14</sup> *Stürner*, ZZZ (127) 2014, 271, 325 Fn. 261, 331 Fn. 281; *Stürner*, in: Liber Amicorum Wolfram Henckel, 2015, S. 359, 374 Fn. 71.

<sup>15</sup> BVerfG v. 14. Februar 2007, 1 BvR 1351/01, BVerfGK 10, 275, 280.

<sup>16</sup> Sog. Güterichterverfahren, früher bezeichnet als gerichtssinterne Mediation; siehe *Volkman*, Mediation im Zivilprozess, 2006, passim; *Schmitt*, Stufen einer Güteverhandlung, 2014, passim; *Engel/Hornuf*, ZZZ (124) 2011, 505; *Thole*, ZZZ (127) 2014, 339, 343 ff.; *Eidenmüller/Wagner*, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 1 Rn. 26 ff.; beifürwortend *Hess*, ZZZ (124) 2011, 137 ff.; kritisch *Prütting*, ZZZ (124) 2011, 163 ff.; ähnlich *Engel*, in: Kreuzt et al. (Hrsg.), GJZ-Jahrbuch 2011, 2012, S. 343 ff.

<sup>17</sup> Deutlich aber auch *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 288 m.w.N. in Fn. 59: „Das systematische Verhältnis der schlichtenden und der entscheidenden Tätigkeiten der Zivilgerichte ist im deutschen Recht alles andere als geklärt.“



Abs. 1 ZPO zu jedem Zeitpunkt den erforderlichen Raum gewähren. Diese weit gehende Kompromissorientierung des Zivilprozesses mag man als Ausdruck der Verfahrensherrschaft der Parteien begreifen,<sup>18</sup> sie erweitert aber nicht den oben beschriebenen Prozesszweck. Denn die Verfahrensautonomie der Parteien ist zwar als Grenze der Rechtsdurchsetzung bedeutsam, sie hat aber keinen Eigenwert in dem Sinne, dass die Parteien dem Gericht eine beliebige Rolle bei der Konfliktlösung zuweisen könnten. Insbesondere erlaubt sie *de lege lata* nicht die aktive Einführung außerrechtlicher Ergebnismaßstäbe durch das Gericht,<sup>19</sup> denn selbst in der Güteverhandlung ist gemäß § 278 Abs. 2 S. 2 ZPO lediglich eine Erörterung der denkbaren wirtschaftlichen und psychologischen *Folgen* möglicher Verfahrensausgänge vorgesehen.<sup>20</sup>

Um einer verfrühten Polarisierung rechtlicher Streitigkeiten entgegenzuwirken, steht es dem Gesetzgeber zwar *de lege ferenda* in den Grenzen des Wettbewerbsrechts<sup>21</sup> frei, staatliche Institutionen auch Einigungsverfahren anbieten zu lassen. Problematisch wird dies aber dann, wenn dies mit einer Knappheit staatlicher Ressourcen zusammentrifft, weil dann die Beschäftigung mit Einigungsverfahren den Staat von der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes abhalten kann.<sup>22</sup> Wenn der Staat mit seinen Justizressourcen vorsichtig umgehen will, wird er seine Entscheidungsparameter begrenzen<sup>23</sup> und mit staatlichen Verfahren prioritär das Gemeinwohl und damit die Rechtsdurchsetzung fördern; gleichwohl kann er natürlich *anlässlich* eines Präzedenzverfahrens auch der gütlichen Einigung Raum geben. Dennoch ist es eben aus gutem Grund gegenwärtig nicht der Anspruch der staatlichen Justiz, Konflikte umfassend zu lösen.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> *Stürmer*, DRiZ 1976, 202, 203 f.

<sup>19</sup> Das ergibt sich schon aus Art. 97 Abs. 1 GG; so auch *Freudenberger*, ZRP 2002, 79, 81, mit einem entsprechend deutlichen Plädoyer gegen eine Ausrichtung der Justiz an einer „Kundenzufriedenheit“; ähnlich *Rotb*, JZ 2014, 801, 803.

<sup>20</sup> Ähnlich *Greger*, in: Zöller, ZPO, 2016, § 278 Rn. 15; etwas weiter das Verständnis bei *Niewisch-Lennartz*, ZKM 2015, 136, 139.

<sup>21</sup> Siehe etwa *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, 2006, Rn. 30 ff., 40, der insbesondere auf Wettbewerbsverzerrungen durch ein kostenfreies gerichtliches Mediationsverfahren hinweist. Ähnlich zuvor bereits *Volkman*, Mediation im Zivilprozess, 2006, S. 46 ff.

<sup>22</sup> *Koch*, KritV 1989, 323, 326, spricht von einer ökonomischen Überforderung der Gerichte, wenn man sie mit der umfassenden Lösung sozialer Konflikte betraut.

<sup>23</sup> Diese Terminologie verwendet *Koch*, KritV 1989, 323, 326.

<sup>24</sup> *Motsch*, in: FS Söllner, 1990, S. 403, 405 f. Noch rigider *Reifner/Volkmer*, Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, 1988, S. 30, mit dem Hinweis, dass ein erhöhtes Maß an Schlichtung *innerhalb* von Gerichtsverfahren stets auf Kosten der schlichtenden Wirkung der Justiz *außerhalb* der Gerichte (durch Präzedenzen) geht.

(3) *Verminderte Rechtsdurchsetzung um des Rechtsfriedens willen?*

Nun liegt der Einwand nahe, eine weit gehende Konsensausrichtung gerichtlicher Verfahren sei dann hinnehmbar und der dadurch entstehende Aufwand fiskalisch dann zu rechtfertigen, wenn dadurch Rechtsfrieden geschaffen werde. Da die Geltung und Durchsetzung materiellen Rechts dem sozialen Interessenausgleich dienen, sei eine einvernehmliche Streitbeilegung gleichsam das Optimum eines Verfahrensresultats, weil Konsens zwischen den Parteien den nachhaltigsten Rechtsfrieden ermögliche.<sup>25</sup>

Diesem Gedanken liegt indes eine Fehlinterpretation des ohnehin schillernden<sup>26</sup> Begriffs „Rechtsfrieden“ zugrunde. Denn dieser Begriff bezieht sich nicht vorrangig auf ein friedliches Verhältnis zwischen den Parteien eines konkreten Rechtsstreites, sondern auf ein friedliches Zusammenleben der Allgemeinheit durch Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen. Rechtsfrieden ist als solcher kein eigenständiger Prozesszweck, sondern *Folge* der Rechtsdurchsetzung.<sup>27</sup> Öffentlich im Namen des Volkes gesprochenes Recht sorgt gerade auch in der Allgemeinheit für Frieden, weil jedermann sieht, dass Rechtsbruch unter Zuhilfenahme der Staatsgewalt verfolgt und sanktioniert werden kann.<sup>28</sup> Mit anderen Worten: Rechtsfrieden ist Frieden durch gesprochenes Recht und nicht Frieden durch Rechtsflucht. Auch das mittelbare Prozessziel Rechtsfrieden wird insofern im Zivilprozess gerade dann gefördert, wenn es tatsächlich zur Recht-Sprechung kommt. Eine Einigung der Parteien erfolgt zwar häufig auch im Schatten des Rechts<sup>29</sup>, dessen Kontur bleibt aber für die Allgemeinheit so vage, dass sie daraus kaum einen Nutzen ziehen wird.<sup>30</sup> Je mehr Gerichtsprozesse in einem Urteil enden, desto vorsichtiger werden Anspruchsprätendenten sein, sich einer ungewissen Forderung zu berühen.

Anders gewendet: Ein Primat der gütlichen Beilegung<sup>31</sup> gegenüber der streitigen Entscheidung ist gut und richtig, aber es gibt auch ein Primat der außer-

<sup>25</sup> Ähnlich Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 89 f.

<sup>26</sup> Prägnant Rottleuthner, in: FS Blankenburg, 1998, S. 683, 686, der den Rechtsfrieden als „einen opportunistisch ausgelagten Topos“ bezeichnet.

<sup>27</sup> Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, 2015, Einl. Rn. 5; Rennert, JZ 2013, 297 f.: Es ist „Aufgabe des Richters, den Streit ... zu entscheiden und so Rechtsfrieden zu stiften“. Schmidt, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, 1973, S. 14, spricht gar spitz vom Rechtsfrieden als einem „Abfallprodukt“. Zu weiteren Folgewirkungen des Gerichtsprozesses Höland, ZfRSoz 2009, 23 ff. Ein deutlich weiterer Begriff des Rechtsfriedens findet sich bei Stürner, in: Studiengesellschaft (Hrsg.), Jahresband 2014, 2015, S. 63, 69.

<sup>28</sup> Gaul, AcP (68) 1968, 27, 46 ff., und dem folgend Stürner, DRiZ 1976, 202, 203; ferner Stürner, in: FS Baumgärtel, 1990, S. 545 f.

<sup>29</sup> Mnookin/Kornhauser, 88 Yale L. Rev. 1979, 950; siehe auch bereits oben Kap. 2 Fn. 140.

<sup>30</sup> Siehe oben Kapitel 3 A. I. 2.

<sup>31</sup> Schmidt, KritV 1989, 303, 314.

gerichtlichen gegenüber der gerichtlichen Konfliktlösung,<sup>32</sup> und für dessen Wirksamkeit ist von essentieller Bedeutung, dass das Urteil der Regelfall der Verfahrensbeendigung vor Gericht ist. Das gilt umso mehr, als Defizite in der Sozialfunktion des Individualprozesses im Zweifel durch eine Stärkung kollektiver Verfahren oder behördlicher Maßnahmen aufgefangen werden müssen, wenn nicht das Maß der Rechtsdurchsetzung darunter leiden soll. Insofern ist die Akzentuierung der Prozesszwecke auch eine Frage der Abgrenzung zwischen Exekutive und Judikative.<sup>33</sup>

#### (4) Verstärkte Rechtsdurchsetzung unter Begrenzung der Parteiherrschaft?

Erscheint nach dem Vorgesagten eine Schwächung der Rechtsdurchsetzung zur Stärkung des Rechtsfriedens nicht zielführend, so lässt sich umgekehrt fragen, ob die Verfahrensautonomie der Parteien nicht sogar punktuell begrenzt werden könnte, um den gesellschaftlichen Nutzen der Rechtsdurchsetzung effektiver auszuschöpfen. Dabei geht es nicht unbedingt um eine Indienstnahme privater Prozessführung für überindividuelle Ziele (sog. *private law enforcement*<sup>34</sup>), wie sie in Deutschland nur aus dem GWB und dem KapMuG bekannt ist,<sup>35</sup> oder um eine Durchbrechung der Dispositionsmaxime.<sup>36</sup> Vielmehr sind auch bloße Anschlussmöglichkeiten für Repräsentanten öffentlichen Interesses zu erwägen – freilich unter Erweiterung des Prozesszwecks auf das objektive Recht.

Der jüngste Brennpunkt dieser Fragestellung, der gerade auch die Durchsetzung von Verbraucherrechten betrifft, sind die Möglichkeiten zur Rücknahme der zivilprozessualen Revision. Revisionsurteile sind regelmäßig Grundsatzurteile, die Streitige Rechtsfragen für eine Vielzahl ähnlich gelagerter Folgefälle zwar nicht rechtskräftig, aber doch faktisch verbindlich entscheiden. Deswegen führen ungünstige Revisionsurteile insbesondere für Vielfachprozessierer zu erheblichen geschäftlichen Nachteilen. Damit liegt für sie die Prozessstrategie auf der Hand, die Revision zurückzunehmen oder den geltend gemachten Anspruch anzuerkennen, sobald sich Hinweise ergeben, dass das Gericht der

<sup>32</sup> Ähnlich *Roth*, in: Gottwald (Hrsg.), *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan*, 2009, S. 149, 176.

<sup>33</sup> *Kocher*, *Funktionen der Rechtsprechung*, 2007, S. 292 ff.

<sup>34</sup> Vgl. grundlegend *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, passim; kritisch dazu *Wagner*, *AcP* (214) 2014, 602 ff.; siehe auch *Wagner*, *ZEuP* (16) 2008, 6, 13. *Engel*, *JZ* 1995, 213, 218, warnt: „In die Freiheitsrechte des Schuldners wird jedenfalls eingegriffen, wenn der Staat den Gläubiger gezielt wie einen Büttel des öffentlichen Interesses einsetzt.“ Kritisch speziell zu *private law enforcement* durch kollektiven Rechtsschutz in der europäischen Rechtskultur *Stürner*, *Markt und Wettbewerb über alles?*, 2007, S. 282 ff.; *Bruns*, in: *Stürner/Bruns* (Hrsg.), *Globalisierung und Sozialstaatsprinzip*, 2014, S. 255, 274.

<sup>35</sup> *Hess*, *JZ* 2011, 66, 67 ff.

<sup>36</sup> Dies wäre auch verfassungsrechtlich problematisch; ausführlich *Stürner*, in: *FS Baumgärtel*, 1990, S. 545, 546; siehe auch *Stürner*, in: *FS Baur*, 1981, S. 647, 654.

Rechtsauffassung der Gegenseite, häufig eines Verbrauchers, zuneigt.<sup>37</sup> Solche Hinweise auf den Tenor des bevorstehenden Revisionsurteils können sich durch richterliche Hinweise in der mündlichen Revisionsverhandlung ergeben, sie können aber auch zuvor schon im Image eines bestimmten Senats oder ihres Vorsitzenden gründen. Führt dies zu einer Rücknahme der Revision, bleibt das für Rechtsfortbildung und Rechtssicherheit so wichtige Revisionsurteil aus.<sup>38</sup>

Der Gesetzgeber hat auf diesen Problembefund mit einer Änderung der Zivilprozessordnung reagiert: Seit Anfang 2014 kann ein Anerkenntnisurteil in der Revision, das gemäß § 313b Abs. 1 S. 1 ZPO keiner Entscheidungsgründe bedarf, nach § 555 Abs. 3 ZPO nur noch auf gesonderten Antrag des Klägers ergehen. Weiter kann die Revision gemäß § 565 S. 2 ZPO ohne Einwilligung des Revisionsbeklagten nur noch bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Revisionsbeklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden. Diese Neuregelung verhindert, dass Vielfachprozessierer in letzter Minute die Revision zurücknehmen und einem Präzedenzurteil entkommen. Sie verhindert allerdings nicht, dass Einmalprozessierer ihre Revision im Einvernehmen mit der Gegenseite zurücknehmen – und auch dieser Fall ist in der Praxis durchaus zu beobachten. Denn in Verbraucher-Unternehmer-Konstellationen, in denen der Unternehmer ein nachteilhaftes Revisionsurteil erwartet, hat doch auch der Verbraucher kein Interesse an der Präzedenz, die er erstreiten könnte. Er sitzt zwar verhandlungsstrategisch am längeren Hebel, kann diesen Vorteil aber statt für die Allgemeinheit durchaus auch für sich selbst nutzbar machen, etwa indem er sich den erwarteten Revisionserfolg schlichtweg vom Unternehmer abkaufen lässt.<sup>39</sup> Während eine solche Abrede für beide Prozessparteien rational vorteilhaft ist, macht das Allgemeininteresse dabei keinen guten Schnitt, weil die häufig schon in den Grundzügen entworfene Entscheidung des Revisionsgerichts nie ans Licht der Öffentlichkeit gelangt.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Siehe oben Kapitel 2 A. I. 3.

<sup>38</sup> *Bräutigam*, AnwBl 2012, 533. Speziell für den Bereich des Luftverkehrsrechts *Schmid*, NJW 2015, 513.

<sup>39</sup> Ein solches „Abkaufen der Revision“ ist selten nachweisbar. In Fällen, in denen Verbraucher in den unteren Instanzen unterliegen und ihre Revision wenige Tage vor dem Verhandlungstermin zurückziehen, ist diese Erklärung allerdings in aller Regel die plausibelste; vgl. etwa die wenige Tage vor der längst terminierten Hauptverhandlung zurückgenommene Revision eines Verbrauchers gegen eine Bank, BGH XI ZR 154/14; bezeichnenderweise vor einem BGH-Senat, dessen Vorsitzender Richter zuvor in der Presse (Wirtschaftswoche vom 6. April 2015) als „Bankenschreck“ apostrophiert wurde. Anders gelagert ist das Problem räuberischer Aktionäre – dazu statt vieler *Assmann*, AG 2008, 208 ff., und *Bayer/Hoffmann*, AG 2014, R283 ff. –, denn räuberische Aktionäre verzögern regelmäßig auch Managemententscheidungen eines Unternehmens, und sie erwirtschaften einen Gewinn häufig nicht durch einen Abfindungsbetrag der Gegenseite, sondern durch eine stille Partizipation an der Vergütung ihrer Anwälte.

<sup>40</sup> *Rinkler*, NJW 2002, 2449, 2450, nennt dies eine „Verschwendung von Ressourcen“ (zur alten Rechtslage).

Bisweilen lässt sich beobachten, dass Richter oder Angestellte des Revisionsgerichts sodann ihre Überlegungen wenig später in Form einer wissenschaftlichen Veröffentlichung publizieren.<sup>41</sup> Diese Form von Ersatzrechtsprechung gehört allerdings nicht zu den Aufgaben der Justiz und kann auch die Rechtsprechung nicht ersetzen.<sup>42</sup> Stattdessen erscheint es erwägenswert, dem Revisionsgericht auch hier eine Entscheidung zu ermöglichen<sup>43</sup> – womöglich durch einen beim Bundesgerichtshof installierten Generalanwalt, der im Interesse der Allgemeinheit Revisionsverfahren aufnehmen und fortführen kann, die von den Parteien aufgrund Interessenfortfalls nicht weiter betrieben werden.<sup>44</sup>

Man mag diesen Vorschlag als ungebührlichen Einschlag des öffentlichen Interesses in den Zivilprozess verstehen.<sup>45</sup> Allerdings erfüllt gerade das Revisionsverfahren nicht zuletzt auch die Funktion, Rechtsfortbildung und Rechtssicherheit zu gewährleisten; ihm haftet danach ohnehin ein erhebliches Allgemeininteresse an. Überdies zeigt die in den vergangenen Jahrzehnten zu beobachtende Tendenz der Materialisierung im Zivilprozess,<sup>46</sup> dass der Gegenstand des Zivilverfahrens zwar durch die Dispositionshoheit der Parteien begrenzt wird, aber gerade auf der Ebene der Sachverhaltsermittlung durchaus behutsame Einwirkungen des öffentlichen Interesses verdient und verträgt.<sup>47</sup> Zwar begegnet eine vollendete Materialisierung im Sinne eines sozialen Zivil-

---

<sup>41</sup> So etwa der Beitrag der damaligen BGH-Mitarbeiterin *Schmieder*, WM 2012, 2358 ff., der formal das Urteil des OLG Dresden v. 29. September 2011, 8 U 562/11, WM 2011, 2320, bespricht, faktisch aber das damals in derselben Sache anstehende BGH-Urteil in Sachen XI ZR 452/11 „ersetzt“, das wegen Rücknahme der Revision durch die beteiligte Unternehmerin nicht gesprochen werden konnte. Ebenso der Beitrag von *Henning*, WM 2012, 153, der formal das Urteil des OLG München v. 13. Juli 2010, 5 U 2034/08, WM 2012, 168, erläutert, tatsächlich aber das BGH-Urteil XI ZR 270/10 ersetzt. Siehe zum Ganzen auch *Gross*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1043.

<sup>42</sup> *Gross*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1043, formuliert: „Gutachten zu Nicht-Fällen, hervorgegangen aus dem nicht einsehbaaren Bauch der Justiz, gleich in welcher Form und unabhängig von deren Nützlichkeit, sind unserem Richterbild fremd.“

<sup>43</sup> So spricht sich etwa *Günter Hirsch* dafür aus, dem BGH trotz Revisionsrücknahme Entscheidungen zu ermöglichen, die „im Interesse des Rechts“ liegen; *Hirsch*, NJW 2012, Editorial 12/2012.

<sup>44</sup> So erwogen, aber verworfen bei *Gross*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1043.

<sup>45</sup> So etwa *Prütting*, AnwBl 2013, 401 („Sinnkrise des Zivilprozesses“) und 403 f. unter Hinweis auf die Möglichkeiten von Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich im Revisionsverfahren. Ebenfalls kritisch *Jaeger*, AnwBl 2015, 573, 575 („kein Zugriffsrecht der Gerichte auf grundsätzlich bedeutsame Rechtsfragen“).

<sup>46</sup> Nach *Roth*, in: Liber Amicorum Wolfram Henckel, 2015, S. 283, 285, ist von einer Materialisierung dann zu sprechen, wenn man aufgrund materiell-rechtlicher Wertungen von allgemeinen Grundsätzen des Prozessrechts abweicht.

<sup>47</sup> Lesenswert *Schmidt*, DRiZ 1988, 59 ff.; siehe auch schon *Dütz*, ZZZP (87) 1974, 361, 372 ff.; weiter *Henke*, JZ 2005, 1028 ff.; *Stürner*, ZZZP (123) 2010, 147 ff.; cursorisch erwähnt bei *Micklitz*, DJT-Gutachten A, 2012, S. 89 f.; sehr weitgehend *Bahnsen*, Verbraucherschutz im Zivilprozeß, 1997, S. 152 ff.; einschränkend *Roth*, in: Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, 2009, S. 149, 163 ff.

prozesses<sup>48</sup> einer Reihe durchgreifender Einwände.<sup>49</sup> Diese Bedenken sprechen allerdings nicht gegen eine punktuelle Übernahme der Klägerrolle durch einen Anwalt des öffentlichen Interesses, weil dieser das Gleichgewicht<sup>50</sup> zwischen den Parteien nicht verschöbe, sondern nur die ausscheidende Partei ersetzen würde. Gleichzeitig wäre so zumindest in den für die Allgemeinheit wichtigsten Fällen dafür gesorgt, dass das materielle Recht der alleinige Maßstab für das Verfahrensergebnis bleibt. Daneben wäre es zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber die Rechtsdurchsetzung im gerichtlichen Verfahren in Umkehrung der Entwicklung zu Beginn des 21. Jahrhunderts wieder stärkte und die heute weit ausgreifende Bedeutung des § 278 ZPO ein Stück weit wieder zurücknähme.

### *bb) Ergebnisform*

Spiegelbild des angewendeten Ergebnismaßstabs ist die Form des Verfahrensergebnisses. Die Beobachtung, dass der heutige Zivilprozess seiner originären Zwecksetzung nicht ohne Einschränkung folgt, lässt sich deswegen auch an der Form gerichtlicher Entscheidungen nachvollziehen. Es ist durchaus auch der typischen Art der Verfahrensbeendigung geschuldet, dass staatliche Zivilgerichte weniger Recht durchsetzen, als dies selbst unter angemessener Achtung der Verfahrensaunomie der Parteien möglich wäre.

Ein erster Grund wurde bereits im vorangegangenen Abschnitt benannt: Zwar war ein rechtstreues Urteil schon vor den jüngsten Reformen des § 278 ZPO einschließlich der Einführung eines speziellen und separaten gerichtlichen Güteverfahrens nicht der Normalfall, allerdings hat sich der Anteil der Prozessbeendigungen durch Vergleich zwischenzeitlich erheblich erhöht.<sup>51</sup> Die hohen Vergleichsquoten mancher Richter sind in Fachkreisen geradezu sprichwörtlich geworden.<sup>52</sup> Vergleiche oder ähnliche Verfahrensbeendigungen – dazu zählen insbesondere Anerkenntnisse oder Klagerücknahmen aufgrund richterlicher

<sup>48</sup> Befürwortend *Wassermann*, *Der soziale Zivilprozeß*, 1978, passim; kritisch *Meyer*, JR 2004, 1, 3 ff.; *Hess*, in: *Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht*, 2011, § 1 Rn. 10 f.; *Leipold*, in: *Stürner/Bruns (Hrsg.), Globalisierung und Sozialstaatsprinzip*, 2014, S. 235, 239 ff.

<sup>49</sup> Ausführlich *Roth*, in: *Liber Amicorum Wolfram Henckel*, 2015, S. 283 ff.; insbesondere unter Hinweis auf die Gefährdung der Waffengleichheit der Parteien *Heinze*, JZ 2011, 709, 716.

<sup>50</sup> Die Bedeutung der Gleichbehandlung der Parteien betont *Stürner*, in: *FS Bornkamm*, 2014, S. 1063, 1067 ff., der Sonderbefugnisse für Vertreter öffentlicher Interessen vor diesem Hintergrund kritisch sieht.

<sup>51</sup> Der Anteil streitiger Urteile unter den erledigten Verfahren sank von 29 % (1995) auf 26 % (2014), der Anteil von Vergleichen stieg von 9 % (1995) auf 15 % (2014); *Statistisches Bundesamt*, Justizgeschäftsstatistik, 2012, S. 6; *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 22.

<sup>52</sup> *Murray*, ZZPInt (11) 2006, 295, 312, weist darauf hin, dass „in der hohen Vergleichsrate ebenfalls eine Form der Abwendung von der staatlichen Ziviljustiz liegt“.

Hinweise – vernachlässigen die soziale Funktion der Rechtsdurchsetzung.<sup>53</sup> Eigentlich sollte deswegen das Sprechen eines Urteils für Gerichte „ihre eigentliche und vornehmste Aufgabe“<sup>54</sup> sein, weil sich nur so ein ubiquitär zugänglicher Gewinn an Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung schaffen lässt.<sup>55</sup> Eine Justiz, in der das „Recht nicht mehr *gesprochen*, sondern nur noch *administriert* wird“<sup>56</sup>, wird ihrer eigenen Aufgabe – „Jus-tiz“ im unmittelbaren Wortsinne – nicht gerecht. *Podszun* formuliert plastisch: „Hier droht die Inkaufnahme von Einbußen der Rechtsdurchsetzung bis hin zur am Horizont aufscheinenden Justizverweigerung.“<sup>57</sup>

Das Problem manifestiert sich im Phänomen des Vergleichsdrucks, einer mehr als nur vereinzelt auftretenden überzogenen Interpretation von materieller Prozessleitung. Sicherlich bringt richterliche Verfahrensgestaltung gerade bei durch Tatsachenfragen dominierten Konflikten erhebliche Vorteile mit sich. Schließlich *verhandeln* die Parteien dialogisch<sup>58</sup> über ihren Fall, was auch neue Erkenntnisse und revidierte Rechtsauffassungen nicht ausschließt. Nicht am Verhandlungstisch sitzt allerdings der Richter, er eröffnet nur das Verhandlungsforum. Seine Unterstützung einer einvernehmlichen Streitbeilegung wird indes dann problematisch, wenn er die Verhandlungen aktiv mit dem Ziel beeinflusst, die Parteien zu einem Vergleich zu bewegen.<sup>59</sup>

Eine solche unzulässige Einflussnahme ist etwa darin zu sehen, wenn das Gericht auf einen eigentlich statthaften Freibeweis verzichtet und den aufwändigen Strengbeweis vorzieht, um die Parteien unter dem Damoklesschwert hoher Gutachterkosten zu einem Vergleich zu motivieren. Ebenso ist es dem Gericht verwehrt, über den Ausgang eines anstehenden Beweisverfahrens zu spekulieren, denn darin läge faktisch eine im Zivilprozess nicht vorgesehene richterliche Wahrscheinlichkeitsfeststellung. Die Parteien sind zwar nicht gezwungen, das Verfahren dort fortzuführen, wo sie ihr Interesse an der Rechtsdurchsetzung

<sup>53</sup> *Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 80 ff.; laut *Greger*, JZ 2000, 842, 843, handelt es sich deswegen nur bei Urteilen um „Rechtssprechung im eigentlichen Sinne“.

<sup>54</sup> *Fiss*, 93 Yale L. J. 1984, 1073, 1075; *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 174.

<sup>55</sup> *Greger*, JZ 2000, 842, 843, beklagte schon vor vielen Jahren, dass „die Richterschaft zum überwiegenden Teil außerhalb ihres eigentlichen Aufgabenbereichs eingesetzt wird“. Prägnant *Lorenz*, ZRP 2015, 255, „Wenn ein Rechtsstreit mit einem Urteil endet, bedeutet das einen absoluten Normalfall. Parteien sollten nicht einem Zwang zur Einigung unterliegen, sondern haben auch ein Recht auf eine wohlbegründete Streitentscheidung.“

<sup>56</sup> *Gross*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1041.

<sup>57</sup> *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 180.

<sup>58</sup> *Stürmer*, ZZP (123) 2010, 147, 153 ff.; *Stürmer*, ZZP (127) 2014, 271, 287 f.; einschränkend *Leipold*, in: *Stürmer/Bruns* (Hrsg.), Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, 2014, S. 235, 249 f.

<sup>59</sup> Siehe die empirisch fundierte Untersuchung von *Egli*, Vergleichsdruck im Zivilprozeß, 1996, passim, sowie die Nachweise in Kap. 2 Fn. 37.

verloren haben. Es ist auch nichts dagegen einzuwenden, wenn sie sich angesichts einer bevorstehenden kostspieligen Beweisaufnahme im Lichte ihrer Risikoeinschätzungen<sup>60</sup> auf einen Vergleich einigen, dessen Inhalt im Gesetz nirgends als Rechtsfolge vorgesehen ist. Indes kann der Richter den Parteien ihr Beweisrisiko und dessen Einschätzung nicht abnehmen, auch wenn ihnen eine dritte Meinung hierzu sehr gelegen käme.

Ebenso ist es kritikwürdig, wenn in der Verhandlung ein Vergleichsvorschlag „in Art einer mündlichen Urteilsverkündung als Ergebnis einer ersichtlich schon abgeschlossenen Meinungsbildung präsentiert wird“<sup>61</sup>. Denn die Möglichkeit zum Abschluss eines Vergleichs ist ein Freiheitsrecht, das nicht durch Anwendung richterlicher Gewalt zur Pflicht werden darf.<sup>62</sup> Das gilt gerade bei Machtungleichgewichten, denn die schwächere Partei muss im Zweifel akzeptieren, was ihr im Vergleichsvorschlag vorgesetzt wird.<sup>63</sup> Der Richter soll den Weg zu einer konsensualen Konfliktlösung nicht verstellen,<sup>64</sup> er muss auch aus seiner vorläufigen Rechtsauffassung hinsichtlich einzelner entscheidungserheblicher Rechtsfragen kein Geheimnis machen,<sup>65</sup> aber er darf die Entscheidungsreife und dann die Entscheidung eines Streits auch nicht in der Hoffnung auf einen Konsens hinauszögern, den die Parteien jedenfalls nicht *freiwillig* erzielen werden.<sup>66</sup> Schon gar nicht ist die Entscheidungsreife der Streitigkeit als Druckmittel einzusetzen, um die Parteien zu einem Vergleichsschluss zu bewegen.<sup>67</sup>

Dieser Befund gilt namentlich auch für subtile Formen von Vergleichsdruck wie auch das Güterichterverfahren nach § 278 Abs. 5 ZPO als dessen systematisierte Form.<sup>68</sup> Letztlich zeugt ein vor Gericht geschlossener Vergleich nämlich

<sup>60</sup> Grundlegend zu Risikoeinschätzungen im Rechtsstreit *Eidenmüller*, ZZP (113) 2000, 5 ff.

<sup>61</sup> *Gross*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1037.

<sup>62</sup> *Stürmer*, JR 1979, 133, 134 ff.; ihm folgend *Steinberg*, Richterliche Gewalt und individuelle Freiheit, 2010, S. 130 m.w.N. in Fn. 18.

<sup>63</sup> *Fiss*, 93 Yale L. J. 1984, 1073, 1076 ff.

<sup>64</sup> *Renmert*, JZ 2013, 297, 299, formuliert: „Der gute Richter ist auch ein weiser Richter. Er weiß zudem, dass mancher Rechtsstreit allein durch eine Antwort nach Recht und Gesetz ... nicht zufriedenstellend zu lösen ist. In solchen Fällen ... wirkt er ... auf vernünftige Lösungen im wohlverstandenen Interesse beider Parteien hin.“

<sup>65</sup> So BVerfG v. 24. März 1976, 2 BvR 804/75, BVerfGE 42, 88, 89 f., freilich in Bezug auf einen in besonderer Weise grundrechtlich gefärbten Zivilrechtsstreit. Siehe auch die Warnung von *Hassemer*, ZRP 2013, 149: „Eine Justiz, die über Menschen und Institutionen urteilt, aber nicht mit ihnen redet, sondern sie bloß ausforscht, sich vor ihnen verbirgt und sie dann mit einer Entscheidung überrascht, ist ein Gottseibeius spätestens seit den Zeiten der Paulskirche.“

<sup>66</sup> *Renmert*, JZ 2013, 297, 298, beschreibt das Richterideal wie folgt: „Der gute Richter weicht der Entscheidung des Streits nicht aus, sondern gibt den Parteien Antwort. Er nötigt sie nicht zum Vergleich, wenn sie eigentlich ein Urteil wollen.“

<sup>67</sup> BGH v. 6. Juli 1966, Ib ZR 83/64, NJW 1966, 2399 ff.; *Stürmer*, in: FS Walder, 1994, S. 273, 275 („richterliche Nötigung“).

<sup>68</sup> Freilich werden Güterichterverfahren in Verbrauchersachen selten anberaumt; sie kommen eher bei komplexen unternehmerischen Streitigkeiten zum Zuge.



nicht nur von einer verpassten Chance für die Durchsetzung des materiellen Rechts und einer unnötigen Befassung der judikativen Gewalt,<sup>69</sup> sondern auch von einer Fehlallokation von Konfliktlösungsverfahren, denn die kontradiktorische Polarisierung eines Rechtsstreits nach §§ 129, 130 ZPO ist mit Blick auf eine spätere einvernehmliche Streitbeilegung fast immer kontraproduktiv.<sup>70</sup>

### cc) Vollstreckbarkeit

Das Postulat der Vollstreckbarkeit erfüllen die Ergebnisse eines Gerichtsverfahrens umfassend. Gemäß § 704 ZPO findet die Zwangsvollstreckung aus rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Endurteilen statt. Nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO sind auch vor Gericht geschlossene oder gerichtlich protokollierte Vergleiche vollstreckbar. Damit erreichen die Ergebnisse eines Gerichtsverfahrens maximale Verbindlichkeit zwischen den Parteien, weil sie im Zweifel auch mit Hilfe staatlicher Gewalt durchgesetzt werden können.

Reformbedarf könnte sich hier allenfalls noch aus einer wenig effektiven Ausgestaltung des Zwangsvollstreckungsverfahrens als solchem ergeben. Hierfür lassen sich durchaus gute Gründe ins Feld führen;<sup>71</sup> angesichts der Konzentration dieser Arbeit auf das Erkenntnisverfahren sollen diese Fragestellungen an dieser Stelle allerdings nicht weiter untersucht werden.

### b) Verfahrensleitung

In Kapitel 3 hat sich gezeigt, dass juristische Qualifikation, Unabhängigkeit, Neutralität, rechtliche Autorität und Verantwortlichkeit wichtige Eigenschaften einer Institution sind, die materielle Rechte effektiv durchzusetzen sucht. Intuitiv erscheinen diese Aspekte bei den staatlichen Gerichten unproblematisch gewahrt. Das gilt insbesondere für die rechtliche Autorität und die Verantwortlichkeit von Richtern.<sup>72</sup> Andere dieser Eigenschaften sind aber auch bei den Zivilgerichten nicht unbedingt selbstverständlich und müssen auch bei aktuellen Reformvorhaben stets aufs Neue verteidigt werden.

<sup>69</sup> Gross, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1043, zufolge werden die Parteien bei der Vergleichssuche durch gerichtsinterne Mediation „auf einen Weg abgedrängt..., für den der Richter nicht geschaffen wurde“.

<sup>70</sup> Blankenburg, in: Blankenburg/Klages/Stempel (Hrsg.), Überlegungen zu einer Strukturanalyse der Justiz, 1987, S. 89, 100; Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 229.

<sup>71</sup> Siehe etwa Stamm, JZ 2012, 67 ff.

<sup>72</sup> Letztere wird nicht nur über § 339 StGB, sondern auch über die Mechanismen der Dienstaufsicht sichergestellt; vgl. Sodan, in: Isensee/Kirchhof, HbStR V, 2007, § 113 Rn. 78 ff. Eine nennenswerte Begrenzung der Verantwortlichkeit liegt im Spruchrichterprivileg des Art. 34 GG i.V.m. § 839 Abs. 2 BGB; diese Vorschriften dienen allerdings der Unabhängigkeit richterlichen Handelns und damit einem Ziel, das die Rechtsdurchsetzung ihrerseits begünstigt.

Die juristische Qualifikation staatlicher Richter ist in Deutschland abgesehen vom relativ kleinen Berufsstand der Notare größer als in allen anderen Berufen.<sup>73</sup> Die Landesjustizverwaltungen wählen die juristischen Staatsbediensteten nach deren Staatsexamensergebnissen aus und rekrutieren so ausschließlich unter den ungefähr besten 20 % der Nachwuchsjuristen. Soweit Laienrichter an der Entscheidung von Zivilstreitigkeiten beteiligt sind, gelten für diese geringere Anforderungen;<sup>74</sup> davon sind allerdings Verbrauchersachen nicht betroffen.

Auch die Neutralität staatlicher Zivilrichter ist weitgehend sichergestellt. Ihr dienen eine ganze Reihe von Vorkehrungen, die von einer restriktiven Handhabung ihrer Nebentätigkeiten über die Befangenheitsvorschriften der §§ 41 ff. ZPO bis zum Prinzip des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG mit dem in vielen anderen Ländern unbekanntem Institut der Geschäftsverteilung reichen. Diese Maßnahmen sollen dazu führen, dass Richter nicht in Interessenkonflikte geraten und dass die Fallzuweisung zufällig ist und nicht von Seiten der Richter beeinflusst werden kann.<sup>75</sup> Freilich gibt es auch Überlegungen, Gerichte weiter zu spezialisieren und die Bedeutung der Geschäftsverteilung abzuschwächen.<sup>76</sup> Käme es dazu, wäre zumindest die Gefahr größer, dass die Rechtsprechung zu bestimmten Themen sehr persönlich geprägt würde und damit auch die persönliche Einstellung einzelner Richter mehr Gewicht bekäme.<sup>77</sup>

Problematisch erscheint demgegenüber die Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit. Zwar sichern Weisungsfreiheit und Immovabilität gemäß Art. 97 GG, dass Richter keine beruflichen Konsequenzen aufgrund missliebiger Entscheidungen zu fürchten haben.<sup>78</sup> Allerdings ist es Alltag im Gericht, dass Richter bestimmten Verfahrensergebnissen zuneigen. Die wichtigste Anfechtung der Unabhängigkeit resultiert dabei aus gerichtseinernem Erledigungsdruck<sup>79</sup>, der sich im gerichtlichen Rechtsgespräch in Vergleichsdruck verwandelt.<sup>80</sup> Der

---

<sup>73</sup> Relativierend *Stürner*, in: Gilles (Hrsg.), *Effiziente Rechtsverfolgung*, 1987, S. 1, 27: „Das deutsche System kennt seit jeher eine relativ hohe Zahl von durchschnittlich begabten Richtern“.

<sup>74</sup> So werden nach § 109 Abs. 1 Nr. 3 GVG insbesondere Kaufleute zu ehrenamtlichen Handelsrichtern ernannt; davon erwartet man sich eine Ergänzung des Qualifikationsprofils der Berufsrichter, vgl. *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 681.

<sup>75</sup> Wie subtil Anfechtungen solcher Prinzipien ausgestaltet sein können, zeigt das Beispiel des EuGH: Schon das dortige Fallzuweisungsverfahren ist erheblich diskretionärer als die deutsche Geschäftsverteilung, *Calliess*, Gutachten A zum 70. DJT, 2014, S. 83. Hinzu kommt aber noch, dass erhebliche Pfadabhängigkeiten zum Schlussantrag des jeweiligen Generalanwalts bestehen, der diesen wiederum nicht unbedingt selbst verfasst, sondern von seinen Mitarbeitern erstellen lässt, die sich teilweise aktiv einen Fall heranziehen können, an dem sie ein besonderes Interesse haben.

<sup>76</sup> *Calliess*, Gutachten A zum 70. DJT, 2014, S. 96 f., 100 ff.; *Hill*, DRiZ 2015, 46, 47.

<sup>77</sup> Ähnlich auch *Hirtz*, NJW 2014, 2529, 2532.

<sup>78</sup> Weiterführend *Sodan*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR V, 2007, § 113 Nr. 70 ff.; *Calliess*, Gutachten A zum 70. DJT, 2014, S. 80 ff.

<sup>79</sup> *Renmert*, JZ 2013, 297, 298.

<sup>80</sup> *Pfeiffer*, ZRP 1981, 121, 124. – *Podszun*, *Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte*, 2014,

Richter ist dann nicht mehr nur im Sinne des § 278 Abs. 1 ZPO auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits „bedacht“, sondern er drängt die Parteien in diese Richtung.<sup>81</sup> Diese Tendenz ergibt sich vor allem aus faktischen Verhaltensanreizen, die dazu führen, dass Richter der Rechtsdurchsetzung ausweichen und die Parteien in Konsequenz dazu ein Gerichtsverfahren sogar ganz ohne die Erwartung der Rechtsdurchsetzung betreiben.

Dabei wurzelt das Kernproblem im Geschäftsanfall der fallbearbeitenden Richter: In der Geschäftsverteilung – und bei Landgerichten in der kammerinternen Zuweisung – der Zivilrichter spielt es heute selten eine Rolle, auf welche Art und Weise ein Verfahren beendet wird. Richter können zwar in außergewöhnlichen Fällen von Arbeitsüberlastung um eine Unterbrechung der Fallzuweisung ersuchen. Das ist jedoch ein kaum genutzter Weg, womöglich auch deswegen, weil es als Notmaßnahme vorgesehen ist. Das führt dazu, dass die Arbeitszeit eines Richters davon abhängt, mit welcher Geschwindigkeit er seine Verfahren beendet. Es spricht viel für die Annahme, dass ein Vergleichsschluss oder eine sonstige konsensuale Verfahrensbeendigung trotz der dafür notwendigen Verhandlungen durchschnittlich deutlich weniger Richterzeit beansprucht als das Abfassen eines Urteils. Das gilt mit gewissen Einschränkungen auch dort, wo ein Urteil gemäß § 313a Abs. 1 S. 1 ZPO keines Tatbestandes bedarf, denn die Entscheidungsgründe sind nach § 313 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 ZPO nicht verzichtbar, solange die Parteien nicht explizit darauf verzichtet haben oder das Gericht sie durch eine ausführlichere Gestaltung des Protokolls vorwegnimmt. Insbesondere bei ohnehin erheblicher Arbeitsbelastung haben Richter insofern einen erheblichen rechtsfernen Anreiz dafür, eine einvernehmliche Streitbeilegung übermäßig zu fördern – womöglich über die Ratio des § 278 ZPO hinaus.

In der Praxis kanalisiert sich dieser Verhaltensanreiz in Form von richterlichen Hinweisen nach § 139 ZPO. Richterliche Hinweise operieren in einer Grauzone zwischen Rechtsprechung und vorläufiger Rechtseinschätzung. Die Rechtsprechung freilich hat die Pflicht zur materiellen Prozessleitung in den vergangenen Jahren immer weiter ausdifferenziert und sie damit funktionell der Rechtsberatung immer weiter angenähert.<sup>82</sup> Während es für den Zivilprozess strukturell typisch sein sollte, dass der Richter die Konfliktmaterie streitig entscheidet, ist es bei der heutigen Interpretation des § 139 ZPO und den beschriebenen Verhaltensanreizen für Richter eher typisch, dass der Richter seine

---

S. 198 f., beschreibt darüber hinaus einen gewissen faktischen Zwang zur Konformität mit den eigenen Vorgesetzten. Zu weiteren Fehlanreizen siehe *Egli*, Vergleichsdruck im Zivilprozess, 1996, S. 43 ff.

<sup>81</sup> Siehe ausführlich oben Kapitel 4 A. I. 1. a) bb).

<sup>82</sup> Zu den weitgehenden richterlichen Hinweispflichten siehe etwa *Greger*, in: Zöller, ZPO, 2016, § 139 Rn. 5 ff.; *Stürmer*, DRiZ 1976, 202, 204; *Münch*, in: Bruns/Münch/Stadler (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses, 2014, S. 5, 42; siehe auch die Nachweise oben in Kap. 4 Fn. 47.

Rechtsauffassung nicht in ein Urteil schreibt, sondern per Hinweis äußert und sich die Parteien auf dieser Grundlage „einigen“.

Darüber hinaus verschieben sich so auch die Verhaltensanreize der Parteien. Denn diese können angesichts der gewandelten Funktion des Richters nunmehr einen Prozess anstrengen, ohne ein Urteil befürchten zu müssen. Diese Gefahr wohnt zwar im Grundsatz schon ihrer Verfahrensautonomie inne, sie verstärkt sich aber entscheidend, wenn der Richter aufgrund seiner Verhaltensanreize kaum mehr Recht sprechen will, sondern selbst eine beratende Rolle einnimmt. Dies nimmt schließlich auch einen Teil der Last des Prozessrisikos vom Rücken der Anwälte: Denn wer weiß, dass ein Prozess nicht unbedingt Rechtsdurchsetzung mit sich bringt, wird ihn womöglich auch dann nicht scheuen, wenn er sich im Unrecht wähnt. Anwälte riskieren im Prozess dann nur noch 1,0 statt 3,0 Gerichtskosten und haben sogar gute Chancen darauf, sich vor Gericht eine zusätzliche Einigungsgebühr zu verdienen. Vor allem aber muss ein Anwalt, der sich vor Gericht vergleicht, gegenüber seinem Mandanten kaum begründen, warum er den Prozess überhaupt geführt hat. Das Spiel geht auf Kosten der Mandanten bzw. ihrer Rechtsschutzversicherungen, die sich die Gerichtskosten und die anwaltlichen Terminsgebühren womöglich hätten sparen können. Und es geht gerade bei geringen Streitwerten zu Lasten der Allgemeinheit, die ein staatliches Verfahren erheblich subventioniert, ohne den eigentlich als Nutzen dieser Subvention vorgesehenen Gegenwert einer Rechtsdurchsetzung im Allgemeininteresse zu erhalten.

Um diese Symptome beeinträchtigter richterlicher Unabhängigkeit zu kurieren, bedarf es weder einer Einführung des Untersuchungsgrundsatzes noch einer Kupierung der Dispositionsmaxime. Vielmehr ist sicherzustellen, dass Richter dem Ergebnis der von ihnen betreuten Verfahren weitestmöglich gleichgültig gegenüber stehen. Wenn Richter ihren Arbeitsanfall durch eine einvernehmliche Streitbeilegung minimieren können, werden sie diese Art der Verfahrensbeendigung tendenziell über Gebühr bevorzugen. Richter wären demgegenüber erheblich unabhängiger, wenn in ihren Pensenschlüsseln berücksichtigt würde, wie lange Verhandlung und Bearbeitung der von ihnen betreuten Verfahren tatsächlich dauern; eine entsprechende Änderung der §§ 21e, 21g GVG erscheint vor diesem Hintergrund angebracht. Dies könnte kurzfristig zu einer Mehrbelastung der Justiz führen. Mittel- und langfristig dürften die Gerichte trotz stabiler oder steigender Urteilszahlen aber weniger Verfahrenseingänge und damit weniger Arbeitslast verbuchen, weil die Parteien und vor allem ihre Anwälte Vergleiche dort schließen, wo sie ihren originären Platz haben, nämlich außerhalb der Gerichte.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Egli, Vergleichsdruck im Zivilprozeß, 1996, S. 43 ff.

### c) Verfahrensgestaltung

In einem weiteren Schritt ist zu untersuchen, inwieweit das Verfahren vor staatlichen Zivilgerichten und hier insbesondere das amtsgerichtliche Verfahren nach §§ 495 ff. ZPO zur Durchsetzung von Verbraucherrechten geeignet ist.

#### aa) Tatsachenfundierung

Amtsgerichte sind Tatsachengerichte.<sup>84</sup> Im Verfahren vor den Amtsgerichten wird die Tatsachenfundierung durch die Regelungen der Beweisaufnahme nach § 495 i.V.m. §§ 355 ff. ZPO gesteuert. Anders als in § 244 StPO gibt es zwar keine konkrete Regelung zur Beweisaufnahme. Es steht im Ermessen des Gerichts, Beweisanträgen nachzugehen oder eine Beweisaufnahme anzuordnen, wo eine streitige Tatsache nicht offenkundig bzw. gerichtskundig nach § 291 ZPO ist. Speziell für Verfahren mit einem Streitwert von maximal 600 € legt § 495a ZPO fest, dass das Gericht hier nicht an die Beweismittel der §§ 355 ZPO gebunden ist, sondern fragliche Tatsachen im Wege des Freibeweises eruieren kann. Freilich hat die Rechtsprechung die Anwendung des § 495a ZPO in den vergangenen Jahren so eingeschränkt, dass die Beweisaufnahme auch bei geringwertigen Streitigkeiten nach wie vor kompliziert ist.<sup>85</sup> Es geschieht durchaus häufig, dass sich die klageführende Partei während des laufenden Verfahrens dafür entscheidet, von der Rechtsdurchsetzung abzusehen, weil das Gericht ein Sachverständigengutachten für erforderlich hält und die Klagepartei die damit verbundenen Kosten scheut.

Die Vorschläge zur Lösung dieses Problems sind vielfältig. Zum einen wird darüber nachgedacht, das Beweisverfahren dem streitigen Verfahren vorzuschalten, um Beweise frühzeitig zu sichern und das Streitverfahren vorrangig bei ungeklärten Rechtsfragen anzustrengen.<sup>86</sup> Weiterhin ist denkbar, insbesondere bei geringwertigen Streitigkeiten verstärkt auf Schnellgutachten oder Kostenvoranschläge zu setzen.<sup>87</sup> Zudem könnte man Gutachten bundesweit in einer Datenbank zugänglich machen und die darin festgestellten Tatsachen dann als gerichtskundig ansehen, § 291 ZPO. Schließlich kann man heute auch den Inhalt von Internetquellen, die ein ausreichendes Maß an Richtigkeitsgewähr bieten, als allgemeinkundig betrachten<sup>88</sup> und sonstige Internetquellen zumin-

<sup>84</sup> Schmidt, KritV 1989, 303, 311.

<sup>85</sup> Deubner, in: MünchKomm-ZPO, 2012, § 495a Rn. 2.

<sup>86</sup> Ähnlich Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 99 f. m.w.N.

<sup>87</sup> AG München v. 4. April 2014, 331 C 34366/13, SVR 2014, 429, 430 f.

<sup>88</sup> Zosel, in: FS Käfer, 2009, S. 491; Dötsch, MDR 2011, 1017 Greger, in: FS Stürner, Band 1, 2013, S. 289 ff. mit vielfältigen Beispielen, aber auf S. 294 auch mit dem Hinweis, dass der Richter zwecks Achtung des Beibringungsgrundsatzes nicht Tatsachen als allgemeinkundig ansehen darf, die er durch eine Internetrecherche aufgefunden und nicht nur abgesichert hat. Liberal demgegenüber OLG Zweibrücken v. 13. Dezember 2013, 3 W 147/13, BeckRS 2014,

dest als Augenscheinobjekt nach § 371 Abs. 1 S. 2 ZPO heranziehen.<sup>89</sup> All diese Maßnahmen hätten den Vorteil, dass sie eine tatsächentreue Entscheidung ermöglichen würden, ohne dass die Komplexität der Tatsachenerforschung die Rechtsdurchsetzung regelmäßig verhindern müsste.

Einer solchermaßen vereinfachten Tatsachenerforschung mag die nicht beweibelastete Partei entgegensetzen, ihr entgehe durch den Wegfall hoher Tatsachenermittlungskosten ein strategischer Vorteil. Gerade dieser wäre aber ein Hindernis für die Rechtsdurchsetzung und daher keinesfalls schützenswert. Auch eine Beeinträchtigung der Verfahrensautonomie der Parteien ist hier nicht zu erkennen,<sup>90</sup> weil die Wahrheitserforschung gerade nicht der Dispositionsmaxime unterliegt.<sup>91</sup> Es mag auf diesem Wege dazu kommen, dass die vereinfachte Tatsachenermittlung nicht nur Verbrauchern dient, sondern auch von Unternehmen für die effektive Forderungseintreibung genutzt wird.<sup>92</sup> Das erscheint allerdings wenig kritikwürdig, weil ein verbrauchergerechtes Rechtsdurchsetzungsverfahren durchaus unternehmergerecht sein darf, dies zwecks Gleichbehandlung der Parteien sogar sein sollte.

Verbleiben dennoch systematische Nachteile von Verbrauchern auf der Tatsachenebene – etwa infolge schlechterer Beweismittelorganisation<sup>93</sup> – so sind diese Probleme im materiellen Recht anzugehen und zu bewältigen. Ein sorgsam akzentuierter Einsatz von Beweislastumkehr oder Dokumentvorlagepflichten mag hier bestehende Ungleichgewichte beseitigen. Ein parteiisches Prozessrecht aber würde die Wertungen des materiellen Rechts verändern, wenn nicht sogar verfälschen, und ist deswegen abzulehnen.<sup>94</sup>

---

13307, wonach nur eine tiefgreifende Amtsermittlung im Sinne gezielter Sachverhaltserforschung unter Ausschaltung der Prozessbeteiligten unzulässig sein soll.

<sup>89</sup> Greger, in: FS Stürner, Band 1, 2013, S. 289, 297 f.; Howe, Disp. Resol. 2015, 2/19 f.

<sup>90</sup> So aber Städing, NJW 1996, 691, 696.

<sup>91</sup> Schmidt, DRiZ 1988, 59 ff.

<sup>92</sup> Koch, Verbraucherprozessrecht, 1990, S. 83 f. m.w.N.

<sup>93</sup> Siehe oben Kapitel 2 A. III. Ausführlich Koch, Verbraucherprozessrecht, 1990, S. 93 f. m.w.N.

<sup>94</sup> Etwas anders akzentuiert Gaier, NJW 2013, 2871, 2872, der insoweit eine Leistungsmaxime erkennt, „die das Gericht namentlich bei struktureller Unterlegenheit einer Partei verpflichtet, sie vor fehlerhaftem Agieren im Prozess durch Hinweise und Aufklärung zu bewahren.“ Denn wie die strukturell schwächere Partei durchs materielle Recht geschützt werde, so müsse sie auch durch das Prozessrecht besonders in Schutz genommen werden. Eine solche kompensatorische Verhandlungsführung befürwortet zwar im Grundsatz auch Bender, in: Bender (Hrsg.), Rechtsstatsachen zum Verbraucherschutz, 1988, S. 101, 103 ff., nennt aber auch klare Grenzen: „Das Recht ist für die Wachsamten da.“ Roth, in: Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, 2009, S. 149, 171, verwirft in diesem Kontext ausdrücklich den Terminus einer „Arbeitsgemeinschaft“ zwischen Richter und Parteien; dieser wiederum geht zurück auf Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 97 ff., 109.

*bb) Rechtliches Gehör*

Rechtliches Gehör gewährt das zivilgerichtliche Verfahren nicht nur, aber insbesondere durch die mündliche Verhandlung. Die Parteien müssen Gelegenheit haben, sich zum Vorbringen der jeweiligen Gegenseite sowie zu allen wesentlichen Prozessschritten zu äußern.<sup>95</sup> Mit dem Bundesverfassungsgericht geht es dabei auch um die „Achtung der Würde des Menschen, der in einer so schwerwiegenden Lage, wie ein Prozeß sie für gewöhnlich darstellt, die Möglichkeit haben muß, sich mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten“.<sup>96</sup>

Die Zivilprozessordnung verwirklicht dieses Postulat in einer ganzen Reihe von Vorschriften, die weit über § 128 Abs. 1 ZPO und das Rügerecht des § 321a ZPO hinausgehen. Zusätzlich strahlt das Gehörsgesetz auch unabhängig von konkreter Normierung auf sämtliche Verfahrensschritte aus und ist vom Richter zur Vermeidung einer entsprechenden Rüge zwingend zu beachten. Grenzen ergeben sich allenfalls dort, wo die Äußerung eines Beteiligten aus spezifisch rechtlich angeordneten Gründen unberücksichtigt bleibt, wo sie unentschuldig verspätet vorgebracht wurde oder wo sie im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich war.<sup>97</sup>

*cc) Mündlichkeit*

Wie sich bereits in Kapitel 3 gezeigt hat, ist die Mündlichkeit des Verfahrens nicht *per se* unabdingbar für die Rechtsdurchsetzung, solange die Betroffenen die zumutbare Gelegenheit haben, ihre Forderungen und ihren Tatsachenvortrag zu artikulieren und damit Gehör zu finden. Die Mündlichkeit dient häufig dem Zweck, den Zugang der Rechtssubjekte zum Recht zu ermöglichen oder zu erleichtern; ihr kommt insofern eine wichtige Hilfsfunktion, aber kein eigenständiger Wert zu.<sup>98</sup> Ein gerichtliches Verfahren, das grundsätzlich schriftlich oder online abgewickelt wird, ohne eine mündliche Äußerung des beteiligten Verbrauchers standardisiert vorzusehen, ist insofern nicht unbedingt kritikwürdig.

Im Zivilprozess galt bis 1879 das Schriftlichkeitsprinzip, wonach nur schriftlich geäußertes Vorbringen entscheidungsrelevant sein konnte.<sup>99</sup> Dann allerdings erfolgte mit dem Erlass der Civilprozeßordnung ein radikaler Systemwechsel hin zu einem mündlichen Verfahren.<sup>100</sup> Nunmehr verbürgt § 128 Abs. 1

<sup>95</sup> BVerfG v. 22. Juni 2011, 1 BvR 2553/10, NJW-RR 2011, 1608, 1610.

<sup>96</sup> BVerfG v. 9. Juli 1980, 2 BvR 701/80, BVerfGE 55, 1, 6.

<sup>97</sup> Geisler, AnwBl 2010, 149, 154 m.w.N.

<sup>98</sup> Wagner, in: MünchKomm-ZPO, 2013, § 128 Rn. 3, beschreibt die Wahl zwischen Schriftlichkeit und Mündlichkeit demgemäß als bloße „Zweckmäßigsfrage“.

<sup>99</sup> Sog. *quod non est in actis, non est in mundo*.

<sup>100</sup> Zu den Problemen bei der Systemumstellung dereinst Sonnenschmidt, ZZP (2) 1880, 208, 210 ff., 229 ff.; und jüngst Gaier, NJW 2013, 2871, 2876 m.w.N.

ZPO, dass die Verhandlungen der Parteien zumindest im Grundsatz mündlich durchzuführen sind.<sup>101</sup> Die schriftliche Aktenführung hat heute vor allem Bedeutung zur Vorbereitung der Verhandlung und zum Nachweis des Prozessverlaufs. Allerdings erlaubt § 128 Abs. 2 ZPO den Wechsel ins schriftliche Verfahren, wenn die Parteien dem zustimmen. Für Bagatellstreitigkeiten kann das Gericht gemäß § 495a S. 1 ZPO seinerseits ein schriftliches Verfahren anordnen, muss aber auf Antrag gemäß § 495 S. 2 ZPO mündlich verhandeln. Das Vorverfahren nach § 276 ZPO findet allenthalben in der Regel schriftlich statt.

Dort, wo es vor diesem Hintergrund zu einer mündlichen Verhandlung nach § 279 ZPO kommt, reduziert sich diese gerade im amtsgerichtlichen Verfahren häufig auf ein kurzes Gespräch von kaum mehr als einer Viertelstunde. Angesichts dessen gibt es durchaus Vorstöße, den Aspekt der Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens zu stärken und dafür zu sorgen, dass sich der Zivilprozess „von dem bisher üblichen, weitgehend schriftlichen Schlagabtausch in eine echte mündliche Verhandlung verwandelt – warum nicht sogar am runden Tisch.“<sup>102</sup> Dieser Vorschlag erscheint dann diskussionswürdig, wenn eine mündliche Verhandlung tatsächlich *erforderlich* ist. Darüber hinaus mag eine echte, ausführliche mündliche Verhandlung in vielen Fällen zur Aufarbeitung eines Konfliktes sinnvoll sein, dies entspricht gerade bei Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern aber selten der Interessenlage. Hier erscheint es eher überlegenswert, die *regelmäßige* Anordnung einer mündlichen Verhandlung zu hinterfragen. Den Parteien sollte der Weg in eine mündliche Verhandlung nicht abgeschnitten werden, denn gerade für Verbraucher kann sie eine wichtige Gelegenheit zur Äußerung darstellen.<sup>103</sup> Aber mehr richterliche Reflexion und Diskretion bei der Frage, ob eine mündliche Verhandlung überhaupt zweckmäßig ist, empfiehlt sich durchaus.<sup>104</sup> Das gilt umso mehr, als der sich heute nicht aufdrängende Parteiverzicht auf die mündliche Verhandlung für manche Anspruchsinhaber auch ein Argument sein könnte, das Gerichtsverfahren überhaupt in Erwägung zu ziehen.<sup>105</sup>

#### *dd) Verständlichkeit*

Eine vierte Facette der Verfahrensgestaltung liegt in einer für Verbraucher verständlichen Ausformung, die auch dem Einmalprozessierer ein Mindestmaß an Verfahrenssouveränität verleiht. Beim Zivilprozess liegt hier ein Hauptaugenmerk, sind doch Verbraucher regelmäßig wenig versiert im Umgang mit Ge-

<sup>101</sup> Anders ist es freilich im Europäischen Verfahren für geringfügige Forderungen, wo nach Art. 5 Abs. 1 und 1a EuGFVO n.F. nur im Ausnahmefall mündlich verhandelt wird.

<sup>102</sup> Greger, JZ 1997, 1077, 1080.

<sup>103</sup> Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 55 f.

<sup>104</sup> Vgl. auch den Vorschlag von Hill, DRiZ 2015, 46, 48, die Ausnahmen von der Mündlichkeit nach § 128 Abs. 2 ZPO auszuweiten.

<sup>105</sup> Siehe oben Kapitel 2 A. II. 4. zur Rezeption der Gerichtsatmosphäre bei Verbrauchern.



richten, fühlen sich ihrem Gegenüber unterlegen, erleben den Gerichtsprozess als zu formal und zu komplex und unterliegen insofern bei der Anrufung der Gerichte einer erheblichen psychische Hemmschwelle.<sup>106</sup> Daraus ergibt sich die Herausforderung, insbesondere den Amtsgerichtsprozess als ein Verfahren ohne *formalen* Anwaltszwang auch so zu gestalten, dass darin kein *faktischer* Anwaltszwang herrscht. Man wird zwar auch durch ein sorgsam ausgestaltetes Verfahren nicht alle Verbraucher „erreichen“, weil die aktive Prozessrolle immer noch ein mündiges Individuum erfordert.<sup>107</sup> Indes sollte ein durchschnittlich verständiger Verbraucher zumindest sämtliche Teilschritte eines Verfahrens vorhersehen und selbst bewältigen können, um seinem Gegenüber auf Augenhöhe zu begegnen.<sup>108</sup>

### (1) Klageerhebung

Der erste dieser Teilschritte liegt in der Erhebung der Klage. Wenige Verbraucher werden in der Lage sein, die Voraussetzungen der Klageerhebung aus § 253 ZPO aufzufinden und zu verstehen. Der Richter selbst darf den Kläger nicht unterstützen: Der Gesetzgeber der Civilprozeßordnung 1877 hat sich bei der Formulierung des § 496 CPO bewusst nicht auf den Usus einiger Länder eingelassen, den Richter bei der Abfassung der Klageschrift helfen zu lassen.<sup>109</sup> Im Amtsgerichtsprozess lässt sich dieses Problem mit Hilfe des § 496 ZPO überwinden, wonach die Klage und sonstige Anträge und Erklärungen auch mündlich zum Protokoll der Geschäftsstelle angebracht werden können. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle bzw. nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 RPfG häufig der Rechtspfleger nehmen dabei nicht nur die Erklärung des Betroffenen entgegen, sondern sie müssen ihn darüber hinaus hinsichtlich der Sachgerechtigkeit der angestrebten Erklärungen beraten und fungieren insoweit als Rechtsbeistand des Klägers.<sup>110</sup> Diese Verfahrenserleichterung ermöglicht ein Andocken von Verbrauchern an die Formalerfordernisse des Rechtsstaats und hilft damit über die Hürde vieler Verfahrensformalien hinweg; gleichzeitig überwindet sie kaum die verbrauchertypischen Probleme von Verfahrensunkennntnis, Gerichtsscheu und Verfahrenskomplexität.<sup>111</sup>

Gerade weil der digitale Fortschritt Möglichkeiten geschaffen hat, Prozesse einfacher zu gestalten, erscheint es hier durchaus denkbar, Verbrauchern buchstäblich noch weiter entgegenzukommen: Die Schaffung einer Möglichkeit zur elektronischen Klageerhebung – gegebenenfalls auf dem Wege rechtssiche-

<sup>106</sup> *Stürmer*, in: BMELV (Hrsg.), *Alternative Streitbeilegung*, 2013, S. 9.

<sup>107</sup> *Roth*, in: Gottwald (Hrsg.), *Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan*, 2009, S. 149, 167.

<sup>108</sup> *Bender*, 40 *RabelsZ* 1976, 718, 719.

<sup>109</sup> *Toussaint*, in: BeckOK-ZPO, 2015, § 496 Rn. 5.1.

<sup>110</sup> *Deubner*, in: MünchKomm-ZPO, 2012, § 496 Rn. 8 m.w.N.

<sup>111</sup> Siehe oben Kapitel 2 A.

rer Online-Übermittlung der Erklärung verbunden mit einer nachlaufenden schriftlichen Bestätigung – würde es Verbrauchern erlauben, ein Klageverfahren einfach zu initiieren, Beweisdokumente dem Gericht gleich in elektronischer Kopie verfügbar zu machen und sich der notwendigen Komplexität des Verfahrens in aller Ruhe zu stellen. Der Gesetzgeber hat in §§ 496, 129a bzw. 253 Abs. 4, 130a ZPO bereits die Möglichkeit geschaffen, eine Klage auf elektronischem Wege einzureichen. Mit Blick darauf, dass Verbraucher vor dem Amtsgericht auch ohne Anwalt postulationsfähig sind, lässt sich eine Erweiterung des § 496 ZPO dahingehend erwägen, dass Amtsgerichte verpflichtet werden, ein einfach strukturiertes Online-Klageformular zur Verfügung zu stellen, mit dessen Hilfe insbesondere Verbraucher Klagen einreichen können.<sup>112</sup> Ein solches Formular ließe sich problemlos mit einer Ausfüllhilfe versehen, die notwendige Erklärungen zugänglich macht. Auch eine Plausibilitätskontrolle etwa hinsichtlich der Schlüssigkeit einer Klage wäre auf diesem Wege möglich. Das Online-Mahnverfahren bedient sich bereits seit langem dieser Funktionalitäten. Zwar ist hier die Darstellung gegenwärtig noch wenig verbrauchergerecht, aber die Nutzung in der Praxis zeigt, dass elektronische Antragsvorbereitung und Antragstellung durchaus implementierbar sind.<sup>113</sup> Man kann sie sogar in Ergänzung zu Prozesskostenhilfe als ein Petitum ansehen, dass dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes folgt und doch den Zivilprozess nicht sozialstaatlich überfrachtet.

## (2) Mündliche Verhandlung

Soweit individuelle Schwäche durch behördliche Mechanismen außerhalb des erkennenden Gerichts aufgefangen wird, erscheint dies verbraucherfreundlich und unproblematisch. Schwieriger wird es, wenn der Richter selbst im laufenden Verfahren Ungleichgewichtslagen ausbalancieren soll, weil er dann kaum noch unparteilich bleiben kann. Die Unerfahrenheit und das strategische Ungeschick von Einmalprozessierern werden in der Praxis vielfach von Rechtsanwältinnen ausgeglichen. Denn obgleich der Amtsgerichtsprozess gemäß § 78 Abs. 1 ZPO keinen Anwaltszwang vorsieht, verzichtet dort heute nur einer von acht Klägern auf einen Anwalt.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> Formulare zur Rechtsausübung sind alles andere als unbekannt, vgl. etwa das Widerrufsformular in Anlage 7 zum EGBGB; siehe auch *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 1994, S. 377; im Kontext europäischer Gerichtsverfahren *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 3 Rn. 55 ff.; ihm folgend *Kern*, JZ 2012, 389, 394. Zur Bedeutung von Technologie für den Zugang zum Recht *Maultzsch*, in: International Association of Procedural Law (Hrsg.), *Constitution and Proceedings*, 2014, S. 247 ff.

<sup>113</sup> Ausführlich unten Kapitel 4 I. 2.

<sup>114</sup> Siehe oben Kap. 2 Fn. 22. Freilich ist das Mandatsgeschäft mit geringen Streitwerten für Anwälte nur bedingt lukrativ; *Kilian*, AnwBl 2014, 1004 ff.

So sehr die häufig Hinzuziehung von Anwälten den durch sie vertretenen Verbrauchern hilft, so sehr ist sie doch auch Indiz dafür, dass viele Anspruchspräsidenten das Gericht gar nicht erst erreichen, weil sie sich dem Prozess nur in Begleitung eines Anwalts gewachsen fühlen würden, diesen aber nicht bezahlen können oder wollen. Gerade bei geringwertigen Streitigkeiten erscheinen die anwaltlichen Gebührensätze prohibitiv hoch. Umso wichtiger erscheint es, die *theoretisch* nicht anwaltsbedürftige mündliche Verhandlung auch *praktisch* so auszugestalten, dass sich ein durchschnittlicher Verbraucher ihr allein gewachsen fühlt.<sup>115</sup> Das geschieht heute bereits teilweise durch Hilfestellungen der Gerichte,<sup>116</sup> die letztlich in der Materialisierung des Zivilprozesses wurzeln.<sup>117</sup> Es könnte zukünftig durch eine einfach verständliche Darstellung von Funktion und Zielen des Verhandlungstermins in der Terminladung ergänzt werden.

### (3) Entscheidung

Die Verständlichkeit eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens für Verbraucher artikuliert sich schließlich auch in der Kommunikation der gerichtlichen Entscheidung und ihrer Gründe. Eine Justizerfahrung kann für Einmal- und Seltenprozessierer eine wichtige Lebenserfahrung sein, die ihr Vertrauen in die Rechtsordnung und in die Lauterkeit staatlicher Macht fürderhin grundlegend prägt. Umso wichtiger erscheint es, dass die Justiz bei diesen seltenen Begegnungen mit dem einzelnen Rechtssubjekt eine überzeugende Visitenkarte<sup>118</sup> vorweist.

Gibt das Gericht dem Begehren eines Verbrauchers statt und stellt ihm anschließend nötigenfalls auch noch wirksame Vollstreckungsmechanismen zur Verfügung, wird dies sein Norm- und Staatsvertrauen in der Regel von selbst stärken. Heikler gestaltet sich die Kommunikation einer differenzierten oder gar anspruchsnegierenden Entscheidung. Für den Unterliegenden sind die Entscheidungsgründe ganz maßgeblich dafür, ob er die Rechtsprechung innerlich akzeptiert.

Einen nicht zu unterschätzenden Störfaktor für die Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen können die Gerichte dabei nur begrenzt beeinflussen: Bei anwaltlich vertretenen Verbrauchern hat in der Regel nicht das Gericht, sondern der Anwalt mit seiner Interpretation des Urteils das letzte Wort. Bei Beratungsfehlern des Anwalts – und sei es nur eine unzureichende Aufklärung über das

<sup>115</sup> International gilt der deutsche Zivilprozess wegen der starken Stellung des Richters schon lange als Vorbild, vgl. bereits *Pound*, 26 Harv. L. Rev. 1913, 302, 318 f.

<sup>116</sup> *Stürner*, in: FS Baur, 1981, S. 647, 657, spricht von einer Unterstützung schlecht prozedierender wie auch vom situativen Schutz ansonsten gut prozedierender Parteien.

<sup>117</sup> Zum Für und Wider einer „kompensatorischen Prozessleitung“ *Koch*, Verbraucherprozessrecht, 1990, S. 53 f. Siehe auch die Nachweise oben Kap. 4 Fn. 47.

<sup>118</sup> Diesen Begriff verwendet *Gross*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035.

Prozessrisiko<sup>119</sup> – besteht nach Ergehen des Urteils eine große Versuchung für Anwälte, die gerichtliche Entscheidung als fehlerhaft abzutun, auch um von eigenen Fehlern abzulenken und den Gedanken an einen Anwaltshaftungsanspruch gar nicht erst aufkommen zu lassen.

Um dies zu verhindern, könnten Richter am Ende der mündlichen Verhandlung dem Mandanten einen vorsichtigen Hinweis darauf geben, dass die Annahme eines Beratungsfehlers nahe liegt. Dies wiederum wäre ein gravierender Eingriff in das Vertrauensverhältnis einer Mandantenbeziehung. In krassen Fällen offensichtlicher Fehlerwartung beim Mandanten mag ein solcher Hinweis im Einzelfall einmal angezeigt sein. Da Richter im Zweifel allerdings auch taktische Erwägungen der Prozessparteien nicht überblicken, ist insoweit große Vorsicht zu wahren.

#### (4) Sonderproblem Sprachdisparität

Ein besonderer Topos von Verständnisproblemen betrifft Sprachdisparitäten der Parteien untereinander, besonders aber zwischen den Parteien einerseits und dem Gericht andererseits. Gemäß § 184 S. 1 GVG ist in Deutschland die Gerichtssprache Deutsch; danach müssen zwar nicht unbedingt Beweismittel, aber doch alle prozessualen Erklärungen in deutscher Sprache erfolgen.<sup>120</sup> Sonstige Prozesskommunikation kann nur dann nach § 185 Abs. 2 GVG in einer fremden Sprache erfolgen, wenn ausnahmslos alle Verfahrensbeteiligten dieser mächtig sind.<sup>121</sup> Bleibt es bei der deutschen Sprache, so erschwert es beispielsweise die Beweisführung des Verbrauchers erheblich, wenn die Vertragsdokumentation in einer fremden Sprache abgefasst ist.

Noch steiniger ist der Gang eines Verbrauchers vor das Gericht eines anderen Mitgliedstaates. Für grenzüberschreitende Verfahren sorgt Art. 18 Brüssel-Ia-VO zwar dafür, dass Verbraucher ihre Forderungen häufig vor heimischen Gerichten geltend machen können. Selbst hier existieren aber noch erhebliche Lücken, welche die Rechtsdurchsetzung beeinflussen. Wenn etwa Rechtsgüter eines Verbrauchers im Ausland deliktisch geschädigt werden,<sup>122</sup> verbleibt der

<sup>119</sup> Rechtsanwälte schulden ihren Mandanten aus dem Mandatsvertrag eigentlich eine klare Aufklärung über Risiken der in Betracht kommenden strategischen Züge, verharren aber in der Regel bei einer pauschalen und teilweise ungerechtfertigt optimistischen Einschätzung; vgl. *Eidenmüller*, ZJP (113) 2000, 5 f.

<sup>120</sup> *Armbrüster*, NJW 2011, 812, 813. Siehe auch *Arnold*, in: Clavara/Garber (Hrsg.), Sprache und Zivilverfahrensrecht, 2013, S. 161 ff.

<sup>121</sup> Dies wird allenfalls bei wenigen Weltsprachen in Einzelfällen eintreten; abgesehen davon plädiert *Armbrüster*, NJW 2011, 812, 814, unter Berufung auf den Öffentlichkeitsgrundsatz für eine zurückhaltende Anwendung dieser Norm.

<sup>122</sup> Ein durchaus praxisrelevantes Beispiel dafür ist die unternehmerische Verletzung geistiger Eigentumsrechte im Ausland. Es handelt sich hier zwar nicht um eine Konstellation aus dem Verbrauchervertragsrecht, wohl aber stehen sich Verbraucher und Unternehmer in sehr ähnlicher Weise gegenüber.

Gerichtsstand nach Art. 4, 5 Abs. 1, 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-VO ebendort. Ist der Verbraucher der ausländischen Sprache nicht zufällig mächtig, bleibt sein Recht in der Regel undurchgesetzt. In die Anreizperspektive übersetzt bedeutet dies: Geringwertige Rechtsgüter fremdsprachiger Ausländer kann man außerhalb von Verträgen und abgesehen von strafrechtlicher Verantwortlichkeit im Regelfall fast ungeniert schädigen, weil kein verbraucherverständliches Verfahren zur Rechtsdurchsetzung existiert. Dieses Problem lässt sich auch durch Verhandlungsagenten wie Rechtsanwälte kaum beheben, denn es gibt kaum einen Markt für maßvoll vergütete Rechtsanwälte mit bilingualem Mandatsführung.

Eine Überwindung der Sprachbarriere erscheint gegenwärtig am ehesten durch eine zentrale Vermittlungssprache denkbar. Würde man in grenzüberschreitenden Verfahren die *lingua franca* als zentrale Verfahrenssprache etablieren, wäre das Verfahren zumindest für deutlich mehr Verbraucher nutzbar, als dies heute der Fall ist.<sup>123</sup> Mittelfristig würde sich auch ein Anwaltsmarkt entwickeln, der sich auf die Begleitung dieser Verfahren zu moderaten Preisen spezialisiert. Solange sich das Verfahren auf Rechtsprechung zum europäischen Privatrecht konzentrieren würde, wären auch Übersetzungsfriktionen gering, da die anzuwendenden Vorschriften ohnehin in den Sprachen aller EU-Mitgliedstaaten existieren und es damit einen weitgehenden Bedeutungsgleichlauf gibt. Für Streitigkeiten im Bereich des internationalen Handelsrechts gibt es bereits entsprechende Pilotprojekte,<sup>124</sup> für Verbrauchersachen erscheint Ähnliches gerade im Bereich des europäischen Privatrechts durchaus auch denkbar.<sup>125</sup>

### ee) Erreichbarkeit

Ein weiterer wichtiger Bewertungsmaßstab für Mechanismen der Verbraucherrechtsdurchsetzung ist die lokale Erreichbarkeit der Rechtsdurchsetzungsinstitution. Wenn diese für den Verbraucher nicht räumlich greifbar ist, wird er regelmäßig auf ihre Inanspruchnahme verzichten. Dieses Kriterium entfaltet insbesondere dort Relevanz, wo zwischen den Streitparteien große räumliche Distanz herrscht, so dass sich überhaupt erst die Frage stellt, in wessen Nähe die gerichtliche Durchsetzung einer prätendierten Forderung stattzufinden hat.

Die danach dilemmatische Entscheidung zwischen den Interessen beider Parteien treffen gerichtliche Verfahren in der Regel zu Lasten des Anspruchstellers, so etwa in den Zuständigkeitsnormen der §§ 13, 17 Abs. 1, 21 ZPO. Der zentrale Grund für dieses Beklagtenprivileg liegt darin, dass es nicht im Ermes-

<sup>123</sup> Kern, 5 Erasmus L. Rev. 2012, 187, 191 f.

<sup>124</sup> Siehe etwa den Bundesratsentwurf für ein Gesetz zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG) in BT-Drs. 18/1287; dazu Salger, AnwBl 2012, 40 ff.; Hoffmann, Kammern für internationale Handelssachen, 2011, S. 180 ff.; kritisch Prütting, AnwBl 2013, 401, 404 („nur eine winzige Ergänzung des Justizangebots“); Gross, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1042 („Fata Morgana“).

<sup>125</sup> Siehe dazu noch unten unter Kapitel 4 A. II.

sen des Beklagten steht, verklagt zu werden, so dass diesem der buchstäbliche Gang vor Gericht, den er womöglich nicht einmal veranlasst hat, nicht schwer gemacht werden soll; zusätzlich spielen die Sachnähe und Fachkunde des dortigen Gerichts eine Rolle.<sup>126</sup> Denn schließlich mutet das System auch dem unberechtigt Verklagten zu, sich gegen die Inanspruchnahme durch den Forderungsprätendenten zur Wehr zu setzen; dann aber soll die Abwehr einer unberechtigten Forderung möglichst einfach sein, damit derjenige, der sich eines Anspruchs berüht, nicht schon deswegen Erfolg hat, weil der Verteidigungsaufwand für sein Gegenüber zu groß wäre.<sup>127</sup>

Das Argument für eine Bevorzugung des Anspruchsgegners lässt sich freilich auch umkehren. Aus der Vogelperspektive erscheint es immerhin als zufällig, wer Kläger und wer Beklagter ist, weil beide für sich ein bestimmtes Recht in Anspruch nehmen. So ließe sich durchaus auch erwägen, den allgemeinen Gerichtsstand am Wohnort des Klägers einzurichten und dies damit zu begründen, dass für Anspruchsgegner sonst ein erheblicher Anreiz bestünde, die Erfüllung berechtigter Forderungen auswärtiger Anspruchsinhaber in dem Bewusstsein zu verweigern, dass diese sie ohnehin nur mit geringer Wahrscheinlichkeit einklagen werden. Immerhin spricht zumindest gegenwärtig einiges dafür, dass die Gefahr größer ist, dass die Gegner eines berechtigten Anspruchs diesen im Bewusstsein geringer Klagegefahr abstreiten, als diejenige, dass Prätendenten tatsächlich nicht bestehender Ansprüche diese in Erwartung eines Anerkenntnisses oder einer Versäumnis der Gegenseite gerichtlich durchsetzen.

Nur wenige spezielle Verbrauchergerichtsstände folgen dieser oder einer ähnlichen Ratio und privilegieren den Anspruchsteller. Die besonderen oder ausschließlichen Gerichtsstände nach den §§ 20 ff. ZPO rechtfertigen sich durch eine besondere örtliche Verwurzelung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien. Auf europäischer Ebene existiert mit Art. 18 Brüssel-Ia-VO ein spezieller Gerichtsstand am Wohnsitz des Verbrauchers, der gemäß Art. 17 Abs. 1 lit. c) Brüssel-Ia-VO insbesondere für grenzüberschreitende Verbraucherverträge und im Unterschied zur Vorgängerregelung in Art. 16 der Brüssel-I-VO auch für Klagen gegen Unternehmen mit einem Sitz außerhalb der Europäischen Union gilt.<sup>128</sup> Auf nationaler Ebene hat der deutsche Gesetzgeber für den Spezialfall der Haustürgeschäfte im Sinne von § 312b BGB einen Verbrauchergeschäftsstand in § 29c ZPO geschaffen.<sup>129</sup> Außerhalb dessen sind klagende Verbraucher aber häufig auf eine Klage am Wohnsitzgerichtsstand des Anspruchs-

---

<sup>126</sup> Grundsätze des *favor defensionis* und *actor sequitur forum rei*; vgl. *Heinrich*, in: *Musiak/Voit, ZPO*, 2015, § 12 Rn. 1 m.w.N.; *Patzina*, in: *MünchKomm-ZPO*, 2013, § 12 Rn. 2 m.w.N.

<sup>127</sup> Ausführlich *Koch*, *Verbraucherprozeßrecht*, 1990, S. 69 ff.

<sup>128</sup> *Mankowski*, *RIW* 2014, 625 ff. Vgl. auch *Gsell, ZZP* (127) 2014, 431, 433 ff.

<sup>129</sup> Zur Problematik von Gerichtsstandsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern *Micklitz, DJT-Gutachten A*, 2012, S. 90 ff.

gegners nach §§ 12 f. ZPO beschränkt. Auch der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach § 29 ZPO hilft ihnen nicht, weil zumindest im kaufvertraglichen Bereich der Leistungsort gemäß § 269 Abs. 2, 3 BGB regelmäßig am Ort der Niederlassung des Unternehmers liegt. Allein die *Erhebung* der Klage kann nach §§ 129a, 496 ZPO auch vor anderen Amtsgerichten vorgenommen werden.

Nun darf man die Tatsache, dass es keine nennenswerten Praxisprobleme mit klägerfreundlichen Gerichtsständen gibt, freilich nicht vorschnell so deuten, dass der Schutz des Anspruchsgegners generell verzichtbar wäre, weil missbräuchliche Klagen faktisch nicht auftraten. Denn gerade Verbraucher erheben unabhängig vom Gerichtsstand aus vielen anderen Gründen nur sehr selten grenzüberschreitende Klagen. Gäbe es einen allgemeinen Klägergerichtsstand insbesondere auch für den nicht grenzüberschreitenden Bereich, so dürfte der darin wurzelnde strategische Vorteil des Klägers schnell an Bekanntheit gewinnen und das Klagevolumen entsprechend steigen. Müssten Unternehmen in ernstzunehmendem Umfang Verbraucherklagen vor den Gerichten am Wohnsitzort ihrer Kunden gewärtigen, würde ihre wirtschaftliche Tätigkeit auf auswärtigen Märkten erheblich an Attraktivität einbüßen. Dies gälte für den überregionalen wie für den grenzüberschreitenden Handel. Der Binnenmarkt würde dadurch vermutlich geschwächt. Zwar stützt sich gerade die Brüssel-Ia-VO ausweislich ihrer Präambel nicht auf die Binnenmarktcompetenz des Art. 114 AEUV, allerdings würde an einer Schwächung des Binnenmarkts offenbar, dass sich das Problem der lokalen Erreichbarkeit eines Verfahrens zumindest auf klassischem Wege nicht für *beide* Parteien befriedigend lösen lässt.

Dieser Befund wirft die Diskussion um den sachgerechten Gerichtsstand auf das Problem der Diskrepanz zwischen Leistungs- und Erfolgsort zurück, die zur Entfernung des Gerichtsstands vom Wohnort des beteiligten Verbrauchers führt. Dieser Fall, der vor wenigen Jahrzehnten noch eine Ausnahme war, ist im Zeitalter des boomenden Versandhandels zumindest im Bereich von Kaufverträgen zum Alltag geworden. Der Gesetzgeber hat dieses Problem für den Zivilprozess bisher nicht gelöst, sondern die skizzierte Regel des Gerichtsstands beim versendenden Unternehmer beibehalten. Das ist auch deswegen bemerkenswert, weil sich gerade beim Versandhandel nicht nur die Aktivität des kaufenden Verbrauchers, sondern auch diejenige des verkaufenden Unternehmers entscheidend vom Wohnsitz bzw. Niederlassungsort des Letzteren gelöst hat und nunmehr in erheblichem Umfang im Internet stattfindet. Diese Radizierung eines Vertrags im digitalen Raum führt zu der Frage, ob nicht auch der Gerichtsstand vom Sitz des Unternehmers losgelöst und darüber hinaus womöglich sogar in die digitale Sphäre verlagert, das Verfahren also vornehmlich online geführt werden könnte.

Während das Fehlen eines Verbrauchergerichtsstandes im Versandhandel die Durchsetzung vertraglicher Verbraucherrechte heute erheblich erschwert, könnte ein Online-Gerichtsstand einen Gleichlauf der Medien des Vertrags-

schlusses und der Rechtsdurchsetzung ermöglichen. Ein Online-Gerichtsstand für Online-Geschäfte entspräche auch dem Prinzip der Sachnähe des erkennenden Gerichts: Verbrauchern, die Fernabsatzverträge im Internet abschließen, wird es im Zweifel auch zumutbar sein, ein Gericht anzurufen, dessen Verfahren vorrangig auf elektronischem Wege abgewickelt wird. Gleichzeitig ergäbe sich so eine Spezialisierung eines solchen Gerichts auf vertragsrechtliche Fragen des Internethandels, von denen die Qualität der Entscheidungen profitieren dürfte. Freilich müsste die Möglichkeit erhalten bleiben, gewisse Verfahrenselemente wie etwa bestimmte Fälle der Beweisaufnahme in der nicht-digitalen Form oder auf Antrag hin auch eine mündliche Anhörung oder Verhandlung zu ermöglichen. Dies könnte aber durch ein zentral gelegenes physisches Gericht gewährleistet werden, vor dem diejenigen Fälle verhandelt würden, die ein präsenes Verfahren erfordern.

### ff) Öffentlichkeit

Der Grundsatz der Öffentlichkeit ist für den Zivilprozess durch § 169 S. 1 GVG gesetzlich vorgegeben und beinhaltet zwei wichtige Facetten: Einerseits sind die gerichtlichen Verhandlungen öffentlich, andererseits werden auch gerichtliche Entscheidungen öffentlich verkündet und zugänglich gemacht.<sup>130</sup> An dieser Stelle interessiert der erstere Aspekt der Öffentlichkeit der Verhandlung, der oben<sup>131</sup> für der Rechtsdurchsetzung dienlich, aber nicht zwingend befunden wurde.<sup>132</sup>

An der Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens hapert es in der Praxis aus zwei Gründen. Zum einen finden die meisten Prozesse statt, ohne dass Nichtbeteiligte aus der interessierten Öffentlichkeit anwesend wären. Zum anderen hat sich die Gerichtspraxis auf eben jenen Zustand eingerichtet und verlagert im Einklang mit § 129 ZPO den wesentlichen Teil der Rechtsdiskussion auf die Schriftsätze und behandelt in der mündlichen Verhandlung nur noch einzelne Tatsachen-, Beweis- oder Rechtsfragen. Dies führt dazu, dass die Öffentlichkeit, wenn sie denn doch einmal in der Verhandlung erscheint, trotz der richterlichen Einführung in den Sach- und Streitstand allein schon infolge der Bezugnahme der Beteiligten auf schriftsätzliches Vorbringen dem Verfahren in wesentlichen Punkten nicht mehr folgen kann.<sup>133</sup> Das wiederum senkt die

<sup>130</sup> Siehe *Zimmermann*, in: MünchKomm-ZPO, 2013, § 169 GVG Rn. 11 ff. m.w.N.

<sup>131</sup> Kapitel 3 C. VI.

<sup>132</sup> Zum letzteren Aspekt der öffentlichen Verkündung von Gerichtsentscheidungen siehe unten Kapitel 4 A. I. 1. d) cc).

<sup>133</sup> *Arnold*, in: FS Simotta, 2012, S. 11, 16 f.; *Zimmermann*, in: MünchKomm-ZPO, 2013, § 169 GVG Rn. 1, zufolge ist „die Öffentlichkeit nur noch theoretisch Funktionsvoraussetzung für eine effektive Ausübung öffentlicher Kontrolle“. Ähnlich formuliert *Haft*, in: FS Simotta, 2012, S. 197, 198, formuliert: „Die Epoche der Mündlichkeit ist vorbei.“



Wahrscheinlichkeit noch weiter, dass sich die Öffentlichkeit für die Verhandlung interessiert.

Um diese Entwicklung umzukehren, müsste der Gesetzgeber den Ablauf der Prozessvorbereitung grundlegend umstrukturieren. Dass die Verfahrenskontrolle durch die Öffentlichkeit sodann wirksamer würde, ist allerdings alles andere als evident. Eine erhebliche Dynamik hin zu mehr öffentlicher Anteilnahme könnte sich allenfalls durch eine technologische Öffnung des Verfahrens ergeben. So könnte man erwägen, im Zuge einer teilweisen Verlagerung des Verfahrens auf die digitale Ebene auch Schriftwechsel und Verhandlungen ubiquitär online verfügbar zu machen. Weitergehend wäre es sogar denkbar, mündliche Verhandlungen zu streamen und damit ihre Öffentlichkeitswirkung schlagartig zu erhöhen. Indes spricht der Rechtsgedanke des § 169 S. 2 GVG gegen ein derart extensives Verständnis der Öffentlichkeit. Denn die mittelbare Öffentlichkeit jenseits der persönlichen Anwesenheit von Interessierten birgt erhebliche Unwägbarkeiten, insbesondere mit Blick auf öffentliche Vor-Urteile und die zu befürchtende zweckwidrige Verwendung von Bild- und Tonaufzeichnungen.<sup>134</sup> Es erscheint daher sachgerecht, wenn sich die *lex lata* auf ein Mindestmaß an Rechtsprechungskontrolle durch die bloße *Möglichkeit* der Teilnahme der Öffentlichkeit an mündlichen Gerichtsverhandlungen zurückzieht.

### gg) Verfahrenskosten

Die finanzielle Komponente des Schwächerenschutzes im Zivilprozess bildet die Prozesskostenhilfe nach §§ 114 ff. ZPO. Diese Vorschriften schützen diejenigen, der aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse sonst nicht in der Lage wäre, mit anwaltlicher Hilfe um seine bürgerlichen Rechte zu streiten. Sie schützen allerdings nicht diejenigen, der die anwaltliche Begleitung grundsätzlich zahlen könnte, für den sich ein Rechtsstreit aber aufgrund eines Missverhältnisses zwischen Prozesskosten und Prozesswert nicht rechnet. Wird ein Anspruchsinhaber durch ein solches Missverhältnis faktisch von der gerichtlichen Durchsetzung seiner Rechte abgehalten, steht eine Verletzung der staatlichen Justizgewährungspflicht im Raum.<sup>135</sup>

<sup>134</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit von § 169 S. 2 GVG BVerfG v. 24. Januar 2001, 1 BvR 2623/95 und 1 BvR 622/99, BVerfGE 103, 44. Grundlegend und differenzierend von *Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, S. 301 ff. Siehe auch *Arnold*, in: FS Simotta, 2012, S. 11, 17 f.; *Zimmermann*, in: MünchKomm-ZPO, 2013, § 169 GVG Rn. 43 ff. Neuerdings gibt es freilich in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Neufassung des § 169 GVG rechtspolitische Überlegungen, Bild- und Tonübertragungen aus dem Gerichtssaal auch außerhalb des § 17a BVerfGG zuzulassen; mit Blick auf eine störungsfreie gerichtliche Wahrheitsfindung und auf die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen erscheint die *lex lata* hier allerdings vorzugswürdig.

<sup>135</sup> BVerfG v. 12. Februar 1992, 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337, 347; dem folgend *Wolf*, ZZP (128) 2015, 69, 79 ff., 88 ff. („objektiv-relative Kostensperre“).

Insbesondere investitionsscheue und risikoaverse Verbraucher schrecken häufig vor der Anrufung der Gerichte zurück, weil sie dem *erwarteten* Erfolgswert eines Prozesses nicht die *erwarteten* Investitionen, sondern die *maximalen* Investitionen gegenüberstellen. Weil die Komplexität des amtsgerichtlichen Verfahrens in der Regel dazu führt, dass beide Seiten anwaltlich vertreten sind, erreichen allein die monetären Kosten eines Gerichtsprozess ein beträchtliches Ausmaß. Bis zu einem Streitwert von knapp 500 € übersteigen sie den Streitwert, und bei einem Streitwert von 5.000 € liegen sie noch immer bei der Hälfte dieser Summe. Geht ein Verbraucher dann etwa mit einer Zweidrittelwahrscheinlichkeit davon aus, vor Gericht zu obsiegen, so lohnt sich ein Prozess für ihn erst ab einem Streitwert von etwa 1.300 €, weil sich nach der besagten Gegenüberstellung überschlägig berechneter maximaler Kosten mit dem erwarteten Gewinn erst dann ein Prozess zu lohnen beginnt. Bezieht der Verbraucher dann auch noch die nicht-monetären Kosten, insbesondere die typischerweise erhebliche Risikoaversion und Gerichtsscheu mit ein, wird der Streitwert, ab dem sich ein Prozess lohnt, sogar noch größer.

Der Staat kommt den Betroffenen zwar durch die Streitwertabhängigkeit der Rechtsanwaltsvergütung nach § 2 Abs. 1 RVG wie auch der Gerichtskosten nach § 3 Abs. 1 GKG entgegen. Vielfach sind die Kosten aber dennoch letztlich prohibitiv hoch. Das gilt insbesondere für Streitwerte im ein- und zweistelligen Euro-Bereich, weil die Gerichtskosten für ein streitig beendetes Verfahren gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Nr. 1210 KV GKG nicht unter 105 € sinken. Rechtssuchende können ihr Risiko in der Regel auch nicht durch Vereinbarung einer erfolgsabhängigen Anwaltsvergütung abwälzen, weil Erfolgshonorare gemäß § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO i.V.m. § 4a RVG von engen Ausnahmefällen abgesehen nicht mit dieser Zielrichtung vereinbart werden dürfen.<sup>136</sup>

Dieses durch individuelle Risikoaversion erheblich begünstigte Rechtszugangsproblem fangen die Betroffenen zum Teil selbst durch den Abschluss einer Rechtsschutzversicherung auf.<sup>137</sup> Allerdings ist die Mehrheit der deutschen Haushalte nicht rechtsschutzversichert, und die Idee einer Pflicht-Rechtsschutzversicherung wird mit guten Gründen überwiegend kritisch gesehen.<sup>138</sup> Selbst wenn der Anteil der Versicherungsnehmer in der Bevölkerung erheblich größer wäre, könnte man nicht darüber hinwegsehen, dass von den Versicherten

---

<sup>136</sup> Teubel, in: Mayer/Kroiß, RVG, 2013, § 4a Rn. 28, 30, 32. Auch das BVerfG qualifiziert insofern die Frage nach der Zulässigkeit anwaltlicher Erfolgshonorare als eine nach dem Zugang zum Recht, BVerfG v. 12. Dezember 2006, 1 BvR 1576/04, BVerfGE 117, 163, 196 f.

<sup>137</sup> Zu den ähnlich wirkenden Mechanismen des Erfolgshonorars in den USA und des prozentualen Erfolgsaufschlags in England Junker, ZJP (128) 2015, 3 ff.

<sup>138</sup> Siehe ursprünglich Baur, JZ 1972, 75, 77 f.; kritisch Baumgärtel, JZ 1975, 425, 428 f., und Baumgärtel, Gleicher Zugang zum Recht für alle, 1976, S. 139 ff.; weiter Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 61 f.; neuerdings Hedderich, Pflichtversicherung, 2011, S. 454 ff. und Möbius, Das Prinzip der Rechtsschutzgleichheit im System der Prozesskostenhilfe, 2014, S. 338 ff.

heute viele trotz des eigentlich auf das Gegenteil deutenden *moral-hazard*-Phänomens<sup>139</sup> von der Verfolgung ihrer Rechte ab, weil die verbleibenden, insbesondere nicht-monetären Verfahrenskosten für sie noch immer prohibitiv hoch sind.<sup>140</sup>

Dies leitet zu der Überlegung, ob es denkbar wäre, den prozessführenden Verbraucher oder sogar die Parteien generell oder zumindest hinsichtlich der Gutachterkosten<sup>141</sup> von Prozesskosten freizustellen. So wird etwa in der Diskussion um das neue Schweizer Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) erwogen, Verbrauchern die Verfahrensnutzung dadurch zu erleichtern, dass sie auch bei einem prozessualen Misserfolg nicht die Kosten der Gegenseite tragen müssen.<sup>142</sup> Und in Frankreich erhebt der Staat für die Inanspruchnahme seiner Gerichte von vornherein fast gar keine Gerichtskosten, sondern beschränkt sich auf wenige Arten spezieller Schutzgebühren.<sup>143</sup> Zusätzlich zu diesen Mechanismen könnte man erwägen, dem vom Verbraucher beklagten Unternehmer bei geringen Streitwerten den Vorteil der Gerichtskostensubvention jedenfalls in den Fällen zu entziehen, in denen die Klage durch gewerbliches Handeln des Unternehmers veranlasst war.

All diese Vorschläge kranken indes daran, dass sie in der Gefahr stehen, nicht Waffengleichheit zwischen den Parteien herzustellen, sondern darüber hinaus den Unternehmer in den Nachteil zu setzen. Verfahren mit einem Kostenumgleichgewicht setzen für die bevorrechtigte Seite einen erheblichen Anreiz zum Verfahrensmisbrauch. Es ist empirisch unklar, wie manifest sich dieser Anreiz in der Praxis realisieren könnte, jedenfalls eine *Freistellung* des Verbrauchers von jeglichen Kosten könnte danach aber problematisch sein. Zudem: Auch wenn der Zugang zum Recht für die faktische Nutzung der individuellen Rechtsdurchsetzung elementare Bedeutung hat, wird man kaum eine Pflicht des Staates erkennen, die monetären und nichtmonetären Kosten eines Zivilprozesses so weit zu senken, dass sämtliche prozesswidrigen Anreize für Verbraucher dadurch nivelliert werden.<sup>144</sup> Der Staat muss seine Bürger nicht zum Gericht

<sup>139</sup> *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 128; *Polinsky*, An Introduction to Law and Economics, 2011, S. 60; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012, S. 692 f.

<sup>140</sup> Mit guten Gründen weist *Koch*, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 62, darauf hin, dass eine Fülle nicht-monetärer Gesichtspunkte für die Klageentscheidung von Verbrauchern wöglichlich bedeutsamer sein könnte.

<sup>141</sup> *Reich*, in: Reich/Micklitz (Hrsg.), Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 381, 399.

<sup>142</sup> Art. 92 S. 1 FIDLEG-E i.d.F. der Vernehmlassungsvorlage 2014. Dies ginge in Richtung einer einseitigen Hinwendung zur sog. *American Rule* des Kostenrechts, wonach jede Partei ihre Kosten selbst trägt; vgl. Rule 54 (d) (1) der US Federal Rules of Civil Procedure, wonach grundsätzlich der im Prozess Unterlegene der Gegenseite nur die Gerichtskosten erstatten muss.

<sup>143</sup> *Gross*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1040 Fn. 14.

<sup>144</sup> Ähnlich BVerfG v. 12. Februar 1992, 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337, 348.

tragen. So bleibt es hinsichtlich der Verfahrenskosten bei dem Petitem, dass der Staat allenfalls zur Steigerung der Effizienz seiner Verfahren aufgerufen ist, um die Kostenlast für klagende Verbraucher jedenfalls nicht unnötig zu erhöhen.<sup>145</sup>

### *hb) Effizienz*

Der letzte Aspekt der Bewertungsmaßstäbe für die Verfahrensgestaltung betrifft die Effizienz des Verfahrens. Die Verfahrensgestaltung ist effizient, wenn Kosten und Nutzen zueinander im optimalen Verhältnis stehen. Die Bedeutung der Effizienz im gerichtlichen Verfahren hat jüngst vor allem in einer Reihe sogenannter Justizbarometer<sup>146</sup> sowie in einem Programm der Europäischen Kommission zu den Grundlagen der staatlichen Gerichtsbarkeit („Assises de la Justice“) ihren Niederschlag gefunden.<sup>147</sup> Diese europarechtspolitischen Handlungsfelder stehen freilich unter der Begrenzung der zivilprozessualen Kompetenz der EU aus Art. 81 AEUV, die sich dem engen Rahmen dieser Norm auch nicht durch ihre wirtschaftspolitische Bedeutung entziehen können.<sup>148</sup> Juridische Effizienz ist allerdings ohnehin auch aus der Binnensicht mitgliedstaatlicher Gesetzgeber bedeutsam. Mögliche Effizienzgewinne in der Justiz werden gegenwärtig insbesondere unter den Aspekten Privatisierung, Entformalisierung, Konzentration und Digitalisierung diskutiert.

#### *(1) Effizienzgewinne durch Privatisierung*

Die Privatisierung von Staatsaufgaben gilt gemeinhin als eine Möglichkeit, Organisationsabläufe straffer und wirtschaftlicher zu strukturieren. Insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge hat die Privatisierung in den vergangenen Jahren erheblich Raum gegriffen. Im Bereich staatlicher Gewaltausübung, zu dem auch die Justiz zählt, sind die Möglichkeiten zur Privatisierung zwar begrenzt, auch hier gilt jedoch, dass es staatsrechtlich nicht schlechterdings unzulässig ist, begrenzte Teilaufgaben der Justiz Privaten anzuvertrauen.<sup>149</sup>

Soweit die Vorschläge für eine Privatisierung der Justiz nicht das gesamte Verfahren, sondern nur Einzelbereiche betreffen,<sup>150</sup> setzen sie vornehmlich an der Person des Richters an. Das geschieht nicht ohne Grund: Trotz Rückgang der Verfahrenseingänge klagt ein Großteil der Richter der unteren Instanzen

<sup>145</sup> Siehe dazu sogleich Kapitel 4 A. I. 1. c) hh).

<sup>146</sup> COM(2015) 116 final; siehe dazu *Reding*, ZRP 2014, 30; kritisch *Thein*, ZRP 2014, 30; *Werner*, DRiZ 2014, 236 f.

<sup>147</sup> Siehe die Dokumente unter [http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/index_en.htm).

<sup>148</sup> So das zivilrechtliche Diskussionspapier der Bundesrepublik Deutschland zu den Assises de la Justice, S. 7.

<sup>149</sup> Siehe dazu bereits oben Kapitel 3 B. VI.

<sup>150</sup> Zur Privatisierung des Rechtsdurchsetzungsverfahrens durch systematische außegerichtliche Streitbeilegung siehe unten Kapitel 5.

der ordentlichen Gerichtsbarkeit über das Maß der Arbeitsbelastung.<sup>151</sup> Da eine Erhöhung der Anzahl der Richterstellen in aller Regel haushaltspolitisch nicht opportun erscheint, konzentrieren sich die in jüngerer Zeit diskutierten Ideen im Wesentlichen auf eine Unterstützung des Richters durch nichtrichterliche Juristen. Erwogen wird insbesondere die Installation privater Richterassistenten, die dem Richter als freie Mitarbeiter durch Vorbereitung, Aufarbeitung und Recherche zuarbeiten könnten und im Unterschied zum Rechtsreferendar nicht gleichzeitig vom zuständigen Richter auszubilden wären.<sup>152</sup> Dies ist gleichsam die privatisierte Parallele zum Vorschlag der Einführung von Gerichtsräten, die den klassischen Richtern als eine Art flexible Task Force bei der Betreuung komplexer Verfahren zuarbeiten.<sup>153</sup>

Während der Gedanke einer Ausdifferenzierung des Wegs zum Richteramt für sich durchaus erwägenswert, wenn auch vor allem jenseits von Verbrauchersachen interessant erscheint, erweist sich allerdings gerade die *Privatisierung* dieser Funktionen problematisch. Zwar kommt der Staatlichkeit des Verfahrensleiters kein eigener Wert zu, allerdings wird es einem privaten Richterassistenten tendenziell an der Qualifikation, Unabhängigkeit und Neutralität fehlen, die für den Leiter eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens so wichtig ist. Das wäre hinnehmbar, wenn anzunehmen wäre, dass der fallverantwortliche Richter sämtliche Vorarbeiten seines Assistenten noch einmal gründlich prüft und würdigt. Gerade das erscheint allerdings nicht strukturell gesichert; faktischer Erledigungsdruck und kognitionspsychologisch beobachtbare Pfadabhängigkeiten weisen eher in die andere Richtung. Einsparungen bei Justizkosten würden so durch einen Verlust an Rechtsprechungsqualität erkaufte. Ein Effizienzgewinn durch Privatisierung erscheint insofern mindestens zweifelhaft.

## (2) Effizienzgewinne durch Konzentration auf Rechtsdurchsetzung

Ein zweiter Ansatzpunkt für eine Effizienzsteigerung von Rechtsdurchsetzungsverfahren liegt in der Konzentration auf das Verfahrensziel. Je mehr der vorrangige Zweck eines Verfahrens in der Durchsetzung materieller Rechte liegt, desto eher werden sich Effizienzgewinne durch die Beschneidung von Verfahrenselementen realisieren lassen, die mit Rechtsdurchsetzung nichts zu tun haben. Im Zivilprozess betrifft dies alle Verfahrensbestandteile, die darauf angelegt sind, einen Konsens zwischen den Parteien herbeizuführen, na-

<sup>151</sup> Siehe *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, Roland Rechtsreport 2015, 2015, S. 68, wonach 70 % der Richter am Amtsgericht und 74 % der Richter am Landgericht beklagen, nicht genügend Zeit für ihre Fälle zu haben.

<sup>152</sup> *Eisenmenger*, Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 2012, S. 164 f.

<sup>153</sup> *Calliess*, Gutachten A zum 70. DJT, 2014, S. 104 f., schlägt vor, Gerichtsräte analog den Akademischen Räten auf Zeit als Beamte auf Zeit zu installieren, die nach mindestens fünf Jahren Berufserfahrung zum Richter befördert werden können.

mentlich die güteorientierte Vorschrift des § 278 ZPO. Zwar ist die darin normierte Offenheit des Zivilprozesses für eine Klageerledigung durch Vergleich im Grundsatz eine berechtigte Folge der Dispositionshoheit der Parteien. Insbesondere der in § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO angelegte Einigungsdruck durch einen *Verweis*<sup>154</sup> in ein konsensorientiertes Verfahren läuft allerdings dem Ziel der Rechtsdurchsetzung klar zuwider und verursacht nur Aufwand, der angesichts der Zielsetzung des Verfahrens zweckwidrig ist.<sup>155</sup>

Demgegenüber gewönne die Durchsetzung materieller Verbraucherrechte, wenn die Parteien zumindest im Normalfall eines Zivilprozesses ein Urteil gewärtigen müssten. Daraus würden nicht nur Einsparungen für den Staat als Prozessfinanzierer insbesondere geringwertiger Streitigkeiten resultieren.<sup>156</sup> Auch die Parteien würden sich mittel- und langfristig Gerichtskosten sparen, weil ihre Anwälte wüssten, dass Vergleiche vor Gerichten nur noch im Ausnahmefall geschlossen würden und die Erhebung einer Klage einer gründlichen rechtlichen Prüfung und Risikoanalyse bedürfte.<sup>157</sup> Die Konzentration auf Rechtsdurchsetzung lässt mithin erhebliche Effizienzgewinne erwarten.

### (3) Effizienzgewinne durch Entformalisierung

Als weiterer Effizienztreiber kommt die Aufgabe von Verfahrensformalien in Betracht. Dabei kann es nicht um eine Ökonomisierung der Justiz gehen, die womöglich gesetzliche Vollzugsziele gefährdet und zu einer Entdemokratisierung beiträgt. Es erscheint allerdings denkbar, dass einzelne Formalien die Rechtsdurchsetzung behindern, weil sie potenzielle Verfahrensnutzer von einer Klage abbringen.<sup>158</sup> Gerade Verbrauchern mit ihrer typischerweise geringen Prozess Erfahrung kommt es entgegen, wenn die Verfahrensformalität gering ist.<sup>159</sup>

Speziell für den Amtsgerichtsprozess mit nicht berufungsfähigen Streitwerten hat der Gesetzgeber 1991 durch die Einführung des § 495a ZPO erhebliche Möglichkeiten zur Entformalisierung des Verfahrens geschaffen. Die durch

<sup>154</sup> Der Wortlaut des § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO („Verweis“) lässt die Anberaumung eines Güterichterverfahrens gegen den Willen der Parteien eigentlich unmissverständlich zu, so auch *Thole*, ZZP (127) 2014, 339, 355 f.; der Gesetzgeber hat dies aber ersichtlich nicht gewollt, vgl. BT-Drs. 17/8058, S. 21 („nur mit Einverständnis der Parteien“); *Hacke*, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 3 Rn. 64 m.w.N. In der Praxis spielen freilich richterliche Autorität und Entscheidungsgewalt eine bedeutende Rolle, so dass auch ein Einverständnis der Parteien nicht unbedingt Ausdruck einer freiwilligen Entscheidung sein muss.

<sup>155</sup> *Prütting*, AnwBl 2013, 401, 402 f., spricht zu Recht davon, dass dabei „aus ökonomischer Sicht die richterliche Arbeitskraft in die falsche Richtung gelenkt“ wird.

<sup>156</sup> *Greger*, ZZP (128) 2015, 137, 139, bezeichnet Gerichtsprozesse, die ohne richterliche Entscheidung enden, als unnötig.

<sup>157</sup> Ausführlich oben Kapitel 4 A. I. 1. b).

<sup>158</sup> *Benda*, ZZP (98) 1985, 365, 366, der sodann aber davor warnt, eine Entformalisierung des Zivilprozesses undifferenziert mit einem allgemeinen Fairnessgebot zu rechtfertigen.

<sup>159</sup> *Bender*, 40 RabelsZ 1976, 718, 724 f.

§ 495a ZPO angestoßene „Entschlackung“ und „Entfesselung“<sup>160</sup> des amtsgerichtlichen Verfahrens ist in der Wissenschaft auf zurückhaltende,<sup>161</sup> in der Praxis aber auf durchaus nennenswerte Resonanz gestoßen.<sup>162</sup> Inzwischen hat sich der Amtsgerichtsprozess für kleine Streitwerte durch die Ausdifferenzierung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer freien Verfahrensgestaltung faktisch längst wieder stark an die Rechtslage ohne § 495a ZPO angenähert.<sup>163</sup> Dabei kann eine behutsame Lockerung der gerichtlichen Formalien bei Bagatellstreitigkeiten insbesondere bei der Beweisaufnahme durchaus sachgerecht erscheinen.<sup>164</sup> So kann ein Gericht etwa auf einen kostspieligen Gutachter verzichten, wenn eine ähnliche Einschätzung auch durch die erheblich günstigere Einholung eines Kostenvoranschlags möglich erscheint.<sup>165</sup> Freilich darf zugunsten der Ermittlung einer korrekten Tatsachengrundlage nicht schon angesichts eines Missverhältnisses zwischen Beweiskosten und Streitwert von der Beweiserhebung abgesehen werden.<sup>166</sup> Allerdings sollte gerade die Bestellung eines Gutachters kein Automatismus sein, sondern tatsächlich nur dann erfolgen, wenn dies einen nennenswerten zusätzlichen Erkenntnisgewinn verspricht.<sup>167</sup> Schließlich gehört es zur Prozessförderungspflicht des Gerichts, ein Unstreitigstellen entscheidungsrelevanter Tatsachen nicht durch die Ankündigung einer Beweiserhebung zu verhindern – womöglich noch mit dem Ziel, eine arbeitsintensive

<sup>160</sup> So das Petitem von *Münch*, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I, 2009*, S. 179, 189.

<sup>161</sup> Zur Kritik im Gesetzgebungsprozess *Wollschläger*, *ZfRSoz* 1991, 248 ff.; kritische erste Bestandsaufnahmen liefern *Olzen*, in: FS Zeuner, 1994, S. 451 ff.; *Rottleuthner*, *NJW* 1996, 2473 ff.; zusprechend hingegen *Städling*, *NJW* 1996, 691 ff. Auch *Pfeiffer*, *ZRP* 1981, 121, 123 f., bemerkt, lückenloser Schutz der Rechtssubjekte sei nicht mit uferlosem Schutz gleichzusetzen.

<sup>162</sup> Von den Zivilsachen ohne Familiensachen wurden 2013 immerhin 7,68 % durch streitiges Urteil im Verfahren nach § 495a ZPO entschieden; *Wittschier*, in: Musielak/Voit, *ZPO*, 2015, § 495 Rn. 2.

<sup>163</sup> *Deubner*, in: *MünchKomm-ZPO*, 2012, § 495a Rn. 2. Die Verrechtlichung des § 495a ZPO geschah nicht zuletzt angesichts der Sorge, das vereinfachte Verfahren führe zu systematischer Missachtung rechtsstaatlicher Prinzipien, vgl. *Rottleuthner*, *NJW* 1996, 2473 ff.

<sup>164</sup> So wurde die Abschaffung des Schiedsurteils nach § 510c ZPO a.F. von *Stürmer*, in: Gilles (Hrsg.), *Effiziente Rechtsverfolgung*, 1987, S. 1, 19 f., ausdrücklich bedauert mit dem Hinweis, Bagatellverfahren seien mit gutem Grund international verbreitet und könnten „nur bei übertriebenem Hang zur Prinzipienreiterei rechtsstaatlich verdächtig erscheinen“.

<sup>165</sup> So eine der seltenen jüngeren Entscheidungen, die ein formalistisches Verständnis des Beweisrechts begrenzt: AG München v. 4. April 2014, 331 C 34366/13, SVR 2014, 429, 430 f. Vor einer zu laxen Handhabung des Beweisrechts warnt mit Beispielen aus der Praxis *Rottleuthner*, *NJW* 1996, 2473, 2476.

<sup>166</sup> *Koch*, *Verbraucherprozeßrecht*, 1990, S. 99. Erheblich offener allerdings *Basedow*, *VersR* 2008, 750, 751, wörtlich zitiert oben in Kap. 1 Fn. 66.

<sup>167</sup> Bei dieser Prognose können Richter naturgemäß irren, so *Wollschläger*, *ZfRSoz* 1991, 248, 251. Dieser Einwand ist berechtigt, wird allerdings zumindest teilweise dadurch relativiert, dass Richter auch hinsichtlich ihrer Gerichtskundigkeit irren und sogar Sachverständige mit ihrer Einschätzung falsch liegen können.

streitige Entscheidung durch so bewirkten Vergleichsdruck zu verhindern. Es bedarf daher nicht einer Erweiterung des § 495a ZPO, sondern allenfalls einer konsequenten Anwendung dieser Vorschrift mit dem notwendigen Augenmaß.

Dieser Befund zeigt, wie sehr das Bemühen um eine straffe Prozessgestaltung mit der Sorge um ein faires, rechtsstaatlichen Anforderungen genügendes Verfahren konkurriert. Ein schneller Prozess darf nicht zum kurzen Prozess werden.<sup>168</sup> Die 30 Jahre alte Einschätzung von *Prütting* hat daher nichts an Aktualität eingebüßt: „Wir können nicht ein Verfahren verlangen, das – mit allen rechtsstaatlichen Garantien ausgestattet – eine sorgfältig ermittelte und im Ergebnis richtige Entscheidung produziert und das zugleich billig, formlos und schnell ist. Wir können nicht nach Entlastung der Justiz durch Alternativen rufen und zugleich jeglichen Abbau faktischer Zugangsbarrieren zur Justiz zu unserer Maxime erheben. Wir sollten nicht ... die Mündlichkeit und Transparenz unseres Zivilverfahrens stärken, um dann nach alternativen Verfahren zu rufen, die meist schriftlich und nichtöffentlich sind. Wir sollten nicht großzügig Prozeßkostenhilfe gewähren, um dann den Rechtssuchenden zur Schlichtung zu drängen, wo ihm diese nicht zugute kommt. Letztlich müssen wir uns also entscheiden: Wieviel Zeit und Geld wollen wir einsparen, wieviel Rechtsstaatlichkeit wollen wir dabei aber behalten.“<sup>169</sup>

Wenn Entformalisierung echte Effizienzgewinne bewirken soll, kann sie also nicht im Abbau rechtsstaatlicher Mechanismen wurzeln,<sup>170</sup> sondern muss Kosteneinsparungen durch den Verzicht oder die Erneuerung von im gegenwärtigen Umfang *redundanten* Verfahrensbestandteilen erzielen.<sup>171</sup> Im Zweifel geht es dann auch nicht um eine Entformalisierung, die sich nur auf Bagatellstreitigkeiten bezieht,<sup>172</sup> sondern um eine konkrete Prüfung von Sinn und Zweck von Formalien unabhängig vom Streitwert.<sup>173</sup> Insbesondere Fortschritte in der Verfahrenstechnik erschließen hier ein Potenzial möglicher Effizienzgewinne, die

<sup>168</sup> *Gross*, in: FS Bornkamm, 2014, S. 1035, 1040 f.

<sup>169</sup> *Prütting*, JZ 1985, 261, 271.

<sup>170</sup> Mindestens missverständlich hingegen *Schmidt-Jortzig*, NJW 1994, 2569, 2572: „Das sachverhaltlich allzu pedantisch eruierte, langwierig vorbereitete, ausgiebig hin-und-her-gewogene Urteil blockiert zivilrechtlich oft die so oder so noch erforderlichen Folgeschritte“.

<sup>171</sup> *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, 1973, S. 45, 69, der freilich schon im Ansatz eine Relativierung vornimmt, wenn er von prozessualer Verhältnismäßigkeit spricht; neuerdings *Stürner*, in: Liber Amicorum Wolfram Henckel, 2015, S. 359, 372 f. Die Forderung von *Pfeiffer*, ZRP 1981, 121, 125, wonach der Staat „sämtliche Möglichkeiten zur Vereinfachung der Justizverwaltung nutzen“ sollte, gilt insofern auch heute noch.

<sup>172</sup> Ein Beispiel dafür ist die Abschaffung des Schiedsurteils nach § 510c ZPO a.F., in dem man letztendlich bisweilen auch eine Vereinfachung *auf Kosten* des Rechtsschutzes erkannte; vgl. *von Hippel*, Verbraucherschutz, 1986, S. 165. Allerdings weist *Kern*, JZ 2012, 389, 392, darauf hin, dass eine Verfahrensvereinfachung bei geringen Streitwerten immerhin zu Sanktionen für regelwidriges Verhalten führt, die andernfalls womöglich ausbleiben.

<sup>173</sup> *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 414 ff.; dem folgend *Roth*, in: Gottwald (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan, 2009, S. 149 m.w.N.



gerade nicht auf Kosten des Prozesszwecks Rechtsdurchsetzung gehen. An vorderster Stelle stehen dabei die Errungenschaften der digitalen Prozessführung.

#### (4) Effizienzgewinne durch Digitalisierung

Die seit der Einführung des § 495a ZPO vor einem Vierteljahrhundert erheblich fortgeschrittene Digitalisierung des Rechtsverkehrs bringt es mit sich, dass viele Elemente eines Zivilverfahrens heute alternativ zum klassischen Weg auch kostengünstiger auf elektronischem Wege stattfinden könnten. Anpassungen der Zivilprozessordnung und damit verknüpfter Gesetze in den vergangenen Jahren haben diesen Entwicklungen ein Stück weit Rechnung getragen: §§ 130a, 130b, 298a, 371a ZPO ermöglichen nunmehr die Verwendung elektronischer Dokumente und elektronischer Signaturen im Zivilprozess, anwaltliche Mahnanträge können gemäß § 690 Abs. 3 S. 2 ZPO heute nur noch in maschinell lesbarer Form gestellt werden, und gemäß § 31a BRAO richtet die Bundesrechtsanwaltskammer ab 2016 ein elektronisches Anwaltspostfach ein, das der Anwaltschaft die Kommunikation mit den Gerichten erleichtern soll.<sup>174</sup>

Diese Neuerungen der Kommunikation im Zivilprozess sind freilich heute erst sehr lückenhaft in Betrieb, und die Zeitplanung für die Umstellung auf elektronische Kommunikation erscheint wenig ambitioniert. Die Erfahrungen mit den aktuell verwendeten und unter den Ländern zersplitterten digitalen Aktenführungssystemen wecken zudem Zweifel daran, dass die Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs auf der technologischen Ebene zielführend betrieben wird.<sup>175</sup> Vor allem aber betrifft die geschehene wie die geplante Digitalisierung bislang fast ausschließlich die *Form* der Prozessführung, nicht aber deren *Kommunikationsstruktur*.<sup>176</sup> Dabei spricht vieles dafür, dass hier der im Vergleich zu den Ineffizienzen infolge von Postversand oder papiernem Protokoll wesentlich größere Kostentreiber zu suchen ist.

Zwar gibt es in der juristischen Referendarsausbildung durchaus beachtliche Ansätze, den juristischen Tatsachen- und Rechtsvortrag durch einen klaren Aufbau, nämlich im Wege der Relationstechnik, zu strukturieren.<sup>177</sup> In der Praxis der Zivilgerichte sieht es aber ganz anders aus: Parteivortrag, gerade auch aus der Feder von Rechtsanwälten, ist selten sauber strukturiert und zwingt dadurch die befassten Richter zu zeitintensiver Ordnungsarbeit sowie zu einer Reihe von richterlichen Hinweisen, bevor sie letztlich ihrer eigentlichen Auf-

<sup>174</sup> Prütting, AnwBl 2013, 401, 404, sagt für 2030 einen weitgehend elektronisch abgewickelten Prozess voraus.

<sup>175</sup> Focken, DRiZ 2014, 62 ff.

<sup>176</sup> Ähnlich Gaier, NJW 2013, 2871, 2874.

<sup>177</sup> Der Wert der Relationstechnik wurde mehrfach in Frage gestellt, u.a. im durch Grunsky, JuS 1972, 29 ff., entfalteten sog. *Relationsstreit*, ist aber heute ganz überwiegend anerkannt; einen Überblick über die Diskussion gibt Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 347 ff.

gabe der Rechtsfindung und Rechtsprechung nachgehen können. Der Grundsatz des *da mihi factum, dabo tibi ius* wird aber ad absurdum geführt, wenn die Justiz auch ohne Amtsermittlungspflicht faktisch weitgehend die Aufgaben der Parteien und ihrer Anwälte übernehmen muss.<sup>178</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es umso dringlicher, die Effizienz der Rechtsdurchsetzungsinstitution Justiz dadurch zu steigern, dass die Verantwortung für einen verwertbaren Tatsachenvortrag wieder in die Hände der Parteien und ihrer Rechtsanwälte zurück gelegt wird.<sup>179</sup> Wo diese faktisch nicht dazu in der Lage sind, eröffnen technologische Innovationen die Möglichkeit, sie durch klug gestaltete digitale Verfahrensführungsassistenten an der Hand zu nehmen, ohne dass dies zu Lasten der Justizeffizienz geht. So gibt es etwa in jüngerer Zeit vermehrt Vorschläge, die Parteien im Prozess einer Schriftsatzstruktur zu unterwerfen und gegebenenfalls auch eine Zusammenfassung des Vortrags anordnen zu können.<sup>180</sup>

Während eine solche Steigerung der Parteiverantwortung im Zivilprozess nicht notwendig mit einer Digitalisierung einher gehen müsste, so eröffnet doch die Digitalisierung gerade an dieser Stelle ein ganz erhebliches Potenzial zur Kosteneinsparung. Obwohl die Zivilprozessordnung bereits knapp 150 Jahre alt ist, ist das mit ihren grundlegenden Prinzipien durchaus vereinbar.<sup>181</sup> Heute können elektronische Strukturformulare inhaltlich verbundenen Parteivortrag mit Hilfe der Relationstechnik direkt zuordnen;<sup>182</sup> zudem erlauben sie die Eingabe von Vortrag in eine bereits vordefinierte Anspruchsstruktur und erleichtern dadurch dem Rechtsanwender die Prüfung konkreter Ansprüche. Gleichzeitig setzen sie für die Parteien einen Anreiz, keine Argumente abseits der geltend gemachten Ansprüche vorzutragen, weil diese in eine solche Struktur nur in Form eines Anhangs eingebaut werden können.<sup>183</sup>

Ein elektronisches Strukturformular brächte darüber hinaus erhebliche Vorteile nicht nur für den Zivilprozess generell, sondern konkret auch für anwaltlich nicht vertretene Verbraucher mit sich. Immerhin soll das Betreiben eines Amtsgerichtsprozesses gemäß § 78 Abs. 1 ZPO auch ohne anwaltliche Beglei-

<sup>178</sup> Der BGH erstreckt die Vortragspflicht anwaltlich vertretener Parteien sogar unter Berufung auf § 137 Abs. 2 ZPO auf möglichst umfassende Rechtsausführungen, BGH v. 18. Dezember 2008, IX ZR 179/07, NJW 2009, 987, 988.

<sup>179</sup> Anderer Auffassung ist Hirtz, NJW 2014, 2529, 2531, der die „Ordnung des Sachverhalts und das Erkennen rechtlich relevanten Tatsachenvortrags [als] ureigene richterliche Aufgabe“ bezeichnet.

<sup>180</sup> Gaier, NJW 2013, 2871, 2873; Calliess, Gutachten A zum 70. DJT, 2014, S. 99 f.; Gaier, ZRP 2015, 101 ff.

<sup>181</sup> Götz von Olenhusen, JZ 2015, 607, 608, formuliert bildlich, die ZPO komme aus einer Zeit, „in der Schriftsätze noch mit Federkiel und später mit der Schreibmaschine geschrieben wurden.“

<sup>182</sup> Haft, in: FS Simotta, 2012, S. 197, 202 f.

<sup>183</sup> Überflüssig sind danach auch Telefonate mit dem Richter, die ohnehin eher zum Misstrauen zwischen den Parteien beitragen; vgl. Greger, in: FS Stürner, Band 1, 2013, S. 289.

tung möglich sein, was angesichts der nicht selten prohibitiv hohen Rechtsberatungskosten auch sinnvoll erscheint. Die dazu häufig erforderliche Hilfestellung kann *de lege lata* gemäß § 496 ZPO von der Geschäftsstelle des Amtsgerichtes gegeben werden. Wesentlich kostenärmer für die Justiz und aufwandsärmer für den Verbraucher wäre es aber, wenn diesem ein Online-Klageformular zur Verfügung stünde, das ihm etwa mit Hilfe von Tooltips Ausfüllhinweise gäbe und womöglich sogar eine kursorische Schlüssigkeitsprüfung enthielte.<sup>184</sup> § 130c ZPO, der einen Rahmen für den Einsatz elektronischer Formulare öffnet, geht hier mitnichten weit genug.

Den informationstechnologischen Fortschritt auf diese Weise für den Zivilprozess fruchtbar zu machen, würde die Rechtsdurchsetzung nicht nur verbrauchergerechter machen, sondern den Gerichten auch eine Konzentration auf ihre originäre Tätigkeit der Rechtsprechung ermöglichen, weil eine Reihe von unzulässigen Klagen ausbliebe und streitige Tatsachenfragen oder Rechtsansichten erheblich prägnanter aus dem Parteivortrag hervorgingen. Es gibt heute bereits eine Reihe von privaten Unternehmen, die solche und ähnliche rechtsinformatische Produkte entwickelt haben.<sup>185</sup> Der Gesetzgeber hat die Zivilprozessordnung grundsätzlich auf diese Erfordernisse ausgerichtet, indem er sie in §§ 130a, 130b, 298a, 371a ZPO auf die qualifizierte elektronische Signatur nach §§ 2 Nr. 3, 7, 17 SigG eingestellt hat. Allerdings haben gerade die bevölkerungsstarken Bundesländer den Anwendungsbereich für elektronisch einreichbare Schriftsätze nicht auf Streitverfahren vor unterinstanzlichen Zivilgerichten erstreckt, sondern im Wesentlichen auf amtsgerichtliche Registerverfahren und Mahnverfahren beschränkt.<sup>186</sup> Und selbst wo der elektronische Rechtsverkehr infolge der Offenheit der Landesverordnungsgeber theoretisch auch für Verbraucher nutzbar wäre, fehlt es zum einen an einem Portal, das diese Möglichkeit laienverständlich darstellt,<sup>187</sup> zum anderen erscheint der für den Erwerb einer qualifizierten elektronischen Signatur erforderliche Aufwand für Verbraucher gegenwärtig abschreckend. Eine nennenswerte Verbreitung der Signatur auch unter Privatpersonen ist erst dann zu erwarten, wenn sie sämtliche Staats-, Landes- und Kommunalbehörden als Standardauthentifizierung zulassen und sich der Aufwand für die Umstellung auf elektronische Kommunikation infolgedessen auch im privaten Bereich lohnt.<sup>188</sup>

<sup>184</sup> Siehe bereits oben Kapitel 4 A. I. 1. c) dd) (1).

<sup>185</sup> Beispiele dafür sind die Anbieter *Normfall*, *janolaw*, *smartlaw*, *lexalgo* und *rocket-lawyer*.

<sup>186</sup> Ähnlich *Bernhardt*, NJW 2015, 2775, 2776.

<sup>187</sup> Vgl. etwa die Portale <http://www.egvp.de> und <http://www.erv.brandenburg.de>.

<sup>188</sup> Eine gewisse Erleichterung könnte sich auch durch das ab Mitte 2016 geltende europäische Signaturrecht mit dem Erfordernis der Interoperabilität der europäischen Signaturen nach Art. 12 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt (eIDAS-Verordnung)erge-

Schließlich könnten Entwicklungen der Informationstechnologie auch dazu genutzt werden, die mündliche Verhandlung nach § 279 ZPO von der präsenten in die digitale Sphäre zu verlegen.<sup>189</sup> Dafür eröffnet die Zivilprozessordnung schon heute große Spielräume,<sup>190</sup> die allerdings bei weitem noch nicht ausgeschöpft sind. Die an vielen Amtsgerichten üblichen Kurztermine von bisweilen nur wenigen Minuten sichern den befassten Anwälten zwar die Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG, sind aber insbesondere wegen des hohen mit der Anfahrt oder sogar Anreise verbundenen Zeitaufwands häufig mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden und werden deswegen zu Recht kritisiert.<sup>191</sup> Viele dieser Gerichtstermine ließen sich auch im virtuellen Raum verhandeln oder sogar ganz im schriftlichen Verfahren belassen;<sup>192</sup> und selbst wenn man die standardmäßige persönliche Anhörung der Parteien oder die Erteilung rechtlicher Hinweise des Gerichts zur Beilegung dieser Streitigkeiten grundsätzlich befürwortet, so sind diese doch keinesfalls zwingend an einen Präsenztermin geknüpft und könnten zumindest in geeigneten Fällen durchaus in die digitale Sphäre verlegt werden.<sup>193</sup> Wo eine Präsenz der Parteien nach wie vor sachgerecht erscheint, ist eine Nutzung von Videotechnik für die Zeugenvernehmung zu erwägen.<sup>194</sup> Die Digitalisierung der Justiz muss nicht überstürzt werden, aber sie sollte mit großem Nachdruck angegangen und vor allem auch als Chance begriffen werden, die Rechtsdurchsetzung zu erleichtern, Richter von unnötiger Arbeit zu befreien und damit die Justiz als solche zukunftsfähig zu machen.

#### d) Transparenz

Eine letzte wichtige Facette für die Bewertung des Amtsgerichtsprozesses als eines Verfahrens zur Verbraucherrechtsdurchsetzung betrifft dessen Transparenz. Ein Rechtsdurchsetzungsverfahren muss nicht nur für sich gesehen funktionieren, sondern in Bezug auf Verfahrensziel, die Funktion der Verfahrensleiter und das Verfahrensergebnis auch transparent sein, damit die Streitparteien wissen, worauf sie sich einlassen. Es wäre mit Blick auf die Selbstbestimmung von Forderungsinhabern hochproblematisch, wenn ein Verfahren Rechtsdurchsetzung verspräche, dieses Versprechen aber nicht oder nur unzureichend einlösen könnte.

---

ben); vgl. *Bernhardt*, NJW 2015, 2775, 2779. Zur Neufassung des § 130a ZPO ab 2018 *Bacher*, NJW 2015, 2753.

<sup>189</sup> *Kern*, JZ 2012, 389, 396.

<sup>190</sup> *Prütting*, AnwBl 2013, 401, 404; kritisch *Fischer*, KritJ 2005, 152 ff.

<sup>191</sup> *Greger*, JZ 1997, 1077, 1080, kritisiert den „Taubenschlag“ am Amtsgericht.

<sup>192</sup> Skeptisch *Fischer*, KritJ 2005, 152, 155 ff.

<sup>193</sup> Grundlegend *Glunz*, Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik, 2012, S. 92 ff., 137 ff.

<sup>194</sup> *Hill*, DRiZ 2015, 46, 49.

*aa) Zieltransparenz*

Der empirische Befund zeigt, dass Verbraucher heute von einem Zivilprozess vor allem eine Entscheidung über ihre Rechte erwarten.<sup>195</sup> Dass ein Amtsgerichtsprozess faktisch nur in einem Viertel der Fälle zu einem Urteil führt, ist hingegen weitgehend unbekannt. Die meisten Verbraucher haben insofern eine weitgehend korrekte Vorstellung vom rechtstheoretischen Zweck des Zivilprozesses; viele von ihnen verkennen aber, dass diese Zwecksetzung nicht dem Wirklichkeitsbild vor den Gerichten entspricht. Das kann zu dem aus Sicht der Betroffenen sehr unvorteilhaften Ergebnis führen, dass sie ein gerichtliches Verfahren zur Rechtsklärung anstrengen, dieses Ziel aber verfehlen und – zumindest in Abwesenheit einer Rechtsschutzversicherung – zusätzlich noch einen Teil der Prozesskosten tragen müssen.

Solchermaßen mangelnde Verfahrenszieltransparenz ist insbesondere dort wohlfahrtsschädlich, wo dem Verbraucher neben dem gewählten Verfahren ein anderes, zur Rechtsdurchsetzung besser geeignetes Verfahren zur Verfügung gestanden hätte. Dass ein gegenüber dem staatlichen Gerichtsprozess besseres Rechtsdurchsetzungsverfahren existiert, liegt nun nicht unbedingt auf der Hand. Dennoch lässt sich das Petitum formulieren, dass Verbraucher über die Vergleichsquote des angerufenen Gerichts – durch ihren Anwalt oder das Gericht selbst – informiert werden sollten, damit sie einen Prozess nicht in der irrigen Annahme führen, er werde unbedingt zur Rechtsdurchsetzung führen. Hiergegen mag man zwar einwenden, ein prozessführender Verbraucher habe es selbst in der Hand, wann er einem Vergleich zustimme; faktisch aber gestaltet sich der durch Richter und Rechtsanwälte auf Verbraucher aufgebaute Vergleichsdruck im Alltag der Amtsgerichte so erheblich, dass die vorprozessuale Information dazu aus Sicht des Verbraucherschutzes wesentlich erscheint.

Dieses Informationspostulat richtet sich einerseits an Rechtsanwälte, die schon aus dem Rechtsdienstleistungsvertrag heraus verpflichtet sind, ihre Mandanten über das Für und Wider eines Gerichtsprozesses und über die Risiken einer urteilsorientierten Prozessführung aufzuklären. Ebenso sollten allerdings auch die Gerichte bei der materiellen Prozessleitung die Zielsetzung des Verfahrens klar herausstellen, damit die Betroffenen nicht – bei anwaltlicher Vertretung begünstigt durch den Vergleichsanreiz der Einigungsgebühr nach Nr. 1000, 1003 f. VV RVG – ein Verfahrensergebnis erreichen, das ihrer individuellen Zielsetzung widerspricht.

---

<sup>195</sup> Siehe oben Kap. 2 Fn. 138.

*bb) Funktionstransparenz*

Das Korrelat der Verfahrenzieltransparenz in Bezug auf den Streitrichter ist die Transparenz hinsichtlich seiner Funktion. Was ein Richter ist, weiß freilich jedes Kind. Dennoch mag mancher dessen Rolle überschätzen oder falsch einschätzen. Gerade der nicht anwaltlich vertretene Anspruchsteller ist in der Gefahr, durch unvollständigen Tatsachenvortrag in die Präklusion zu laufen oder durch missverständliche oder unüberlegte Anträge eine Teilabweisung seiner Klage zu provozieren.

In der Gerichtspraxis werden diese Aspekte häufig durch richterliche Hinweise bei der Zustellung der Klageerwiderung berücksichtigt. Dies gibt dem wenig prozesserfahrenen Kläger zumindest die Chance, Unzulänglichkeiten seiner Klageschrift nachträglich zu korrigieren. Mit diesen Hinweisen sind die Möglichkeiten eines in Schriftform mit den Parteien korrespondierenden Richters weitgehend ausgeschöpft. Ein Potenzial für ein verbraucherfreundliches Verfahren läge auch hier in konkreten Ausfüllhinweisen, die einen Anspruchsteller bei der Online-Klageerhebung begleiten und ihn dazu anhalten, schon bei Einleitung des Verfahrens möglichst präzise und vollständig vorzutragen.<sup>196</sup>

*cc) Ergebnistransparenz*

Schließlich hilft es gerade selten prozessierenden Verbrauchern auch, wenn sie sich über das Ergebnis eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens im Klaren sind. Ergebnistransparenz nützt einerseits demjenigen, der über die Einleitung eines Verfahrens nachdenkt, sie ist aber andererseits auch im Interesse der Allgemeinheit, weil potenzielle Anspruchsgegner ein öffentlich einsehbares Verfahrensergebnis auch für ihren Fall antizipieren und sich damit tendenziell rechtstreuhaltend verhalten.

Die Verkündung des Urteils im Sinne von §§ 169 S. 1, 173 Abs. 1 GVG meint dabei Ergebnistransparenz in einem aktiven Sinne.<sup>197</sup> Es ist durchaus nicht allein Aufgabe der Presse, für die Bekanntmachung einer Präzedenz zu sorgen. Denn aus dem Rechtsstaatsgebot mit der Justizgewährungspflicht, dem Demokratiegebot und dem Gewaltenteilungsgrundsatz folgt, dass die Gerichte ihre Urteile auch nach der formellen Verkündung nicht zurückhalten dürfen. Sie müssen Zugang gewähren zu allen Entscheidungen, an deren Veröffentlichung die Öffentlichkeit ein Interesse hat oder haben könnte.<sup>198</sup> Zu einer effektiven Veröffentlichung gehört dabei auch die Nutzung elektronischer Kommunikation und damit auch die Bereitstellung einer Entscheidungsdatenbank, die es

---

<sup>196</sup> Siehe dazu bereits oben Kapitel 4 A. I. 1. c) hh) (4).

<sup>197</sup> Ähnlich *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 307 f.; *Zimmermann*, in: MünchKomm-ZPO, 2013, § 169 GVG Rn. 13.

<sup>198</sup> BVerwG v. 26. Februar 1997, 6 C 3.96, BVerwGE 104, 105, 109.

den Bürgern ermöglicht, ergangene Urteile mit zumutbarem Aufwand aufzufinden.

Heute verfügen der Europäische Gerichtshof, die deutschen Gerichte der oberen Instanzen und bisweilen auch die Justizministerien der Länder über Internetauftritte, die es ermöglichen, ergangene Gerichtsentscheidungen in einer Datenbank zu recherchieren.<sup>199</sup> Seit Anfang 2016 sind die Entscheidungen der deutschen Bundesgerichte auch gesammelt in einer Datenbank verfügbar.<sup>200</sup> Nutzer können die Entscheidungen teilweise nach Datum und Aktenzeichen, bisweilen auch nach Gericht, Gerichtsbarkeit und Gerichtsort filtern. In der Regel ist auch eine Volltextsuche nach bestimmten Begriffen, gelegentlich auch eine Wortstammsuche möglich. Damit steht bereits ein erheblicher Teil der obergerichtlichen Judikatur zum Online-Abruf zur Verfügung. Allerdings erfolgt bei vielen, insbesondere unterinstanzlichen Gerichten eine von außen kaum nachvollziehbare Filterung nach „Veröffentlichungswürdigkeit“<sup>201</sup>, und darüber hinaus ist der Zugang dazu oft nicht verbrauchergerecht: Es fehlt häufig an einer Vorschau der Entscheidungsinhalte, die Entscheidungen sind ferner nicht thematisch gruppiert und stehen häufig nicht barrierefrei zur Verfügung.

Hinzu kommt, dass die Datenbanken bundesweit wie auch auf europäischer Ebene zersplittert sind. Um sich selbst eine erste Einschätzung zur Haltung der Gerichte in bestimmten Verfahren verschaffen zu können, müsste ein Verbraucher insofern genau wissen, in welchen Datenbanken er suchen müsste. Die allgemein verfügbaren Suchmaschinen nehmen ihm diese Arbeit nicht ab, weil der Inhalt der Entscheidungsdatenbanken für deren Suchroboter in der Regel nicht zugänglich ist. Darüber hinaus gehende Angebote sind zu erheblichem Teil den Nutzern kostenpflichtiger juristischer Portale vorbehalten.<sup>202</sup>

Vor allem aber erfassen die Datenbanken nur einen Teil der Urteile der unteren Instanzen, obgleich diese bei weitem den Großteil der ergehenden Entscheidungen erlassen. Damit geht ein Großteil der technisch realisierbaren Publizität gerichtlicher Entscheidungen verloren. Darunter leidet vor allem die soziale Funktion der Rechtsdurchsetzung erheblich. Ein allgemeiner individueller Anspruch auf Urteilsveröffentlichung existiert nicht.<sup>203</sup> Insbesondere amtsgerichtliche Urteile gelangen deswegen nur durch den Filter berichtender Anwälte in die Zeitschriften und juristischen Datenbanken. Tendenziell sind es dann eher die unternehmerfreundlichen Entscheidungen, die auf diese Weise der Fachöf-

<sup>199</sup> von Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, S. 496 f.

<sup>200</sup> Diese Datenbank findet sich unter <http://www.rechtsprechung-im-internet.de>.

<sup>201</sup> von Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, S. 494 f.; ähnlich die Kritik von Jaeger, AnwBl 2015, 573, 576.

<sup>202</sup> Das gilt insbesondere für die Marktführer *beck online* und *Juris*; eine gewisse Ausnahme stellen die privat betriebenen Angebote von *openjur* und *dejure* dar.

<sup>203</sup> Die Sondervorschrift des § 19c MarkenG hat insoweit Ausnahmecharakter.

fentlichkeit bekannt werden.<sup>204</sup> Das führt dazu, dass verbraucherfreundliche Präzedenzen ohne Ausstrahlung auf das zukünftige Verhalten Dritter verpuffen.

Ratsam erschiene es vor diesem Hintergrund, eine bundesweite, vielleicht sogar eine europaweite Justizdatenbank einzurichten, in die sämtliche gerichtlichen Entscheidungen unmittelbar nach deren Ergehen eingespeist werden könnten.<sup>205</sup> Würde die Suchfunktion einer solchen Plattform auch die Suche nach Schlagwörtern erlauben, so wäre es Verbrauchern durchaus möglich, auf eigene Faust gerichtliche Entscheidungen mit Parallelen zum eigenen Fall zu recherchieren. Kein Verbraucher würde dadurch zum qualifizierten Juristen, aber eine solche Bereitstellung juristischer Informationen wäre durchaus geeignet die Verbraucherbildung graduell zu erhöhen. Damit wäre der Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit ganz signifikant gedient. Überdies könnte eine solche Datenbank unter Umständen sogar zur Entlastung der Justiz beitragen, weil Prozesse um identische Rechtsfragen dann nicht mehr mehrfach geführt werden müssten.

## 2. Mahnverfahren

Das amtsgerichtliche Mahnverfahren nach §§ 688 ff. ZPO folgt wie auch das Klageverfahren vor den Amtsgerichten den Regeln des 1. Buches der Zivilprozessordnung. In vielerlei Hinsicht gilt daher für die Verbraucherrechtsdurchsetzung im Mahnverfahren der gleiche Befund wie für das Klageverfahren. An mehreren Stellen ergeben sich jedoch Unterschiede. Diese betreffen vor allem den Ergebnismaßstab, verschiedene Aspekte der Verfahrensgestaltung sowie die verständliche Information von Verbrauchern darüber, dass das Mahnverfahren in bestimmten Fällen eine aufwandsarme und kostengünstige Alternative zum Klageverfahren darstellen kann.

### a) Verfahrensergebnis

Ergebnis eines Mahnverfahrens ist kurzfristig ein Mahnbescheid nach § 692 ZPO und mittelfristig ein Vollstreckungsbescheid nach § 699 ZPO. Der Mahnbescheid hat zwar die Rechtsnatur eines gerichtlichen Beschlusses, er beinhaltet aber keine Entscheidung zum materiellen Recht, sondern stellt nur eine hoheitlich vermittelte Zahlungsaufforderung des Gläubigers dar.<sup>206</sup> Einen vollstreckbaren Titel stellt erst der Vollstreckungsbescheid dar, § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO; auch dieser ergeht aber ohne gerichtliche Prüfung der materiellen Rechtslage.

<sup>204</sup> *Bender*, 40 RabelsZ 1976, 718, 720.

<sup>205</sup> *Hellwig*, Effective Justice Systems in the EU, 2013, S. 3 f.; *Rösler*, EuZW 2014, 606, 610; *Bernhardt*, NJW 2015, 2775, 2779 f. („*open justice*“). Ähnlich zuvor bereits der Vorschlag der Kommission in Art. 14 ihres Entwurfs für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Vorschlag KOM(2011) 635.

<sup>206</sup> *Schüler*, in: MünchKomm-ZPO, 2012, § 692 Rn. 3 m.w.N.



Eine solche Prüfung erfolgt allenfalls indirekt – nämlich auf Seiten des Schuldners, bei dem man davon ausgeht, er werde gemäß § 694 ZPO widersprechen, wenn der geltend gemachte Anspruch nicht bestehe.

Materieller Ergebnismaßstab eines Mahnverfahrens ist danach vordergründig nicht das materielle Recht, sondern der vom Gläubiger formulierte und vom Schuldner gegebenenfalls gebilligte Anspruch. Das Mahnverfahren ist mithin – mangels materiell-rechtlicher Prüfung des formulierten Anspruchs – nicht unbedingt Rechtsdurchsetzungsverfahren im technischen Sinne. Recht kann mit Hilfe eines Mahnverfahrens durchgesetzt werden, aber das Verfahren selbst bietet außer einem negativen Kostenreiz nach § 91 ZPO für den unberechtigten Anspruchsprätendenten keinen Anreiz und jedenfalls auch keine Gewähr dafür, dass sich die gemahnte Forderung aus dem materiellen Recht ergibt.

Weil im Mahnverfahren kein Recht gesprochen wird, fällt die soziale Funktion der Rechtsdurchsetzung völlig aus. Zur individuellen Rechtsdurchsetzung kann das Verfahren allerdings in erheblichem Maße beitragen, weil die billigende Hinnahme des gemahnten Anspruchs als Voraussetzung für die Ausfertigung eines Vollstreckungstitels im tiefen Schatten des Rechts<sup>207</sup> steht: Einen Mahnbescheid wird in aller Regel nur widerspruchslos hinnehmen und infolge dessen die angemahnte Forderung erfüllen oder einen Vollstreckungsbescheid riskieren, wer weiß, dass die Rechtslage klar und er im Unrecht ist. In diesem Fall bedarf es keiner Rechtsprechung, sondern das implizite Anerkenntnis des gemahnten Anspruchs ist bereits ein Zurückweichen des materiellen Unrechts vor dem materiellen Recht. Das Mahnverfahren genügt mithin nach dem Maßstab, der Form und der Vollstreckbarkeit des Ergebnisses vollauf den Anforderungen an ein effektives Rechtsdurchsetzungsverfahren.

Diesen Befund mag man dort relativieren, wo Antragsgegner ein unbedarfter Verbraucher ist, der sich gegen den Mahnbescheid nicht angemessen zu wehren weiß. Immerhin wird ein ganz erheblicher Teil der gerichtlichen Mahnverfahren von professionellen Forderungsbeitreibern angestrengt, deren geltend gemachte Ansprüche mitnichten durchgehend berechtigt sind.<sup>208</sup> Aufgrund dieser Problematik stellt das Mahnverfahren nicht nur eine Chance für die aktive Verbraucherrechtsdurchsetzung, sondern ebenso eine Gefahr für die passive Verbraucherrechtsdurchsetzung, also für die Abwehr unberechtigter Forderungen gegen Verbraucher dar. Man versucht, diese Gefahr durch eine enge Kontrolle von Inkassounternehmern in den Griff zu bekommen.<sup>209</sup> Der rechtstatsäch-

---

<sup>207</sup> Siehe oben Kap. 2 Fn. 140.

<sup>208</sup> Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 101. Nach der amtlichen Statistik werden mehr als fünfmal so viele Mahnverfahren wie Streitige Verfahren durchgeführt; im Jahr 2014 waren es bundesweit knapp 5,6 Mio.; *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 13.

<sup>209</sup> Dies geschieht insbesondere durch §§ 2 Abs. 2, 3, 10 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 RDG.

liche Befund<sup>210</sup> spricht freilich dafür, die Möglichkeiten der Überwachung von Inkassodienstleistungen nach § 10 Abs. 3 RDG konsequenter auszuschöpfen, damit sich das faktische Ergebnis eines Mahnverfahrens nicht systematisch von der materiellen Rechtslage entfernt.

### *b) Verfahrensleitung*

Im Mahnverfahren erfolgt die Ausfertigung des Mahnbescheids automatisch durch einen Computer. Es gibt keinen qualifizierten, unabhängigen, neutralen und verantwortlichen Richter mit rechtlicher Autorität, der über die Begründetheit des geltend gemachten Anspruchs befinden würde. Die Prüfung der Rechtslage erfolgt nach dem soeben dargestellten Mechanismus ausschließlich durch die Parteien. Die Verfahrensleitung beschränkt sich mithin auf die Entgegennahme des Mahnantrags, die Ausfertigung des Mahnbescheids sowie, bei formalen Fehlern im Mahnantrag, ein Monierungsverfahren.

Aufgrund der weitgehend automatisierten und standardisierten Abwicklung dieser Abläufe sind unsachgemäße Beeinflussungen des Mahnverfahrens nahezu ausgeschlossen. Insbesondere eine verzögerte Bearbeitung ist bei der inzwischen gängigen maschinellen Bearbeitung in der Regel ausgeschlossen, weil § 689 Abs. 1 S. 3 ZPO eine Regelbearbeitungsdauer von maximal einem Tag festlegt. Für eine für die Rechtsdurchsetzung hinderliche Beeinträchtigung dieser Verfahrensabläufe gibt es keinen rechtstatsächlichen Befund.

### *c) Verfahrensgestaltung*

Weil das Mahnverfahren ausschließlich auf die Erfordernisse der individuellen Rechtsdurchsetzung ausgerichtet ist, gründen Mahn- und Vollstreckungsbescheid nicht auf Tatsachen. Überdies geht das Verfahren ohne mündliche Anhörung der Parteien und ohne die Öffentlichkeit nach § 169 GVG vonstatten. Das schmälert auf den ersten Blick die Eignung des Mahnverfahrens für die Durchsetzung materieller Rechte. Allerdings kann ein Mahnverfahren durch Widerspruch und Antrag auf Durchführung eines streitigen Verfahrens jederzeit in ein Klageverfahren übergehen. Insofern stehen Tatsachenfundierung, rechtliches Gehör und Mündlichkeit den Parteien durchaus als Option zur Verfügung. Es fehlt zwar an einer Verfahrenskontrolle durch die Öffentlichkeit, diese erscheint für das Mahnverfahren allerdings verzichtbar, weil der Kontrollbedarf angesichts der standardisierten Abläufe gering ist und die Öffentlichkeit abseits dessen nur als Transmitter für die Rechtsprechung zugunsten von Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung fungiert, denen hier aber ohnehin keine Bedeutung zukommt.

---

<sup>210</sup> Der jüngste Versuch, unseriöse Inkassounternehmen enger zu regulieren, erfolgte mit dem Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken, vgl. den Gesetzentwurf in BT-Drs. 17/13057, S. 20, sowie *Rillig*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG, 2015, § 10 Rn. 35.

Von großer Wichtigkeit ist hingegen auch im Mahnverfahren das Verständlichkeitspostulat. Verständlich sollten einerseits die Voraussetzungen der Antragstellung sein; hier gilt das zur Klageerhebung Gesagte entsprechend.<sup>211</sup> Dabei erfüllt der heutige Online-Mahntrag mitnichten bereits die Anforderungen an eine ansprechende und verbrauchergerechte Erläuterung der einzelnen Verfahrensschritte: Das gemeinsame Portal der Länder zum automatisierten gerichtlichen Mahnverfahren stellt Rahmeninformationen zum Verfahren bereit, verweist allerdings für den Online-Mahntrag selbst auf ein wenig verbraucherfreundlich gestaltetes Online-Formular auf den Seiten einer privaten Personenhandels-gesellschaft.<sup>212</sup> Das dort verfügbare Tool enthält zwar eine Bedienhilfe, diese ist allerdings so formaljuristisch formuliert und dargestellt, dass die wenigen Verbraucher, die bis zu dieser Stelle kommen, mehrheitlich davon absehen dürften, den Mahnantrag überhaupt weiter zu verfolgen. Dieser Befund ist auch deswegen tragisch, weil das Potenzial eines Online-Mahntrags ganz erheblich ist: Verbraucher könnten hier mit Hilfe einer automatischen Bedienhilfe ohne die kostspielige Hinzuziehung eines Anwalts Forderungen gerichtlich betreiben, ohne dass dies mit großem Aufwand für die Justiz verbunden wäre. Ein solchermaßen verbrauchergerechter Online-Mahntrag könnte damit gerade das Problem des rationalen Desinteresses angesichts hoher Rechtsdurchsetzungskosten lindern. Ohne Frage würde eine Vereinfachung des Mahnverfahrens auch dazu führen, dass mehr Mahnanträge ungerechtfertigt gestellt und mehr Mahnanträgen widersprochen würde. Das wiederum wäre gerade Ausdruck besserer Rechtsdurchsetzung.

Verständlich sollten neben dem Mahnantragsverfahren auch die Mahnbescheide selbst sein, damit ein Anspruchsgegner nicht unberechtigte Forderungen bedient. Die im Zusammenhang mit einem Mahnbescheid ergehenden Belehrungen nach § 692 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 ZPO übersteigen allerdings den Verständnishorizont durchschnittlicher Verbraucher. Insbesondere besteht die nicht unberechtigte Sorge, Verbraucher könnten einen Mahnbescheid trotz des Hinweises nach § 692 Abs. 1 Nr. 2 ZPO missverstehen als einen behördlichen Bescheid, der Kosten festsetzt, die nun zur Vermeidung weiterer Schwierigkeiten unbedingt zu begleichen seien.<sup>213</sup>

Ein weiteres für Mahnverfahren wichtiges Kriterium ist die Erreichbarkeit der mit der Konfliktlösung befassten Institution. Die Zivilprozessordnung folgt beim Mahnverfahren nicht den allgemeinen Regeln des § 12 ZPO, weil das Verfahren einseitig vom Antragsteller betrieben wird. Deswegen legt § 689 Abs. 2 S. 1 ZPO speziell für das Mahnverfahren fest, dass das Amtsgericht am allgemeinen Gerichtsstand des Antragstellers für das Mahnverfahren ausschließlich

<sup>211</sup> Siehe oben Kapitel 4 A. I. 1. c) dd) (1).

<sup>212</sup> Es handelt sich gegenwärtig um die maßgeblich von der Stadt Bremen beeinflusste Governikus GmbH & Co. KG.

<sup>213</sup> Koch, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 66.

zuständig ist. Zwar haben die Länder von der Ermächtigung nach § 689 Abs. 3 ZPO Gebrauch gemacht, zentrale Mahngerichte zu errichten. Dieser Nachteil wird freilich dadurch nivelliert, dass es Antragstellern nach § 129a ZPO möglich ist, den Mahnantrag bei jedem beliebigen Amtsgericht zu Protokoll zu geben. Zudem ist der elektronische Rechtsverkehr beim Mahnverfahren bereits erheblich weiter fortgeschritten als beim Klageverfahren: Nach § 690 Abs. 3 ZPO kann der Mahnantrag in einer maschinell lesbaren Form übermittelt werden, für Rechtsanwälte ist dies sogar seit 2008 zwingend. Neben der postalischen Übermittlung eines Barcodeantrags fällt darunter insbesondere die Übermittlung an das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP). Aber auch außerhalb der elektronischen oder elektronisch unterstützten Übermittlung ist die persönliche Anwesenheit des Antragstellers am Ort des Mahngerichts nicht erforderlich. Gegen die Erreichbarkeit des Mahngerichts bestehen insofern im Ergebnis keine Bedenken.

Auch die Kosten des Mahnverfahrens sind moderat ausgestaltet. Die Gerichtskosten betragen nur ein Sechstel der Kosten für ein streitig entschiedenes Klageverfahren: Soweit der Antragsgegner nicht widerspricht und dadurch ein Klageverfahren auslöst, bleibt es bei 0,5 Gerichtskosten nach Nr. 1100 KV GKG, die dem Antragsgegner auch direkt im Mahnbescheid in Rechnung gestellt werden. Bis zu einem Streitwert von 1.000 € beschränkt sich die Gerichtsgebühr gemäß § 11, Nr. 1100 KV GKG auf den Mindestbetrag von 32 €. Wird im Anschluss an das Mahnverfahren das streitige Verfahren durchgeführt, wird die Gebühr für das Mahnverfahren gemäß Nr. 1210 Abs. 1 S. 1 KV GKG voll auf die Gerichtskosten für das Klageverfahren angerechnet. Die Kosten des Mahnverfahrens stellen damit selbst für finanzschwache Verbraucher eine sehr überschaubare Kostenhürde dar.

Der letzte Aspekt der Verfahrensgestaltung betrifft die Effizienz des Mahnverfahrens. Aufwand und Nutzen sollten im optimalen Verhältnis zueinander stehen. Ein weitgehend elektronisch betriebenes Verfahren wie das Mahnverfahren meistert dieses Kriterium von vornherein deswegen gut, weil der damit verbundene Aufwand sowohl für die Beteiligten als auch für die staatlichen Gerichte minimal ist. Es fallen keine Reise- oder Präsenzkosten an, sondern der Aufwand erschöpft sich in der Bedienung des Mahnantragsformulars und der computergestützten Ausfertigung und Zustellung der Mahn- und Vollstreckungsbescheide. Aus der Tatsache, dass das Mahnverfahren nur dem Individuum, nicht aber der Allgemeinheit dient, ergibt sich zwar die haushaltspolitische Forderung, dass die Mahngerichte kostendeckend arbeiten mögen; soweit ersichtlich ist dies aber gegenwärtig der Fall.<sup>214</sup> Ein gewisses Optimierungspotenzial besteht gleichwohl insoweit, als die Verfahrenskommunikation für Verbraucher in der beschriebenen Weise verständlicher ausgestaltet werden könnte,

---

<sup>214</sup> So berichtet es etwa das für Rheinland-Pfalz zuständige Amtsgericht Mayen.

denn auch unnötiger Aufwand für die Parteien ist aus der Effizienzperspektive suboptimal.

#### d) Transparenz

Hinsichtlich der Transparenz eines gerichtlichen Mahnverfahrens ist vorab zu bemerken, dass nur wenigen Verbrauchern die Möglichkeit eines gerichtlichen Mahnverfahrens überhaupt bekannt ist. Auf den zentralen Seiten der durch die Länder eingerichteten Mahngerichte finden sich zwar Hinweise zu Ablauf und Verfahrenszielen des Mahnverfahrens. Diese Hinweise sind jedoch begrenzt übersichtlich gestaltet, und sie schweigen insbesondere zu der Frage, welche Art von Forderungen mit einem Mahnantrag verfolgt werden können und unter welchen (nämlich keinen) materiellen Voraussetzungen ein Mahnbescheid erlassen wird. Dies legt den Schluss nahe, dass Verbraucher das Verfahren kaum nutzen, weil sie entweder nicht davon wissen oder sich die Führung dieses Verfahrens zumindest nicht ohne anwaltliche Hilfe zutrauen. Strengt ein Verbraucher in Unkenntnis des Mahnverfahrens ein Gerichtsverfahren an, begibt er sich in ein unnötig hohes Kostenrisiko.

Angesichts der geringen Bekanntheit des Mahnverfahrens wären verstärkte Hinweise darauf durch Justiz und Anwaltschaft wünschenswert. Eine transparente Information über Kosten, Ablauf und Ergebnis eines Mahnverfahrens werden dieses für die Verfolgung von Zahlungsansprüchen häufig vorzugswürdig erscheinen lassen. Anwälte sind aus dem Mandatsvertrag heraus ohnehin verpflichtet, ihren Mandanten zum günstigsten der sichersten Wege zur Erreichung ihrer Ziele zu raten.<sup>215</sup> Aber auch Gerichte sollten Verbraucher in geeigneten Fällen darauf aufmerksam machen, soweit es – wie etwa im Fall des § 496 ZPO – einen Kontakt vor Klageerhebung gibt. Das Mahnverfahren birgt gerade infolge der Möglichkeiten des elektronischen Rechtsverkehrs ein immenses Potenzial für eine anschaulich erklärte, leicht zugängliche und kostengünstige Rechtsdurchsetzung. Ein konsequenterer Vorzug des Mahnverfahrens gegenüber der Zivilklage könnte auch zu einer Entlastung der Amtsgerichte führen.<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> RG v. 15. Mai 1936, III 273/35, RGZ 151, 259, 264; BGH v. 31. Oktober 1985, IX ZR 175/84, NJW-RR 1986, 1281; BGH v. 18. November 1999, IX ZR 420/97, NJW 2000, 730, 732; BGH v. 29. November 2001, IX ZR 389/98, NJW 2002, 1417; *Hartstang*, Anwaltsrecht, 1991, S. 480 ff.; *Borgmann/Jungk/Schwaiger*, Anwaltshaftung, 2014, Kap. IV Rn. 131 ff.

<sup>216</sup> Immerhin ergingen vor den Amtsgerichten 2014 in gut 7% aller streitigen Verfahren Anerkenntnis- oder Verzichtsurteile; *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 22. Ein Teil davon dürfte erst durch richterliche Hinweise zustande gekommen sein, ein Teil der Verfahren hätte aber vermutlich im Mahnverfahren aufwandsärmer bewältigt werden können.

### 3. Schnellverfahren für Verbraucherstreitigkeiten

In der rechtspolitischen Diskussion taucht neben dem Mahn- und dem Klageverfahren regelmäßig auch der Vorschlag eines Schnellverfahrens für Verbraucherstreitigkeiten oder geringwertige Rechtsstreitigkeiten auf. Eine solche Möglichkeit existierte bereits bis 1977 mit dem Verfahren nach freiem Ermessen nach § 510c ZPO a.F. für Ansprüche im Wert von maximal 50 DM. Diese Verfahren wurden in einem im Ermessen des Gerichts stehenden Verfahren mit einem Schiedsurteil abgeschlossen, auf dessen Begründung die Parteien verzichten konnten.<sup>217</sup> § 510c ZPO wurde letztendlich nicht zuletzt deswegen abgeschafft, weil man für geringe Streitwerte nicht einen Rechtsschutz zweiter Klasse etablieren wollte.<sup>218</sup>

Der Wegfall des § 510c ZPO wurde freilich durchaus nicht allerorten begrüßt.<sup>219</sup> Insofern verwundert es nicht, dass sich seit 1991 eine im Grundsatz ähnliche Regelung in § 495a ZPO findet, der das Verfahren bis zu einem Streitwert von 600 € in das Ermessen des Gerichts stellt. Dies ist gegenwärtig die einzige verbliebene streitwertabhängige Verfahrensdifferenzierung im erstinstanzlichen Zivilprozess, nachdem die 750-€-Grenze des § 15a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EGZPO seit 2013 nach dem Fortfall der daran anknüpfenden Landesgesetze bedeutungslos geworden ist.<sup>220</sup> Von der Gesamtzahl der amtsgerichtlichen Prozesse findet ungefähr ein Drittel im vereinfachten Verfahren nach § 495a ZPO statt.<sup>221</sup>

Das vereinfachte Verfahren ist allerdings infolge ausdifferenzierender Rechtsprechung<sup>222</sup> einigen Stimmen nicht mehr einfach genug. In jüngerer Zeit gab es mehrere Vorschläge, den Zivilprozess um ein Kurzverfahren für Bagatell-

---

<sup>217</sup> *Wieczorek*, in: *Wieczorek*, ZPO, 1976, § 510c; *Schumann/Leipold*, in: *Stein-Jonas*, ZPO, 1972, § 510c. Zuvor befand sich die Regelung in § 471 CPO und § 510 ZPO. Zum früheren *juge de paix* und zur heutigen *justice de proximité* in Frankreich *Kern*, JZ 2012, 389, 390 m.w.N.

<sup>218</sup> Siehe oben Kap. 4 Fn. 172.

<sup>219</sup> *von Hippel*, *RebelsZ* 1976, 513, 531; *Prütting*, JZ 1985, 261, 267; *Koch*, *Verbraucherprozessrecht*, 1990, S. 81 f., 89.

<sup>220</sup> Als letztes Bundesland hat Baden-Württemberg sein Schlichtungsgesetz mit Wirkung zum 1. Mai 2013 aufgehoben; soweit in anderen Ländern Schlichtungsgesetze existieren, betreffen diese nur noch Fälle aus dem Nachbarrecht, Streitigkeiten wegen Ehrverletzung und Ansprüche aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Einen Überblick über die *lex lata* in den verschiedenen Bundesländern geben *Löhner*, *Die freiwillige Streitschlichtung vor Gütestellen*, 2008, S. 49, und *Greger*, *NJW* 2011, 1478, 1479 ff.

<sup>221</sup> Im Jahr 2014 ergingen knapp 30 % der streitigen amtsgerichtlichen Urteile im vereinfachten Verfahren nach § 495a ZPO. In den Streitwertbereich bis 600 € und damit grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 495a ZPO fällt mehr als ein Drittel aller amtsgerichtlichen Fälle, das Potenzial für die Anwendung der Vorschrift ist also vermutlich weitgehend ausgeschöpft; *Statistisches Bundesamt*, *Rechtspflege Zivilgerichte* 2014, 2015, S. 22, 26.

<sup>222</sup> Siehe oben Kap. 4 Fn. 163.

bzw. Verbraucherstreitigkeiten zu ergänzen. *Podszun* spricht sich für ein kostengünstiges Fast-Track-Verfahren mit engen Fristen und geringen Beschwerdemöglichkeiten aus, in dem sich jede Seite nur *einmal* schriftsätzlich äußert und der Parteivortrag weitgehend hingenommen wird.<sup>223</sup> Dem folgt *Calliess* mit der Idee eines unbürokratischen, summarischen und singularinstanzlichen Schnellverfahrens von 3–6 Monaten Länge.<sup>224</sup> In England und Wales wurde noch weitergehend die Einführung einer Art richterlicher Telefonmediation erwogen, die den Gerichten jährlich 80.000 Fälle ersparen könnte.<sup>225</sup>

Die Einwände gegen diese Vorschläge liegen freilich auf der Hand: Zunächst einmal ist zu bemerken, dass amtsgerichtliche Verfahren das zentrale Problem der Verfahrensdauer<sup>226</sup> mit einer durchschnittlichen Verfahrenslänge von 4,8 Monaten und einer Erledigungsquote von etwa 49 % nach drei Monaten, 75 % nach sechs Monaten und 93 % nach einem Jahr durchaus manierlich bewältigen.<sup>227</sup> Selbst diese Verfahrensdauern mögen sich in einem schlank ausgestalteten Rechtsdurchsetzungsprozess noch unterbieten lassen. Die vorgeschlagenen Schnellverfahren würden hinsichtlich des Verfahrensergebnisses und der Verfahrensleitung den Bewertungsmaßstäben für Verbraucherrechtsdurchsetzungsverfahren ebenso wie der klassische Zivilprozess genügen, sie würden allerdings insbesondere bei der Verfahrensgestaltung klare Abstriche machen, wenn sie die Tatsachenfundierung der richterlichen Entscheidung kupieren und damit die Anwendung des Rechts auf ein unsicheres Fundament stellen.<sup>228</sup> Hinzu kommt, dass die tendenziell kürzere Verfahrensdauer nicht-justizieller Verfahren nicht etwa darin gründet, dass diese Verfahren bessere Handhaben gegen Verfahrensverschleppung hätten,<sup>229</sup> sondern zumindest auch darauf fußt, dass diese Verfahren nach Ablauf der Soll-Verfahrensdauer einfach ergebnislos geschlossen werden, während sich Gerichte bei Aufrechterhaltung der Parteianträge einer Entscheidung gerade nicht entziehen können.

<sup>223</sup> *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 532 ff.

<sup>224</sup> *Calliess*, Gutachten A zum 70. DJT, 2014, S. 98.

<sup>225</sup> So ein Bericht des *Guardian* vom 9. Februar 2012. Freilich stellt der Zugang zu den Gerichten in Großbritannien im Vergleich zu Deutschland ein größeres Problem dar, weil Prozesskostenhilfe schwerer zu erlangen und Rechtsschutzversicherungen weit weniger verbreitet sind.

<sup>226</sup> *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 526 ff.

<sup>227</sup> *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 26. Zusätzlich weist *Niewisch-Lennartz*, ZKM 2015, 136, 138, darauf hin, dass die Justiz den Verfahrensbeginn früher ansetzt als viele außergerichtliche Institutionen.

<sup>228</sup> Überspitzt gesagt mag man von Verfahren ohne Verfahrensrecht sprechen; ähnlich von *Hippel*, Verbraucherschutz, 1986, S. 158 ff. m.w.N., und nun wieder *Althammer*, in: *Althammer/Weller* (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, 2015, S. 3, 25 f.

<sup>229</sup> Im Gegenteil: Die Erfahrungen mit zwingenden außergerichtlichen Vorverfahren im englischen Arbeitsrecht zeigen sogar, dass die Unternehmerseite dort die Zwangsschlichtung systematisch zur Verfahrensverschleppung nutzt; *Jones/Prassl*, ZKM 2015, 36, 39.

Das wirft die Frage zurück auf die bereits thematisierte Debatte um die Entformalisierung von Rechtsdurchsetzungsverfahren, die gezeigt hat, dass der Verzicht auf wesentliche Verfahrensformalien das Ziel der Rechtsdurchsetzung unterminieren kann.<sup>230</sup> Die formlosen Schnellverfahren der heute wieder vorge schlagenen Form sind denn auch eher schlichtende denn richtende Verfahren,<sup>231</sup> mithin Instrumente, die andere Zwecke als denjenigen der Rechtsdurchsetzung verfolgen und die deswegen traditionell außerhalb der Ziviljustiz angesiedelt sind.<sup>232</sup> Als Rechtsdurchsetzungsinstrumente sind sie weit weniger geeignet als das Mahnverfahren und das Klageverfahren.

## II. Verfahren nach europäischem Recht

Neben den im deutschen Zivilprozessrecht vorgesehenen Verfahren gibt es seit einigen Jahren auch eigene europäische Verfahren, die speziell für grenzüberschreitende Sachverhalte die Rechtsdurchsetzung erleichtern sollen. Der Anwendungsbereich dieser Verfahren schwillt mit der wachsenden Anzahl grenzüberschreitender Verträge insbesondere im Internethandel erheblich an. Luxemburger Versandhändler, britische Reiseveranstalter und niederländische Hotelvermittler gehören zu den weltweiten Oligopolisten in ihren Branchen – und sie gewinnen durch Netzwerkvorteile beständig Marktanteile hinzu. Dadurch verlagert sich der Rechtsverkehr in ganzen Rechtsgebieten in den grenzüberschreitenden Bereich. In besonderer Weise gilt dies für häufig oder sogar typischerweise grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen wie etwa im Bereich des Fluggast- und Reiserechts. Dies führt zu einem korrespondierenden Bedeutungszuwachs der europäischen Verfahren, der in absehbarer Zeit noch weiter zunehmen dürfte. Die vor diesem Hintergrund wichtigsten europäischen Rechtsdurchsetzungsverfahren sind das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen und das europäische Mahnverfahren.

---

<sup>230</sup> Siehe oben Kapitel 4 A. I. 1. c) hh) (3).

<sup>231</sup> Das konzidiert auch *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 536, 541.

<sup>232</sup> Das bestätigt sich auch im internationalen Vergleich: In der Schweiz ist das Schlichtungsverfahren auf eine eigene Schlichtungsbehörde ausgelagert, Art. 197 ff. der Schweizerischen ZPO. Weitere Beispiele finden sich bei *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 1994, S. 392 ff.; historisch *Münch*, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I, 2009, S. 179, 184 ff. Unter dem Eindruck der europäischen AS-Richtlinie offener *Limperg*, NJW 2015, Editorial 15/2015.



## 1. Verfahren für geringwertige Forderungen

Das europäische Verfahren für geringfügige<sup>233</sup> Forderungen (auch: Bagatellverfahren) nach der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 (EuGFVO)<sup>234</sup> steht seit Anfang 2009 für die Verfolgung grenzüberschreitender Ansprüche im Wert von maximal 2.000 € zur Verfügung;<sup>235</sup> ab dem 14. Juli 2017 liegt der maximale Streitwert gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 1 EuGFVO bei 5.000 €. <sup>236</sup> Es handelt sich gegenüber dem ZPO-Klageverfahren um eine prozessuale *lex specialis* für geringwertige grenzüberschreitende Forderungen.<sup>237</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat die EuGFVO seinerseits durch die Vorschriften der §§ 1097 ff. ZPO ergänzt. In Deutschland wird das Verfahren vorrangig zur Durchsetzung von Fluggastrechten aus der Verordnung 261/2004/EG<sup>238</sup> gegen ausländische Fluggesellschaften genutzt.<sup>239</sup> Auf diesem Wege kommt es zu jährlichen Fallzahlen im mittleren dreistelligen Bereich,<sup>240</sup> die freilich angesichts der Gesamtzahl amtsgerichtlicher Fälle mit Auslandsbezug grundsätzlich erheblich größer ausfallen könnten.<sup>241</sup>

<sup>233</sup> Der Begriff „geringfügig“ in der deutschen Sprachfassung der Verordnung erscheint nachgerade unpassend, wird er doch landläufig als Synonym für „unbedeutend“ oder „belanglos“ verwendet; es hätte auf der Hand gelegen, stattdessen von geringwertigen Forderungen zu sprechen. Die englische („small claims“), die französische („petits litiges“) und die spanische Version („escasa cuantía“) kommen demgegenüber ohne eine Geringschätzung der verfolgten Ansprüche aus.

<sup>234</sup> Zum 14. Juli 2017 wird die EuGFVO geändert durch Art. 1 der Verordnung (EU) 2015/2421 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens.

<sup>235</sup> Einen Überblick geben *Haibach*, EuZW 2008, 137 ff., und *Hau*, JuS 2008, 1056 ff.; zur Entstehungsgeschichte *Jahn*, NJW 2007, 2890, 2891; *Stürner*, in: Leible/Terhechte, EnzEuR, 2014, § 21 Rn. 7 ff.

<sup>236</sup> Zum vorausgehenden Vorschlag der Kommission in COM(2013) 794 final, die Streitwertgrenze auf 10.000 € anzuheben, *Sujecki*, ZRP 2014, 84 ff.; *Hau*, in: FS Gottwald, 2014, S. 255, 258 ff.

<sup>237</sup> Dies ergibt sich daraus, dass das Gericht das Verfahren im Falle einer unzulässigen Klage als originäres ZPO-Verfahren fortführt; vgl. *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EU-ZPO, 2015, Art. 4 EuBagVO Rn. 7.

<sup>238</sup> Aktuell wird ein Entwurf zur Neufassung der Fluggastrechte-Verordnung erwogen: Vorschlag COM(2013) 130 final.

<sup>239</sup> *Mayer/Lindemann*, NJW 2012, 2317 ff.

<sup>240</sup> In 2014 zählte die Statistik 438 erledigte Verfahren; *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 18. In jüngster Zeit sind die Verfahrenszahlen wieder leicht rückläufig; der sprunghafte Anstieg der Vorjahre setzt sich jedenfalls vorerst nicht weiter fort.

<sup>241</sup> 2014 saß in ca. 11.000 amtsgerichtlichen Verfahren der Kläger und in knapp 9.000 Verfahren der Beklagte im EU-Ausland; *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015, S. 30. Insbesondere wegen des begrenzten Anwendungsbereichs der EuGFVO nach deren Art. 2 Abs. 2 dürfte das europäische Bagatellverfahren insgesamt auf weniger als 15.000 Fälle anwendbar sein; dennoch erscheint das Potenzial weit größer als die aktuellen Fallzahlen. Siehe auch *Hau*, in: FS Gottwald, 2014, S. 255, 256.

### a) Verfahrensergebnis

Das Verfahren für geringfügige Forderungen mündet gemäß Art. 7 EuGFVO in ein Urteil. Gemäß Art. 19 EuGFVO sind freilich auch alle anderen Arten der Verfahrensbeendigung – insbesondere eine Klagerücknahme oder ein Vergleich – zulässig, die im allgemeinen Prozessrecht des jeweiligen Mitgliedstaates vorgesehen sind. Damit gelten hinsichtlich des Verfahrensergebnisses die Ausführungen zum zivilprozessualen Klageverfahren<sup>242</sup> entsprechend: Eine einverständliche Streitbeilegung im gerichtlichen Verfahren kann im Schatten des Rechts stattfinden und insoweit eine teilweise Rechtsdurchsetzung mit sich bringen. Für die vollständige Durchsetzung materieller Rechte erscheint aber ein Urteil in jedem Fall vorzugswürdig.

### b) Verfahrensleitung

Das Verfahren für geringfügige Forderungen wird von den mitgliedstaatlichen Gerichten administriert. Solange dies der Fall ist, ergeben sich hinsichtlich Qualifikation, Unabhängigkeit, Neutralität, Autorität und Verantwortlichkeit der Verfahrensleitung keine Unterschiede zum zivilprozessualen Klageverfahren.<sup>243</sup>

Dies könnte sich allerdings ändern, wenn die Aufgabe der Rechtsprechung zum europäischen Privatrecht einmal nicht mehr vorrangig von den mitgliedstaatlichen Gerichten, sondern auch jenseits von Vorlagefragen an den EuGH von (neu zu schaffenden) europäischen Gerichten wahrgenommen werden sollte.<sup>244</sup> Dies erscheint bei den meisten europäischen Verbraucherrechten gegenwärtig wegen deren Umsetzung in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen noch weitgehend utopisch. Am Beispiel der in allen Mitgliedstaaten geltenden Fluggastrechte-Verordnung lässt sich allerdings zeigen, dass es schon in der *lex lata* durchaus unmittelbar wirkende materielle europäische Rechte gibt, deren Anwendung durch *europäische* Gerichte kaum einen gegenüber der Kontrollbefugnis des EuGH qualitativ anderen Souveränitätsverlust der Mitgliedstaaten bedeuten würde. Dem Wortlaut des Art. 81 Abs. 2 lit. f) AEUV mag man für die Einrichtung neuer Gerichte zwar keine europäische Kompetenz entnehmen, allerdings hat die EU diese Vorschrift bislang unbeanstandeterweise sehr weit interpretiert;<sup>245</sup> deswegen erscheint die Einrichtung eigener Gerichte auf dieser Grundlage jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>246</sup>

<sup>242</sup> Siehe oben Kapitel 4 A. I. 1. a).

<sup>243</sup> Siehe insoweit oben Kapitel 4 A. I. 1. b).

<sup>244</sup> So der Vorschlag von *Maultzsch*, ZfPW (1) 2015, 282, 307 ff. m.w.N.

<sup>245</sup> So beruft sich EG 2 der EuGFVO wie auch EG 2 der EuMahnVO auf Art. 65 lit. c) EGV (heute Art. 81 Abs. 2 lit. f) AEUV), vermeiden aber letztlich eine Subsumtion unter diese Vorschrift.

<sup>246</sup> Gegen eine so extensive Interpretation des Art. 81 AEUV spricht freilich nicht nur

Ginge die EU diesen Weg, um sich Schwierigkeiten bei der mitgliedstaatlichen gerichtlichen Rechtsdurchsetzung zu entledigen, wären freilich die neuen europäischen Gerichte nicht an die rechtsstaatlichen Sicherungsmechanismen gebunden, welche die Mitgliedstaaten für ihre nationalen Gerichte geschaffen haben. Ein solcher Judikativtransfer wäre insofern allenfalls dann gutzuheißen, wenn die unionalen Gerichte mindestens dieselben Anforderungen an die Qualifikation, Unabhängigkeit, Neutralität, Autorität und Verantwortlichkeit der Verfahrensleitung stellen würden, wie dies im Inland der Fall ist.

### c) Verfahrensgestaltung

Das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen ist in erster Linie nach den unmittelbar in der EuGFVO vorgesehenen Regeln gestaltet. Die ZPO ergänzt diese Vorschriften durch die §§ 1097 ff. ZPO. Soweit in beiden Regularien keine Spezialvorschriften vorgesehen sind, gilt gemäß Art. 19 EuGFVO das allgemeine deutsche Zivilprozessrecht.

#### aa) Tatsachenfundierung

Für die Beweisaufnahme legt Art. 9 EuGFVO die Entscheidung über Umfang und Methoden der Beweisaufnahme weitgehend in die Hände des befassen Gerichts. Dabei wird das Gericht ermuntert, Beweise per Video-Konferenz oder sonstiger kommunikationstechnischer Mittel zu erheben und grundsätzlich das mit dem geringsten Aufwand verbundene Beweismittel zu wählen.

Die Aufgeschlossenheit des europäischen Gesetzgebers gegenüber modernen Kommunikationsmedien ist dabei durchaus fortschrittlich. Zwar weckt der gegenwärtig noch unklare Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 EuGFVO den Verdacht, das Gericht solle kostenintensive Beweismittel möglichst nicht in Betracht ziehen, um Verfahrensdauer und Verfahrenskosten im Rahmen zu halten. Bei diesem Verständnis steht das Urteil auf einer brüchigen Tatsachengrundlage.<sup>247</sup> Allerdings wird sich diese Problematik erledigen, wenn Art. 9 Abs. 2 S. 2 EuGFVO durch die Neufassung der Vorschrift am 14. Juli 2017 wegfällt.<sup>248</sup>

---

dessen Wortlaut, sondern auch die Tatsache, dass deren Errichtung nach der Systematik von EUV und AEUV in Art. 19 EUV und Art. 251 ff. AEUV vorgesehen sein müsste. Ob erstinstanzliche Zivilgerichte unter den Begriff der *Fachgerichte* nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 EUV, Art. 257 AEUV zu fassen wären, erscheint zumindest zweifelhaft. Jedenfalls die Einrichtung weiterer Vorlagegerichte, womöglich auch eines europäischen Fachgerichts für Privatrecht befürwortet *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, 2012, S. 288 f., 387 ff., 508; differenzierend *Riehm*, in: Gsell/Hau (Hrsg.), Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem, 2012, S. 203, 216 ff.

<sup>247</sup> *Kern*, JZ 2012, 389, 396 f. m.w.N.

<sup>248</sup> Den vorausgehenden Kommissionsentwürfen insoweit zustimmend *Hau*, in: FS Gottwald, 2014, S. 255, 263.

Freilich wäre es noch besser gewesen, wenn gleichzeitig auch Art. 9 Abs. 3 EuGFVO gestrichen worden wäre.

### *bb) Mündlichkeit*

Während das rechtliche Gehör im Verfahren für geringfügige Forderungen keine besonderen Probleme aufwirft, wird dem Recht auf eine mündliche Verhandlung vom europäischen Gesetzgeber eine nur geringe Bedeutung beigegeben. Art. 5 Abs. 1 und 1a EuGFVO n.F.<sup>249</sup> sehen ein im Grundsatz schriftliches Verfahren vor, bei dem die Parteien zwar eine mündliche Verhandlung beantragen, das Gericht diese daraufhin aber auch ablehnen kann, wenn es der Auffassung ist, auch ohne mündliche Verhandlung ein faires Verfahren gewährleisten zu können. Daran ändert auch der künftige Art. 8 Abs. 3 S. 1 EuGFVO nichts, weil dieser eine Entscheidung zugunsten einer mündlichen Verhandlung bereits voraussetzt.<sup>250</sup>

Das Kalkül der Europäischen Union bei diesem Regelungsansatz ist klar ersichtlich: Eine mündliche Verhandlung wird weniger als Chance für die Betroffenen, sich zu artikulieren, denn als erheblicher Aufwand begriffen, der Kosten und Dauer des Verfahrens merklich vergrößert und damit womöglich die Rechtsdurchsetzung erschwert. Nun garantieren allerdings Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 GRCh eine mündliche Verhandlung, so dass diese eigentlich nicht gegen den Willen der Parteien abgesetzt werden dürfte. Die EU sieht aber augenscheinlich eine höhere Rechtfertigung des Mündlichkeitsprinzips im Gebot eines fairen Verfahrens: Wenn ein faires Verfahren sichergestellt sei, Art. 5 Abs. 1a S. 2 EuGFVO n.F.<sup>251</sup>, dann wähnt sie sich auch im Einklang mit den konstitutionellen Mündlichkeitsrechten. Es spricht viel dafür, dass dieser teilweise Ausschluss der Mündlichkeit durch das Gebot des fairen Verfahrens mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 GRCh gerade nicht vereinbar ist.<sup>252</sup> Denn diese Normen verlangen zwar nicht die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in jedem Fall, wohl aber statuieren sie ein Recht der Parteien, eine mündliche Anhörung zu verlangen. Eines der wenigen veröffentlichten EuGFVO-Urteile bestätigt tatsächlich die Befürchtung, dass die richterliche Geduld womöglich in einem rein schriftlichen Verfahren schneller erschöpft sein könnte, als dies bei einer mündlichen Anhörung der Fall wäre.<sup>253</sup>

---

<sup>249</sup> Bis zum 13. Juli 2017 findet sich eine insoweit nicht wesentlich andere Regelung in Art. 5 Abs. 1 EuGFVO.

<sup>250</sup> Vgl. noch zum in COM(2013) 794 final vorgesehenen Art. 8 Abs. 2 EuGFVO *Hau*, in: FS Gottwald, 2014, S. 255, 262 f.

<sup>251</sup> Bis zum 13. Juli 2017 Art. 5 Abs. 1 S. 3 EuGFVO.

<sup>252</sup> *Kern*, JZ 2012, 389, 394 f.; *Hau*, in: FS Gottwald, 2014, S. 255, 262 f.

<sup>253</sup> AG Geldern v. 9. Februar 2011, 4 C 4/11, BeckRS 2011, 03927.

cc) *Verständlichkeit*

Um das Verfahren für geringfügige Forderungen für Anspruchsinhaber so verständlich zu machen, dass anwaltliche Hilfe nicht notwendig ist, setzt die EU auf Antragsformulare. Man traut den Betroffenen nachvollziehbarerweise nicht zu, selbst Schriftsätze zu formulieren. Insofern liegt der Rückgriff auf erläuterte Formulare nahe, zumal das Verfahren ohnehin postalisch einzuleiten sein soll.

In der Praxis erscheint die Nutzung dieser Formulare allerdings wenig Verbrauchergerecht. Zunächst sind schon die Formularblätter selbst im informationsreichen europäischen Justizportal kaum zu finden. Weiter erscheint auch der konkrete Zuschnitt der in den Anhängen zur EuGFVO vorgesehenen Korrespondenzformulare bedenklich. Ein verständiger Verbraucher wird schon an der Bestimmung des zuständigen Gerichts scheitern, weil die dafür erheblichen Hinweise über das Formular verteilt sind und dem Betroffenen das Verständnis juristischer Termini wie etwa des Erfüllungsorts abverlangen. Insgesamt streckt sich das Klageformular über sechs Seiten und erreicht damit eine Komplexität, der sich in aller Regel nur Rechtsanwälte und daneben allenfalls noch rechtlich versierte Vielfachprozessierer stellen werden.<sup>254</sup> Die Annahme der EU, das Verfahren könne in der Regel auch ohne anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen werden,<sup>255</sup> erscheint mithin nachgerade verfehlt.

An dieser für Verbraucher unbefriedigenden Situation könnte womöglich der neue Art. 11 EuGFVO etwas ändern. Dieser sieht vor, dass die Verfahrensbeteiligten bei den Gerichten sowie im Internet eine kostenlose Hilfestellung beim Ausfüllen der Formblätter sowie Informationen zu den zuständigen Gerichten erhalten sollen.<sup>256</sup> Die Effektivität dieser Vorschrift wird mit der Auffindbarkeit der nämlichen Informationen im europäischen Justizportal stehen und fallen.

Gelingt eine ausreichende Information des Verbrauchers, verbleiben insbesondere dann Probleme, wenn das angerufene Forum trotz Art. 18 Abs. 1 Brüssel-Ia-Verordnung im Ausland liegt. Denn in diesen Fällen ist im Zweifel gemäß Art. 6 Abs. 1 EuGFVO in der Sprache des Gerichts zu kommunizieren,<sup>257</sup> wozu die wenigsten Anspruchsprätendenten in der Lage sein werden. Die parallele Struktur der verschiedenen Sprachversionen der Formulare aus den Anhängen zur EuGFVO hilft darüber nur ansatzweise hinweg.<sup>258</sup> Das Gericht kann zwar fremdsprachige Unterlagen zulassen,<sup>259</sup> ein Anspruch darauf besteht aber nicht.

<sup>254</sup> Kern, JZ 2012, 389, 394.

<sup>255</sup> Haibach, EuZW 2008, 137, 140.

<sup>256</sup> Die bis zum 13. Juli 2017 geltende Vorgängervorschrift wurde mit guten Gründen als zu unkonkret kritisiert; so etwa *Sujecki*, EuZW 2007, 649.

<sup>257</sup> Ausführlich *Stürmer*, in: Leible/Terhechte, EnzEuR, 2014, § 21 Rn. 22 ff.; *Mankowski*, in: FS Kaissis, 2012, S. 607, 620 ff.

<sup>258</sup> Weiterführend *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 3 Rn. 55 ff.

<sup>259</sup> Optimistisch *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EU-ZPO, 2015, Art. 6 EuBagVO Rn. 3:

Schon deswegen werden Verbraucher nur in seltenen Fällen in einem anderen Mitgliedstaat Klage erheben.<sup>260</sup>

#### *dd) Erreichbarkeit*

Die Erreichbarkeit des Forums stellt das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen durch seine Öffnung für Video- und Telefonkonferenzen und andere fernkommunikative Methoden sicher. Art. 8 EuGFVO ermöglicht bereits seit Inkrafttreten der EuGFVO die Nutzung der Fernkommunikationstechnologie für die mündliche Verhandlung. In Konsequenz dazu sind auch nach §§ 1100 Abs. 1, 1101 Abs. 2 ZPO Antrag und Einverständnis der Parteien nicht erforderlich; insoweit ist das Verfahren offener für moderne Telekommunikationsformen als der diesbezüglich vorsichtige § 128a ZPO.<sup>261</sup>

Die ab dem 14. Juli 2017 geltende Neufassung des Art. 8 EuGFVO legt die Nutzung der Telekommunikation weitergehend sogar als Regel fest, wenn die anzuhörende Person ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts hat. Diese Regelung zwingt die Mitgliedstaaten dazu, ihre Gerichte mit der entsprechenden Technik auszustatten. Dies dürfte die Modernisierung der nationalen Justizapparate in einem mit Blick auf Art. 81 AEUV unbedenklichen Maße befördern.<sup>262</sup>

#### *ee) Öffentlichkeit*

Der starke Fokus auf die Schriftlichkeit des europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen führt dazu, dass die Streitigkeit letztlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit ausgetragen wird. Damit entfällt eine Kontrolle des richterlichen Handelns durch Dritte ebenso wie eine Berichterstattung der Presse über die Einlassungen der Parteien und den Fortgang des Verfahrens.

Im justiziellen Alltagsgeschäft ist diese Öffentlichkeitskontrolle weitgehend eine bloße Idee, weil sich kaum ein Unbeteiligter in die Verhandlungssäle der Gerichte verirrt und man dem Verfahren dort ohnehin ohne Kenntnis

---

„Man wird wohl von jedem Gericht erwarten können, dass es in der Lage ist, englischsprachige Unterlagen zu verstehen.“

<sup>260</sup> Naturgemäß findet ein großer Teil grenzüberschreitender Verfahren zwischen *sprachgleichen* Mitgliedstaaten statt. So betreffen etwa 75 % der Europäischen Mahnverfahren in Österreich Sachverhalte zwischen Österreich und Deutschland; *Rechberger*, in: Leible/Terhechte, *EnzEuR*, 2014, § 20 Rn. 121.

<sup>261</sup> *Vollkommer/Huber*, *NJW* 2009, 1105, 1108.

<sup>262</sup> Gleichzeitig könnten die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit für die Verfahren nach der EuGFVO bündeln und damit ihren Aufwand zur technologischen Modernisierung begrenzen; *Hau*, in: FS Gottwald, 2014, S. 255, 262. Kritisch *Huber*, *GPR* 2014, 242, 245 f., der die technologische Modernisierung für verfrüht hält.

der Schriftsätze kaum folgen kann.<sup>263</sup> Freilich erfüllt die schlichte Möglichkeit der Teilnahme der Öffentlichkeit an einer Verhandlung auch die Funktion, das Vertrauen der Bevölkerung in die Tätigkeit der Gerichte zu stärken. Je mehr das ausschließlich schriftliche Verfahren zum Standard wird, desto wachsamer sollte der Gesetzgeber das Ansehen der Justiz in der Bevölkerung beobachten und erforderlichenfalls durch eine Öffnung der Verhandlungen reagieren.

#### ff) Verfahrenskosten

Die Höhe der im europäischen Verfahren für geringfügige Forderungen anfallenden Kosten ist in der gegenwärtig noch geltenden Erstfassung der EuGFVO nicht geregelt, unterfällt also dem mitgliedstaatlichen Kostenrecht. Die Gerichtskosten für Minimalstreitwerte betragen gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Nr. 1210 KV GKG gegenwärtig 105 € und erhöhen sich ab einem Streitwert oberhalb von 500 € schrittweise. Das deutsche Zivilprozessrecht nimmt diese Hürde des Zugangs zu den Gerichten in Kauf und unterstützt nur bedürftige Parteien nach Maßgabe der §§ 114 ff. ZPO. Die Europäische Kommission wollte diese Situation nicht hinnehmen und schlug die Einführung eines Art. 15a Abs. 1 EuGFVO vor, wonach eine Mindestgerichtsgebühr nicht mehr als 35 € betragen und abseits dessen die Gerichtsgebühren 10 % des Streitwerts ohne Zinsen, Kosten und Auslagen nicht überschreiten dürfen.<sup>264</sup> Die schließlich verabschiedete Fassung des neuen Art. 15a EuGFVO verzichtet freilich wieder auf eine Betragsgrenze und belässt es im Wesentlichen bei einem Verhältnismäßigkeitsappell. An der *lex lata* wird sich insofern kaum etwas ändern.

Mit Blick auf den unverändert beibehaltenen Art. 16 EuGFVO erscheint freilich der Umfang der im Bagatellverfahren zu erstattenden Kosten problematisch: Die Vorschrift sieht ähnlich wie § 91 Abs. 1 ZPO vor, dass die Kosten des Verfahrens von der unterlegenen Partei zu tragen sind. Allerdings gibt es eine wichtige Ausnahme: Gemäß Art. 16 S. 2 EuGFVO hängt die Erstreckung der Kostenerstattung der obsiegenden Partei auf ihre *Anwaltskosten* davon ab, ob das Gericht diese Kosten für notwendig und mit Bezug auf den Streitwert verhältnismäßig hält.<sup>265</sup> Weil sich dieser gerichtlichen Beurteilung aber gerade bei geringen Streitwerten kaum ein Kläger sicher sein kann, werden ihres Anspruchs sichere Kläger eher ein originäres ZPO-Verfahren mit der Kostenfolge des § 91 Abs. 2 ZPO wählen. Gleichzeitig besteht ein Anreiz zum Missbrauch des Verfahrens für geringfügige Forderungen durch Kläger mit schwacher Rechtsposition, weil diese beim Gegner unter Umständen ohne inhaltliche Be-

<sup>263</sup> Siehe oben Kapitel 3 C. VI. und Kapitel 4 A. I. 1. c) ff).

<sup>264</sup> COM(2013) 794 final. Dazu kritisch *Hau*, in: FS Gottwald, 2014, S. 255, 262.

<sup>265</sup> *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EU-ZPO, 2015, Art. 16 EuBagVO Rn. 2, plädiert unter Hinweis auf die deutsche Rechtskultur für eine großzügige Notwendigkeitsprüfung.

rechtiung erhebliche Anwaltskosten auslösen können.<sup>266</sup> Angesichts dessen wäre es sinnvoll, die Vorschrift des Art. 16 S. 2 EuGFVO ersatzlos entfallen zu lassen.

### gg) Effizienz

Was die Effizienz des europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen anbetrifft, so ist zunächst zu konstatieren, dass sich die EU durchaus bemüht, Effizienzgewinne durch Digitalisierung zu realisieren. Das gilt namentlich für den Versuch der Verlagerung von mündlicher Verhandlung und Beweisaufnahme in die digitale Sphäre gemäß Art. 8 und 9 EuGFVO. Gerade der mit einer mündlichen Verhandlung traditionell verbundene Aufwand lässt sich vielfach durch die Nutzung moderner Kommunikationstechnologie reduzieren, ohne dass es zu nennenswerten Funktionseinbußen kommen muss.<sup>267</sup>

Freilich muss die Digitalisierung des Prozesses mit einer gewissen Achtsamkeit betrieben werden, um das Verfahren nicht unversehens von Formalien zu befreien, die einen für die Rechtsdurchsetzung bedeutsamen Zweck verfolgen. Der sorglose Umgang mit der mündlichen Anhörung der Parteien und der Erhebung von Beweisen gehören in diese Kategorie. Die behutsame Ausgestaltung europäischer Verfahren ist auch deswegen so wichtig, weil bei europäischen Mechanismen immer auch unausgesprochen im Raum steht, dass diese im Zuge eines Rechtsvereinheitlichungsprozesses mittelfristig zu einer Pfadabhängigkeit von insoweit vollendeten Tatsachen führen können.<sup>268</sup> Schon heute gilt das europäische Bagatellverfahren selbst Kritikern als potenzieller „Startpunkt eines genuin europäischen Zivilprozessrechts“<sup>269</sup>. Dann aber sollte der europäische Gesetzgeber im Hinblick auf die den Parteien eingeräumten Verfahrensrechte nicht nur ein Mittelmaß anstreben. Zwar erscheint ein gemeinsames europäisches Zivilprozessrecht angesichts der begrenzten Reichweite des Art. 81 AEUV gegenwärtig noch in weiter Ferne, allerdings war die EU in der Vergangenheit nicht zimperlich, auch in Spezialmaterien auf die Binnenmarktcompetenz des Art. 114 AEUV zurückzugreifen. Es besteht die Gefahr, dass auf diesem Wege die gemächliche Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Prozessrechte durch eine zügige Uniformisierung ersetzt wird und dass diese Entwicklung schlussendlich zu einem Innovationsverlust führt.<sup>270</sup>

---

<sup>266</sup> *Hau*, in: FS Gottwald, 2014, S. 255, 264.

<sup>267</sup> *Kern*, JZ 2012, 389, 396.

<sup>268</sup> So zum inzwischen verworfenen Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht *Eidenmüller et al.*, JZ 2012, 269, 287 f.

<sup>269</sup> *Kern*, JZ 2012, 389. Ähnlich *Hau*, JuS 2008, 1056, 1059 („Urmodell einer zukünftigen Europäischen Zivilprozessordnung“; *Stürmer*, in: Leible/Terhechte, EnzEuR, 2014, § 21 Rn. 82 („Vorstufe eines – wie auch immer gearteten – europäischen Zivilverfahrens“).

<sup>270</sup> *Kern*, JZ 2012, 389, 391 f.



#### d) Transparenz

Die notwendige Transparenz des europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen ist hinsichtlich des Verfahrensergebnisses und der Verfahrensleitung im selben Maße gewahrt wie im klassischen Klageverfahren. Auf Ergebnistransparenz hingegen haben der europäische und der deutsche Gesetzgeber erkennbar keinen Wert gelegt. Gemäß Art. 7 Abs. 2 EuGFVO, § 1102 ZPO wird das Urteil nicht in der mündlichen Verhandlung erlassen, sondern ergeht später und wird dann nicht öffentlich verkündet, sondern nur den Parteien zugestellt.

Dies ist zum einen ein recht offener Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK.<sup>271</sup> Zum anderen begibt sich der Gesetzgeber auf diese Weise auch des sozialen Nutzens seiner Rechtsprechung, weil die Allgemeinheit – abgesehen von einzelnen Fällen, die insbesondere von Anwälten an juristische Zeitschriften mitgeteilt werden<sup>272</sup> – nicht vom Inhalt des Urteils erfährt und ihr Verhalten darum auch nicht daran ausrichten kann. Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung ist damit nicht gedient. Das ist aus Sicht der Allgemeinheit insbesondere deswegen unvorteilhaft, weil die Führung von Bagatellverfahren für den Staat immer ein Zuschussgeschäft ist. Gerade hier besteht insofern ein Grund, die soziale Funktion der Rechtsdurchsetzung voll auszuschöpfen. Eine Veröffentlichungspraxis mindestens in dem für ZPO-Urteile üblichen Umfang wäre insofern zu befürworten. Der deutsche Gesetzgeber könnte dies durch eine entsprechende Änderung des § 1102 ZPO tun, ohne Art. 7 Abs. 2 EuGFVO dadurch zu verletzen.

## 2. Europäisches Mahnverfahren

Neben dem Verfahren für geringfügige Forderungen ist das europäische Mahnverfahren<sup>273</sup> das zweite originär europäische Verfahren zur Durchsetzung grenzüberschreitender Ansprüche.<sup>274</sup> Das Verfahren ist in der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 (EuMahnVO)<sup>275</sup> und damit korrespondierend in den §§ 1087 ff. ZPO geregelt.<sup>276</sup> Das in Deutschland gemäß § 1087 ZPO zentral zuständige

<sup>271</sup> Pukall, in: Saenger, ZPO, 2015, Vorb. §§ 1097–1109 Rn. 18.

<sup>272</sup> So etwa AG Gießen v. 23. April 2013, 49 C 381/12, NJW-RR 2013, 1073.

<sup>273</sup> Eine alternative Bezeichnung lautet „Europäischer Zahlungsbefehl“.

<sup>274</sup> Überblicksweise *Sujecki*, NJW 2007, 1622 ff.; *Vollkommer/Huber*, NJW 2009, 1105 ff.; zur Entstehungsgeschichte *Rechberger*, in: Leible/Terhechte, EnzEuR, 2014, § 20 Rn. 6.

<sup>275</sup> Zum 14. Juli 2017 wird die EuMahnVO geändert durch Art. 2 der Verordnung (EU) 2015/2421 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens.

<sup>276</sup> Zu sonstigen grenzüberschreitenden Mahnverfahren siehe *Steinert/Theede/Knop*, Zivilprozess, 2011, Kap. 1 Rn. 256 ff.

Amtsgericht Wedding bearbeitet inzwischen mehrere tausend europäische Mahnverfahren pro Jahr.<sup>277</sup>

Gegenüber dem deutschen Mahnverfahren nach §§ 688 ff. ZPO weist das europäische Mahnverfahren einige Besonderheiten auf: Wie auch beim Verfahren für geringfügige Forderungen sieht die EuMahnVO eine Verfahrenskommunikation mit Hilfe von Formularblättern vor; insbesondere der Mahnantrag wird nach Art. 7 Abs. 1 EuMahnVO in ein Formblatt eingetragen. Der Antrag wird sodann, wie es auch im deutschen Mahnverfahren vorgesehen ist, nach Art. 8 S. 2 EuMahnVO, § 1088 ZPO maschinell bearbeitet.<sup>278</sup> Anders als im deutschen Mahnverfahren, wo der Mahnbescheid erst Grundlage für den Vollstreckungsbescheid als Vollstreckungstitel ist, vereint der europäische Zahlungsbefehl beides miteinander und wird vom Gericht nach Ablauf der Einspruchsfrist gemäß Art. 18 EuMahnVO unmittelbar für vollstreckbar erklärt. Anerkennung und Vollstreckung sind sodann für alle Mitgliedstaaten außerhalb Dänemarks nach Art. 19 EuMahnVO ohne Durchführung eines Exequaturverfahrens gesichert.

Aus der Warte der Verbraucherrechtsdurchsetzung gründet der wesentliche Kritikpunkt am europäischen Mahnverfahren in dessen Verständlichkeit. Die in den Anhängen zur EuMahnVO vorgegebenen Formulare und Erläuterungen gehen in Terminologie und Umfang weit über den Verständnishorizont eines durchschnittlichen Verbrauchers hinaus. Noch unübersichtlicher ist das europäische Justizportal gestaltet, das insofern gegenüber der bloßen Lektüre der Formulare keine echte Hilfe darstellt. Würde sich die EU hier um verbrauchergeringere Sprache und ein übersichtlicheres Erscheinungsbild bemühen, wäre das Verfahren erheblich einfacher zu nutzen. Es blieben dann die hier nicht weiter vertieften Herausforderungen der unionsweiten Vollstreckung: Denn wenn sich ein Schuldner selbst angesichts eines vollstreckbaren europäischen Titels der Anspruchserfüllung verweigert, ist der Gläubiger auf die Funktionsfähigkeit der mitgliedstaatlichen Vollstreckungsorgane angewiesen, die bisweilen alles andere als selbstverständlich ist. Hier hat sich im Einzelfall die Kontaktierung der PR-Beratung des Schuldners als weit wirksamer erwiesen als Vollstreckungsversuche im Staat seiner Niederlassung.

---

<sup>277</sup> Das statistische Bundesamt veröffentlicht zwar keine exakten Fallzahlen für das europäische Mahnverfahren, allerdings nennt es die Zahl der den erledigten Verfahren vor Amts- und Landgerichten vorausgehenden europäischen Mahnverfahren; unterstellt man beim europäischen Verfahren dasselbe Verhältnis zwischen vorlaufenden und erledigten Mahnverfahren, ergibt sich eine Zahl von etwa 7.300 europäischen Mahnverfahren pro Jahr; *Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Zivilgerichte 2014, 2015*, S. 14, 30, 60.

<sup>278</sup> Zum Umfang der vorzunehmenden Schlüssigkeitsprüfung *Schlosser*, in: *Schlosser/Hess, EU-ZPO, 2015*, Art. 8 EuMahnVO Rn. 1 ff.

## B. Kollektiver Rechtsschutz

Den zweiten großen Zweig gerichtlichen Rechtsschutzes neben den Individualverfahren bilden die Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes. Unter kollektivem Rechtsschutz versteht man sämtliche Instrumente, welche die Ansprüche mehrerer Forderungsinhaber in einem Verfahren bündeln und kumuliert behandeln. Kollektivmechanismen werden insbesondere bei Streuschäden im ein- oder zweistelligen Euro-Bereich erwogen, wo das rationale Desinteresse die Anspruchsinhaber von der individuellen Rechtsverfolgung abhält. In Deutschland wie generell in Europa gibt es eine Tradition der sehr vorsichtigen Rezeption kollektiver Rechtsschutzwerkzeuge.<sup>279</sup> Dabei richten sich Bedenken insbesondere gegen eine Einführung von Sammelklagen nach US-amerikanischem Vorbild.<sup>280</sup> Zuletzt hat die Europäische Union der Diskussion um eine Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes indes wieder Auftrieb gegeben: Zunächst legte sie 2008 ein Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher<sup>281</sup> vor, anschließend erließ sie 2009 eine Richtlinie über verbraucherrechtliche Unterlassungsklagen<sup>282</sup>, 2013 folgte eine Empfehlung für gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren<sup>283</sup>, und 2014 trat schließlich eine Richtlinie über wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen<sup>284</sup> in Kraft.

Gerade mit der Kartellschadensersatzrichtlinie verlässt die Europäische Union den Bereich des originären Verbraucherrechts und richtet ihr Augenmerk eher auf die Steuerung des Unternehmerverhaltens. Dennoch beruft sie

---

<sup>279</sup> Vgl. statt vieler *Hess*, JZ 2011, 66 ff.; *Domej*, ZZP (125) 2012, 421 ff.; *Benöbr*, 36 J. Consum. Policy 2013, 87 ff.; *Deutmoser*, EuZW 2013, 652 ff.; *Hodges*, 37 J. Consum. Policy 2014, 67 ff.; *Meller-Hannich*, GPR 2014, 92 ff.

<sup>280</sup> *Gottwald*, ZZP (91) 1978, 1 ff.; *Hess*, JZ 2000, 373 ff.; *Stürner*, JZ 2006, 60 ff.; *Koch/Zekoll*, ZEuP (18) 2010, 107; *Koch*, JZ 2011, 438; *Stadler*, VuR 2011, 79; *Brand*, NJW 2012, 1116 ff.; *Halfmeier/Wimalasena*, JZ 2012, 649 ff.; *Madaus*, ZEuP (20) 2012, 100 ff.; *Stadler*, in: FS Stürner, Band 2, 2013, S. 1801 ff.; eindringlich schließlich *Bruns*, in: Stürner/Bruns (Hrsg.), *Globalisierung und Sozialstaatsprinzip*, 2014, S. 255, 266: „Die *class action* US-amerikanischer Provenienz ist ... ein ausgesprochen unvollkommenes und dornenvolles Instrument sozialer Steuerung mit einer Fülle von Mängeln, Schwächen und Problemen“.

<sup>281</sup> Grünbuch KOM(2008) 794.

<sup>282</sup> Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen.

<sup>283</sup> Empfehlung 2013/396/EU.

<sup>284</sup> Richtlinie 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (sog. Kartellschadensersatzrichtlinie); ein Überblick findet sich bei *Schweitzer*, NZKart 2014, 335 ff. Die Richtlinie ist nach ihrem Art. 21 Abs. 1 S. 1 bis zum 27. Dezember 2016 umzusetzen; einen Vorschlag für die Umsetzung in einem deutschen Kartellschadensersatzgesetz (KartSchadG) liefern *Kersting/Preuß*, *Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU)*, 2015, S. 12 ff.; siehe auch *Stauber/Schaper*, NZKart 2014, 346 ff.; *Böni*, EWS 2014, 324 ff.; *Lettl*, WRP 2015, 537 ff.

sich auch bei ihren jüngsten regulatorischen Aktivitäten noch explizit auf den Verbraucherschutz und die Durchsetzung von Schadensersatzforderungen der Verbraucher.<sup>285</sup> Deswegen lohnt ein genauerer Blick, inwieweit Kollektivverfahren die Durchsetzung materieller Verbraucherrechte effektivieren können. In Bezug auf Verfahrensergebnis, Verfahrensleitung und Transparenz unterscheidet sich der kollektive Rechtsschutz wenig vom Individualrechtsschutz. Namentlich die Bedenken gegenüber einem Vergleich als Regelprodukt des Prozesses<sup>286</sup> lassen sich auch auf kollektive Mechanismen übertragen.<sup>287</sup> Eine nähere Untersuchung aus der Warte der Verbraucherrechtsdurchsetzung verdient hingegen die Verfahrensgestaltung einschließlich der Verfahrenskosten, speziell bei der Verbandsklage auch die Reichweite des Verfahrensergebnisses. Dabei ist zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen kollektiver Rechtsschutzinstrumente zu differenzieren. Die üblichsten Formen des kollektiven Rechtsschutzes jenseits der einfachen Streitgenossenschaft nach § 59 ZPO<sup>288</sup> bilden Rechtsverfolgungsgesellschaften, Gruppenverfahren und Verbandsklagen.

### *I. Rechtsverfolgungsgesellschaften*

Werden individuelle Ansprüche Betroffener in einer eigenen Gesellschaft gebündelt, so kann diese entweder als Treuhänderin der Anspruchsinhaber in Prozessstandschaft für sie auftreten oder sich die Ansprüche abtreten lassen und dann aus eigenem Recht klagen. Beide Wege sind allerdings im deutschen Recht nur unter engen Voraussetzungen beschreibbar.

#### 1. Rechtsdurchsetzung in Prozessstandschaft

Die Geltendmachung der Rechte Dritter in Prozessstandschaft steht insbesondere unter dem Vorbehalt, dass der Prozessführer ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Rechtsverfolgung hat.<sup>289</sup> Die Rechtsprechung handhabt dieses Kriterium sehr restriktiv.<sup>290</sup> Bei einer für einen Einzelfall gegründeten Rechtsverfolgungsgesellschaft erscheint es tatsächlich plausibel, dieses Interesse allein schon deswegen anzunehmen, weil sämtliche Gesellschafter selbst Rechtsin-

---

<sup>285</sup> So etwa in den Erwägungsgründen 13 und 41 der Kartellschadensersatzrichtlinie.

<sup>286</sup> Siehe oben Kapitel 4 A. I. 1. a) aa).

<sup>287</sup> Anderer Auffassung ist *Stadler*, ZfPW (1) 2015, 61, 83, die eine starke Präferenz für eine einvernehmliche Streitbeilegung äußert und deren verhaltenssteuernde Wirkung auf Unternehmen offenbar für ausreichend hält.

<sup>288</sup> Dazu *Gsell*, in: Schulze (Hrsg.), Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint, 2014, S. 179, 184 f.

<sup>289</sup> BGH v. 27. Oktober 1983, III ZR 126/82, BGHZ 89, 1, 2; BGH v. 19. März 1987, III ZR 2/86, BGHZ 100, 217, 218.

<sup>290</sup> Ausführlich *Stadler*, JZ 2014, 613, 614 f.

haber sind.<sup>291</sup> Diese Konstellation setzt allerdings voraus, dass sich die Rechteinhaber von sich aus in einer Gruppe zusammenfinden. Das erscheint zwar gerade über Online-Netzwerke zunehmend realistisch, spielt aber in der aktuellen Praxis noch keine Rolle. Wird die Rechtsverfolgung hingegen von einer gewerblichen Rechtsverfolgungsgesellschaft gesteuert, die eine Vielzahl von anderen Fällen betreut, überlagert das gewerbliche Eigeninteresse der Gesellschaft das Individualinteresse der im konkreten Fall Betroffenen; ein schutzwürdiges eigenes Interesse im Sinne der deutschen Rechtsprechung scheidet danach aus.<sup>292</sup>

## 2. Rechtsdurchsetzung durch Forderungszessionare

Deswegen begegnet man in der Praxis vornehmlich Rechtsverfolgungsgesellschaften, die als Inkassozeptionarinnen Forderungen eintreiben, die ihnen die Rechtsinhaber zuvor abgetreten haben. Für diese Geschäftstätigkeit bedarf es nach §§ 2 Abs. 2 S. 1, 10 Abs. 1 Nr. 1 RDG einer Erlaubnis.<sup>293</sup> Verfügt eine Gesellschaft über diese Erlaubnis, so kann nach der gegenwärtigen, wenn auch nicht unumstrittenen Rechtsprechung die Geltendmachung der Forderungen durchaus noch daran scheitern, dass deren Abtretung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Das LG Düsseldorf hat im Jahr 2013 im vielbeachteten Zementkartell-Fall die Nichtigkeit einer solchen Abtretung unter Verweis darauf angenommen, dass die klagende Gesellschaft für die im Falle eines Prozessverlusts notwendige Kostenerstattung nicht ausreichend kapitalisiert gewesen sei.<sup>294</sup> Diese Wertung erscheint freilich insbesondere dann fragwürdig, wenn die Verschiebung der Forderungen auf eine Gesellschaft vornehmlich anderen Gründen außerhalb der Minimierung des Kostenrisikos diene.<sup>295</sup> Dennoch bleibt die gebündelte Geltendmachung von Individualforderungen über Rechtsverfolgungsgesellschaften bis auf Weiteres rechtlich unsicher.

Aber auch abseits der rechtlichen Unsicherheit erscheinen Rechtsverfolgungsgesellschaften kaum verbrauchergerechter als die klassische Zivilklage. Die Gesellschafter agieren hier nämlich mit den Mitteln des Klageverfahrens und sind deswegen auch den dort angesiedelten Hürden für die Rechtsdurchsetzung ausgesetzt.<sup>296</sup> Das gilt namentlich für den Bereich der Verfahrens-

<sup>291</sup> Ähnlich *Stadler*, JZ 2014, 613, 616 f. m.w.N. in Fn. 56.

<sup>292</sup> Weiterführend *Stadler*, JZ 2014, 613, 615 f.

<sup>293</sup> Während Inkassozeptionare häufig im Auftrag von Unternehmen agieren, treten sie nur selten für Verbraucher auf. Ein Beispiel ist die Bremer Firma *Metaclaims*, auch diese hat allerdings einen überschaubaren Geschäftsumfang.

<sup>294</sup> LG Düsseldorf v. 17. Dezember 2013, 37 O 200/09, JZ 2014, 635; nunmehr bestätigt durch OLG Düsseldorf v. 18. Februar 2015, VI-U (Kart) 3/14, NZKart 2015, 201; dazu *Hempel*, NJW 2015, 2077 ff.

<sup>295</sup> Ausführlich *Stadler*, JZ 2014, 613 ff.; für eine Öffnung der Zulässigkeit der treuhänderischen Forderungseinziehung *Gsell*, in: Schulze (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt* geeint, 2014, S. 179, 195 ff.

<sup>296</sup> Siehe oben Kapitel 4 A. 1.

kosten, wo auch die Vergesellschaftung von Ansprüchen das wahrgenommene Missverhältnis zwischen Kosten und erwartetem Nutzen des Verfahrens kaum entscheidend verändern kann. Im Zementkartell-Fall waren die Anspruchsinhaber Unternehmer, die millionenschwere Forderungen durchzusetzen suchten. Geht es demgegenüber um geringwertige Ansprüche von Verbrauchern, so mag es zwar mittelfristig Inkassodienstleister geben, die mit einfach zu bedienenden Online-Tools Verbraucherforderungen sammeln und gebündelt geltend machen. Diese Dienstleister generieren allerdings ihrerseits zusätzliche Kosten. Gerade im ein- und zweistelligen Streitwertbereich dürfte es deswegen schwierig werden, genügend Anspruchsinhaber zur Verfahrensteilnahme zu motivieren, um die Zusatzkosten für die Bündelung zu rechtfertigen und das mit den Verfahrenskosten verbundene rationale Desinteresse zu überwinden.

Denkbar erscheint es zwar, die Bündelung der Ansprüche und die Finanzierung der Rechtsverfolgung über Crowdfunding-Mechanismen zu organisieren. Selbst das erfordert aber noch eine nennenswerte Investitionsbereitschaft der Betroffenen, denn das Crowdfunding generiert nur in Ausnahmefällen eine externe Finanzierung.<sup>297</sup> Hinzu kommt die Schwierigkeit, die Masse der potenziellen Anspruchsinhaber überhaupt erst zu erschließen. Es gibt keinen materiell-rechtlichen Anspruch gegen Unternehmen, die Identität der von einem bestimmten Sachverhalt betroffenen Kunden offenzulegen. Die Anspruchsteller sind insofern darauf angewiesen, sich durch Eigeninitiative und gegebenenfalls mit Hilfe der Presse die notwendige Wahrnehmung in der Öffentlichkeit zu verschaffen, was durchaus mehrere Jahre in Anspruch nehmen kann. Entsprechend gering sind Eignung und Bedeutung speziell des Crowdfundings, aber auch generell der Rechtsverfolgungsgesellschaften in der Praxis der Verbraucherrechtsdurchsetzung.

## II. Gruppenverfahren

Ein zweites Instrument kollektiven Rechtsschutzes sind Gruppenverfahren bzw. Gruppenklagen, die weitgehend synonym auch als Sammelklagen bezeichnet werden. Anders als bei einer Rechtsverfolgungsgesellschaft sind hier nicht Gesellschaften, sondern Individualpersonen am Verfahren beteiligt. Man

---

<sup>297</sup> Der einzige sichtbar per Crowdfunding finanzierte Zivilprozess ist das Berufungsverfahren gegen das Urteil des LG Berlin v. 3. Juni 2014, 27 O 56/14, ZUM 2014, 729; selbst hier geht es aber nicht um Verbraucherrechte, sondern um die Abwehr unpopulärer Entschädigungsansprüche gegen eine Einzelperson auf Grund einer Persönlichkeitsrechtsverletzung. In den USA hat sich das Unternehmen *LexShares* auf das Crowdfunding von Zivilklagen spezialisiert, finanziert aber Prozesse erst ab einem Kostenrisiko von 100.000 US\$ und ist damit für die üblichen Verbraucherstreitigkeiten ebenso unerreichbar wie die in Deutschland tätigen Prozessfinanzierer, vgl. oben Kap. 2 Fn. 42.

kann unterscheiden zwischen Gruppenverfahren, deren Ergebnis nur die Verfahrensbeteiligten bindet, und solchen Verfahren, deren Ergebnis auch Verfahrensexterne bindet, soweit sie als Gläubiger eines gleich gelagerten Anspruchs in Betracht kommen. Weiterhin haben Gruppenverfahren einen sehr unterschiedlichen Charakter abhängig davon, ob es für die Prozessteilhaber eigener Initiative der Anspruchsinhaber bedarf (*opt-in*) oder ob das Verfahren alle in Betracht kommenden Anspruchsinhaber involviert, solange diese einer Verfahrensbeteiligung nicht aktiv widersprechen (*opt-out*).<sup>298</sup> Der *opt-out*-Mechanismus wird hierzulande nahezu einhellig kritisch beurteilt, weil er für die beteiligten Rechtsanwälte erhebliche Anreize bietet, schwach begründete Klagen zu erheben, um Unternehmen in bisweilen ruinöse Vergleiche zu zwingen, die sich am Ende vor allem für die Anwälte selbst auszahlen.<sup>299</sup> In den USA werden diese Anreize durch die Möglichkeit eines Strafschadensersatzes und die Verknüpfung mit Erfolgshonoraren noch verschärft.<sup>300</sup> Das Für und Wider einer Bündelung von Individualinteressen auf diesem Wege ist in den vergangenen Jahren in Deutschland wie auch in Europa Gegenstand einer intensiven rechtswissenschaftlichen Diskussion gewesen.<sup>301</sup> Soweit Gruppenverfahren überhaupt befürwortet werden, votiert die Mehrheit der Stimmen dabei für die Beschränkung auf einen *opt-in*-Mechanismus und für eine Bindung nur der unmittelbar Verfahrensbeteiligten, weil nur diese Gestaltung dem Einzelnen die Hoheit über die gerichtliche Durchsetzung seiner Ansprüche belässt.<sup>302</sup>

---

<sup>298</sup> Eine variable Form findet sich bei der neuen belgischen *action en réparation collective*, bei der das Gericht nach Art. XVII.38 § 1, XVII.43 § 2 Nr. 3 des Code de droit économique für belgische Anspruchsteller eine Einzelfallentscheidung darüber trifft, ob ein *opt-in*- oder ein *opt-out*-System angewendet wird; vgl. *Voet*, 16 Eur. Bus. Org. L. Rev. 2015, 121, 130 ff.; zum gesamten Verfahren auch *Stadler*, ZfPW (1) 2015, 61, 68 ff.

<sup>299</sup> Jüngstes Beispiel ist ein Vergleich über eine Zahlung von mehr als 13 Mio. US\$, dem die österreichische Red Bull GmbH im Juli 2014 vor einem New Yorker Bundesgericht zustimmte, um einer Verurteilung wegen irreführender Werbung zu entgehen. Die Firma hatte damit geworben, ihr Energiegetränk verleihe Flügel. – Weniger kritisch sehen einen *opt-out*-Mechanismus *Halfmeier/Wimalasena*, JZ 2012, 649 ff. und *Micklitz*, DJT-Gutachten A, 2012, S. 115 f. *Eckel*, WuW 2015, 4 ff., plädiert für ein *opt-out*-Verfahren analog des UK Consumer Rights Act 2015; *Zekoll/Elser*, in: Althammer (Hrsg.), Verbraucherstreitbeilegung, 2015, S. 55, 74 ff., votieren für ein *opt-out*-Modell nach dem Vorbild des niederländischen WCAM-Verfahrens. Näher zum WCAM-Verfahren *Stadler*, ZfPW (1) 2015, 61, 70 ff.

<sup>300</sup> Deswegen votiert *Madaus*, ZEuP (20) 2012, 100, 102 ff. für eine sorgfältige Verzahnung von Verfahrens- und Kostenrecht. Dabei könne das wirtschaftliche Interesse der beteiligten Anwälte durchaus auch im Sinne der Rechtspflege genutzt werden; ähnlich auch schon *Hess*, WuW 2010, 493, 497.

<sup>301</sup> Siehe bereits oben Kap. 4 Fn. 279 und 280.

<sup>302</sup> *Stadler*, JZ 2007, 1047, 1050; *Stadler*, GPR 2013, 281, 285 f.

## 1. Vorbild Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz?

Der deutsche Gesetzgeber hat ein solches *opt-in*-Verfahren im Jahr 2005 im Spezialbereich des Kapitalanlagerechts eingerichtet. In Verfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) werden durch eine Zwischenfeststellung bestimmte Tatsachen- oder Rechtsfragen geklärt, die für eine Vielzahl von anhängigen Klagen oder noch nicht klageaktiven Forderungsprätendenten bedeutsam sind. Nach § 9 Abs. 2 KapMuG wählt das zuständige OLG aus dem Kreis der Kläger einen Musterkläger aus, der das Musterverfahren führt. Die übrigen Kläger sind nach § 9 Abs. 3 KapMuG Beigeladene des Musterverfahrens; nicht-klagende Anspruchsinhaber können ihre Forderungen nach § 10 Abs. 2, 3 KapMuG anmelden, partizipieren aber nicht an der Bindungswirkung des Musterentscheids nach § 22 KapMuG.

Durch diese strikte Adhäsion der Bindungswirkung an die Klägerstellung geht die Wirkung des Musterentscheids für Dritte freilich nicht wesentlich über die Präzedenzwirkung eines Urteils im normalen Klageverfahren hinaus. Anspruchsinhaber, die aus dem Verfahren individuelle Vorteile ziehen möchten, kommen nicht umhin, den Aufwand für die Beteiligung am Prozess auf sich zu nehmen. Man mag dennoch erwägen, ein ähnliches Musterverfahren auch für weitere, verbraucheraffine Rechtsmaterien einzurichten.<sup>303</sup> Dabei wäre allerdings zu berücksichtigen, dass ein solches Verfahren aufgrund des entstehenden Teilnahmeaufwands für die Durchsetzung von Bagatellforderungen und Ansprüchen auf den Ersatz von Streuschäden kaum infrage kommen wird.<sup>304</sup> Dieses Caveat lässt sich konturieren anhand eines Gesetzentwurfs zur Einführung eines Gruppenverfahrens in den §§ 606 ff. ZPO-E, der in den 18. Deutschen Bundestag eingebracht wurde und im Frühjahr 2015 Gegenstand einer Anhörung in dessen Rechtsausschuss war.<sup>305</sup>

Der nämliche Gesetzentwurf sucht einen Ausgleich zwischen der Verfahrensautonomie der Forderungsinhaber, dem legitimen Gebühreninteresse der beteiligten Rechtsanwälte und dem Ziel einer effizienten Verfahrensgestaltung. Nach dem Entwurf soll auf Klägerseite ein zentraler Gruppenkläger die Füh-

---

<sup>303</sup> So auch das Plädoyer von *Gsell*, JZ 2012, 809, 817; vgl. auch *Gsell*, in: Schulze (Hrsg.), Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint, 2014, S. 179, 183, mit einem Votum für einen echten, von einem Repräsentanten geführten Gruppenprozess aus Gründen von Individualrechtsschutz und Prozessökonomie; ähnlich *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2015. Siehe auch *Bruns*, in: Stürner/Bruns (Hrsg.), Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, 2014, S. 255 ff.

<sup>304</sup> Auch *Stadler*, ZfPW (1) 2015, 61, 82, weist darauf hin, dass die streitgegenständlichen Individualansprüche so hoch sein müssen, dass ein entsprechendes Interesse an der Rechtsdurchsetzung besteht.

<sup>305</sup> BT-Drs. 18/1464; zustimmend *Kesfler*, ZRP 2016, 2, 3. Zum Vorläufer dieses Gesetzentwurfs in der 17. Legislaturperiode *Montag*, ZRP 2013, 172 ff. Ein ähnliches Gesetz ist im Frühjahr 2014 in Frankreich in Kraft getreten; vgl. *Rohlfing-Dijoux*, EuZW 2014, 771 ff.



rung übernehmen, während der Rest der Anspruchsteller die weitgehend passive Rolle sogenannter Teilnehmer einnimmt.<sup>306</sup> Der Gruppenkläger kann seine Klage unter Beifügung seiner eigenen und mindestens neun weiterer Teilnahmeerklärungen erheben.<sup>307</sup> Nach dem gerichtlichen Eröffnungsbeschluss und der öffentlichen Bekanntmachung der Klage in einem Klageregister setzt das Gericht eine *opt-in*-Frist zum Anschluss weiterer Teilnehmer; auch eine verspätete Zulassung bis zum Ende der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung ist allerdings vorgesehen.<sup>308</sup>

## 2. Verfahrenskosten

Auch wenn der erläuterte Gesetzesvorschlag versucht, aus der noch jungen Geschichte des KapMuG zu lernen, bleiben doch wesentliche Bedenken hinsichtlich der vorgesehenen Ausgestaltung des Verfahrens.<sup>309</sup> Zunächst berührt die Repräsentation der Beteiligten durch den Gruppenkläger die Gewährung rechtlichen Gehörs für die weiteren Teilnehmer. Der Gesetzentwurf will dies dadurch lösen, dass er eine Delegation des Gehörsrechts von den Teilnehmern auf den Gruppenkläger konstruiert.<sup>310</sup> Auf diese Weise ist jedoch gerade nicht gewährleistet, dass die Teilnehmer sich äußern können, wenn die Verfahrensführung des Gruppenklägers situativ nicht in ihrem Sinne ist.<sup>311</sup>

Auch die im Gesetzesvorschlag angesetzten Verfahrenskosten sind kritisch zu sehen. Denn sie erscheinen entgegen der Zielsetzung des Vorschlags nicht gering genug bemessen, um Verbraucher in nennenswertem Umfang zur Nutzung des Verfahrens auch für die Durchsetzung geringwertiger Forderungen zu motivieren. Der *opt-in*-Mechanismus setzt zusammen mit dem insbesondere durch die zwingende anwaltliche Vertretung ausgelösten<sup>312</sup> Minimalkostenrisiko von

<sup>306</sup> §§ 606 Nr. 4, 619 Abs. 1, 620 Abs. 3 ZPO-E.

<sup>307</sup> § 609 Abs. 1 Nr. 3 ZPO-E.

<sup>308</sup> §§ 612, 614, 617 ZPO-E.

<sup>309</sup> Die Eignung des vorgeschlagenen Gruppenverfahrens zur Rechtsdurchsetzung entspricht in vielerlei Hinsicht dem in Kapitel 4 A. 1. erörterten Befund für das klassische Klageverfahren. So kann man beim Verfahrensergebnis nur eingeschränkt von Rechtsdurchsetzung sprechen, wenn sich die Parteien vergleichen, §§ 623 ff. ZPO-E. Weiter ist die Unabhängigkeit des Richters im Lichte seiner persönlichen Verhaltensanreize zu sehen. Die größten Probleme des Gruppenverfahrens liegen allerdings auf der im Folgenden erläuterten Verfahrensgestaltung.

<sup>310</sup> BT-Drs. 18/1464, S. 17, unter Verweis auf *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, 2005, S. 1385, und die Regelung in § 6 SpruchG.

<sup>311</sup> *Hess*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren, 2015, S. 2, nennt dies eine „prozessuale Entmündigung“ der Teilnehmer. Anders *Halfmeier/Wimalasena*, JZ 2012, 649 ff.

<sup>312</sup> Soweit *Wagner*, in: *Zekoll/Bälz/Amelung* (Hrsg.), Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution, 2014, S. 369, 397, darauf hinweist, dass sich die Einschaltung eines Anwalts zur Durchsetzung einzelner geringwertiger Forderungen selten lohnt, ist dem inso-

über 70 €<sup>313</sup> eine erhebliche Hürde für die Teilnahme am Verfahren,<sup>314</sup> die es für die meisten Anspruchsinhaber vermutlich allenfalls ab einem mittleren dreistelligen Forderungsbetrag lohnenswert erscheinen lassen kann.

Soweit der im Gruppenverfahren gestellte Antrag nur auf Feststellung einer einzelnen Tatbestandsvoraussetzung, nicht aber auf Leistung an die Verfahrensteilnehmer lautet, sind nach dem Gesetzesvorschlag Individualklagen der Teilnehmer erforderlich, um den Anspruch vollends durchzusetzen. Dadurch erhöhen sich die Kosten und der nicht-monetäre Aufwand für die Anspruchsteller erneut, wenn man nicht annehmen möchte, dass ein unterlegener Musterfeststellungsbeklagter die Ansprüche sämtlicher Teilnehmer freiwillig erfüllt. Insofern erscheint fraglich, ob einem Gruppenverfahren nach dem Strickmuster des vorgeschlagenen Gesetzentwurfs nennenswert größerer Erfolg als dem in der Praxis nur sehr zurückhaltend genutzten KapMuG beschieden wäre.<sup>315</sup>

### 3. Verfahrenseffizienz

Für die Justiz wäre die Einführung eines Gruppenverfahrens freilich trotz dessen begrenzt verbrauchergerechter Ausgestaltung noch durchaus attraktiv, weil selbst die seltene Nutzung solcher Prozessformen in einigen Fällen die ressourcenintensive Mehrfachbefassung der Gerichte vermeiden kann.<sup>316</sup> Aus der Effizienzperspektive positiv erscheint auch, dass der Gesetzesvorschlag in § 620 Abs. 2 ZPO-E vorsieht, dass die Verfahrenskommunikation mit den Teilnehmern über ein elektronisches Informationssystem erfolgen soll. Ein solches Informationssystem könnte darüber hinaus bereits vor dem Beginn des Verfahrens den Zusammenschluss von Verbrauchern mit inhaltsähnlichen oder inhaltsgleichen Forderungen erleichtern. Alternativ dazu kommt auch in Betracht, diese

---

fern hinzuzufügen, dass sich daran auch bei einer Kollektivierung dieser Forderungen nicht unbedingt etwas ändert, wenn nämlich die Sammlungs- und Bündelungskosten die erzielten Skalenvorteile weitgehend wieder aufzehren.

<sup>313</sup> Das Kostenrisiko umfasst die üblichen Gebühren des gegnerischen Rechtsanwalts, 0,8 Gebühren für den eigenen Rechtsanwalt (Nr. 3339 VV RVG-E) und 0,5 Gerichtskosten (Nr. 1902 KV GKG-E). Für den einzelnen Teilnehmer sind die Kosten durch § 629 Abs. 2 ZPO-E gedeckelt auf den vierfachen Satz der Gebühren nach § 13 RVG. Selbst bei minimalen Klagebeträgen kann das Kostenrisiko aber wegen des Mindestsatzes anwaltlicher und gerichtlicher Gebühren nicht unter 73,19 € fallen.

<sup>314</sup> Ähnlich auch *Madaus*, ZEuP (20) 2012, 100, 107: Man müsste den Betroffenen schon jegliches Kostenrisiko abnehmen, damit sie überhaupt tätig werden. Und selbst dann blieben noch die nicht-monetären Barrieren für die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe.

<sup>315</sup> Verhalten optimistisch hinsichtlich einer allgemeinen Musterfeststellungsklage nach dem Vorbild der KapMuG *Meller-Hannich/Höland*, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011, S. 45 ff. Siehe auch *Stadler*, in: FS Schumann, 2001, S. 465 ff.

<sup>316</sup> Erläuternd *Lüke*, ZZP (119) 2006, 131, ff.; siehe auch *Wolf/Lange*, in: Vorwerk/Wolf, KapMuG, 2007, Einleitung, m.w.N.; *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 543.

Rolle den Verbraucherzentralen zuzuweisen. Angesichts dessen, dass diese freiwillig gemäß § 611 Nr. 2 ZPO-E auch selbst als Kläger im Gruppenverfahren auftreten können sollen, stellt sich die Frage, inwieweit dann überhaupt ein Regulierungsbedarf besteht, da bereits die *lex lata* in § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO eine Verbandsklage zur Einziehung von Verbraucherforderungen vorsieht.

### III. Verbandsklage

Neben Rechtsverfolgungsgesellschaften und Gruppenverfahren stellen Verbandsklagen das dritte bedeutsame Instrument des kollektiven Rechtsschutzes dar.<sup>317</sup> Bei Verbandsklagen ist es nicht ein Zusammenschluss aus Klägern, der als Prozessführer auftritt, sondern stattdessen nehmen Verbände, Interessensvereinigungen oder berufsständische Einrichtungen die Klägerrolle ein. Die wichtigsten Akteure in diesem Bereich sind einerseits die Verbraucherzentralen mit dem Ziel der Durchsetzung von Verbraucherrechten und andererseits die Wettbewerbszentrale als Selbstkontrollinstitution der Wirtschaft. Sie können – etwa bei Verstößen gegen Wettbewerbsrecht nach § 33 Abs. 2 GWB, § 8 Abs. 3 UWG sowie nach den Vorschriften des UKlaG – Unterlassungsansprüche geltend machen und nach § 34a GWB bzw. § 10 UWG Gewinne abschöpfen. Eine Variante ist die Prozessführung durch einen Verbraucherverband nach § 79 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO, der hier allerdings keine eigenen Ansprüche, sondern diejenigen der Verbraucher verfolgt.<sup>318</sup> Probleme mit der Eignung von Verbandsklagen zur Verbraucherrechtsdurchsetzung folgen vor allem aus der besonderen Stellung des Verbands als Prozessführer, aus der begrenzten Reichweite des Verfahrensergebnisses und aus den mit diesen Verfahren verbundenen Kostenrisiken der Klägerseite.

#### 1. Strukturelle Hindernisse

Weil Verbandsklagen nicht von Verbrauchern selbst betrieben werden, bedienen sie vorrangig nicht deren Interessen, sondern diejenigen des klagenden Verbandes. Vor allem dann, wenn die Prozessführungsrolle Verbraucherzentralen zufällt, sollten deren Interessen mit denen der betroffenen Verbraucher weitgehend

<sup>317</sup> Einen ausführlichen Überblick geben die Beiträge in *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, 2005.

<sup>318</sup> Die Verbraucherzentralen machen die Verbraucherforderungen dabei entweder nach Abtretung oder im Wege einer gewillkürten Prozessstandschaft geltend, *Sabel*, AnwBl 2008, 390, 392. Bekanntester Fall einer solchen Klage war das Verfahren EuGH v. 17. April 2008, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231, Slg. 2008 I-02685, VZBV v. Quelle AG. Kritisch hinsichtlich der Effektivität der Einziehungsklage *Micklitz*, DJT-Gutachten A, 2012, S. 100 f., 115. Demgegenüber sieht *Gsell*, in: Schulze (Hrsg.), Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint, 2014, S. 179, 186, den wesentlichen Problempunkt in der unzureichenden Finanzausstattung der Verbände.

übereinstimmen. Faktisch allerdings gibt es eine Vielzahl von Gründen, welche die Verbraucherzentralen davon abhalten, Prozesse in einem Umfang und mit der Zielrichtung anzustrengen, die zu einer effektiven Befriedigung von Verbraucheransprüchen führen würden. Dabei spielt auch die disparate Wahrnehmung zwischen Individuen und Verband eine große Rolle.

Denn bevor Verbände überhaupt im Interesse der Verbraucher tätig werden können, müssen sie über eigene Recherchen oder durch engagierte Verbraucher zunächst auf bestehende Rechtsstreitigkeiten aufmerksam werden. Teilweise wirkt dabei das rationale Desinteresse der Verbraucher bis in die Verbände fort. Viele Verbraucher wissen nämlich nicht um die Möglichkeit einer verbandsgeführten Rechtsdurchsetzung. Und selbst wo dies bekannt ist oder zukünftig bekannt sein könnte, wird es gerade bei Bagatellstreitwerten vielen Verbrauchern noch immer zu aufwändig sein, einen Verband über ihre Rechtsprobleme zu informieren, insbesondere wenn im Gegenzug keine zügige und effektive Hilfe zu erwarten ist. Erkennt ein Verband trotz dieser Wahrnehmungsfriktionen ein verbraucherrechtliches Problem, muss er angesichts der Begrenztheit seiner Mittel dessen gesellschaftliche Relevanz feststellen und die juristischen Erfolgsaussichten ermitteln, um die Sache im Wege einer Klage weiterverfolgen zu können.

## 2. Verfahrenskosten

Bei der Entscheidung über die Klageerhebung spielt anschließend allerdings auch das regelmäßig enge Budget des Verbands eine erhebliche Rolle. Für einen Verband ist der monetäre Erwartungswert einer Klage stets negativ, denn im Fall eines klageabweisenden Urteils oder eines Vergleiches fallen Anwalts- und Gerichtskosten an, und selbst im besten Fall eines Klageerfolgs mit Gewinnabschöpfung und einem entsprechenden Prozesskostenerstattungsanspruch entsteht dadurch für den Verband allenfalls ein Reputationsgewinn, nicht aber ein monetärer Erfolg. Dieses Phänomen führt zu einer erheblichen Prozessapathie der Verbände und fördert damit die Emergenz einer Rechtsdurchsetzungslücke.<sup>319</sup>

Dementsprechend gering nehmen sich die Zahlen verbandlicher Klagen aus: Die Wettbewerbszentrale prozessiert aktuell in gut 700 Fällen pro Jahr<sup>320</sup> und erreicht durch eine noch weitaus höhere Zahl von Abmahnungen immerhin eine beachtliche Marktdurchdringung. Wesentlich geringer ist demgegenüber der

---

<sup>319</sup> Siehe etwa die Pressemitteilung des VZBV anlässlich des im Verfahren vor dem LG Heilbronn, Az. 23 O 136/05, am 11. Dezember 2008 geschlossenen Vergleiches, wo der klagende Verband den Streitwert aus Gründen der Risikoaversion bewusst zu niedrig ansetzte; <http://www.vzbv.de/4235.htm>. Ausführlich zu divergierenden Interessen bei der Verbandsklage Schäfer, in: Basedow et al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999, S. 67, 86 ff.

<sup>320</sup> Wettbewerbszentrale, Jahresbericht 2013, S. 95.

Umfang der Prozesstätigkeit der Verbraucherzentralen: Diese beschränken sich auf die Führung weniger, durchaus diskretionär ausgewählter<sup>321</sup> Verfahren und bewältigen selbst in Summe pro Jahr nur eine niedrige dreistellige Fallzahl.<sup>322</sup>

In denjenigen Verfahren, die von den Verbänden vor diesem Hintergrund überhaupt bearbeitet werden können, erweist sich der Unterlassungsanspruch für die Zukunft als durchaus wirksam, ohne Gewinnabschöpfung nimmt er dem rechtswidrigen Handeln allerdings kaum den Reiz.<sup>323</sup> Ohnehin verzichten die meisten Prozessführer auf die Nutzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs – unter anderem deswegen, weil sie dem Anspruchsgegner dafür Vorsatz nachweisen müssen,<sup>324</sup> weil die Solvenz des Anspruchsgegners häufig fraglich ist und wiederum auch deswegen, weil der klagende Verband die danach überhaupt schöpfbaren Gewinne sofort an den Staat abführen muss.<sup>325</sup> Eine Lockerung des Vorsatzerfordernisses bei der Gewinnabschöpfung könnte die dadurch angestrebte Verhaltenssteuerung wesentlich effektiver machen.<sup>326</sup> Es würde die Klagetätigkeit der Verbände weiterhin erheblich befördern, wenn sie aus erfolgreichen Prozessen Vorteile zögen.<sup>327</sup> Das gilt namentlich auch für die Einziehungsklagen nach § 79 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO,<sup>328</sup> denn diesen Klagen muss im Zweifel eine aktive Sammlung von Verbraucherforderungen durch die Verbraucherzentralen vorausgehen, wozu bislang wenig Ansporn besteht. Nicht

<sup>321</sup> Die Anfrage des Verfassers bei einer der größten deutschen Verbraucherzentralen führte zu der Erkenntnis, dass die für die Prozessführung ausgewählten Fälle jedenfalls nicht nach systematischen Kriterien, teilweise sogar aus privaten Motiven der fallbefassten Mitarbeiter heraus ausgewählt werden.

<sup>322</sup> *Meller-Hannich/Höland*, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011, S. 62 ff.

<sup>323</sup> *Hörmann*, VuR 2014, 245, formuliert plastisch: „Der rechtswidrig handelnde Anbieter kommt typischerweise mit dem Löwenanteil des Unrechtsgewinns davon.“

<sup>324</sup> Skeptisch gegenüber dem Vorsatz als wesentliche Hürde im Kontext des § 34a GWB aber *Eckel*, WuW 2015, 4, 8 ff.; problematisch seien eher der Nachweis eines Mehrerlöses infolge unlauteren Handelns sowie die Beschränkung der Klageberechtigung auf Verbände.

<sup>325</sup> Hinsichtlich § 10 UWG formuliert *Goldmann*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bowdewig*, UWG, 2013, § 10 Rn. 5 f. plastisch: „§ 10 ist praktisch ‚totes Recht‘.“ Zu § 34a GWB bemerkt *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, GWB, 2014, § 34a Rn. 3 m.w.N., dass diese Vorschrift vermutlich auch neun Jahre nach ihrer Einführung noch kein einziges Mal angewendet wurde.

<sup>326</sup> *Stadler*, ZfPW (1) 2015, 61, 81.

<sup>327</sup> *Meller-Hannich/Höland*, GPR 2011, 168, 174, die für einen Prozessfinanzierungsfonds votieren; dem folgend *Gsell*, JZ 2012, 809, 817; ebenso *Micklitz*, DJT-Gutachten A, 2012, S. 100; *Kocher*, in: *Brömmelmeyer* (Hrsg.), *Die EU-Sammelklage*, 2013, S. 71, 88 f.; *Keßler*, ZRP 2016, 2, 3. Freilich erscheint nicht ausgeschlossen, dass bei im Eigeninteresse klagenden Verbraucherzentralen im Ansatz durchaus ähnliche Phänomene auftreten könnten, wie sie bei der US-amerikanischen „Klageindustrie“ infolge *quota litis* abrechnender Anwälte gerade harsch kritisiert werden.

<sup>328</sup> *Gsell*, in: *Schulze* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint*, 2014, S. 179, 185 f.; skeptisch hinsichtlich deren Effizienz bei Bagatell- und Streuschäden allerdings *Stadler*, ZfPW (1) 2015, 61, 80.

zu vernachlässigen ist schließlich, dass eine regere Verbandsklagetätigkeit auch in die Kalkulation eines Unternehmers einflüsse, der sich überlegt, ob er sich rechtstreu verhalten soll.<sup>329</sup>

### 3. Reichweite des Verfahrensergebnisses

Kommt es im Rahmen eines Verbandsklageverfahrens zu einem stattgebenden Urteil, so entspricht dessen Tenor im Grundsatz wie auch beim Individualklageverfahren dem materiellen Recht. Dennoch führt dies im Regelfall nicht zur Erfüllung von Verbraucheransprüchen, denn die für Verbandsklagen vorgesehenen Klageziele sind – mit Ausnahme der aus den genannten Gründen selten genutzten Einziehungsklage nach § 79 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO – nicht auf die Befriedigung von Anspruchstellern, sondern auf die Verhaltenssteuerung von Unternehmen ausgerichtet. Unterlassungs- und Gewinnabschöpfungsansprüche nützen dem konkret anspruchsberechtigten Verbraucher wenig, sondern gleichen geschehenen Rechtsbruch zugunsten der Allgemeinheit aus und beugen neuerlichem Rechtsbruch zugunsten der Allgemeinheit vor. Diese Zielrichtung ist mit Blick auf das rationale Desinteresse der Betroffenen durchaus berechtigt,<sup>330</sup> sie ersetzt allerdings vom Anspruchsziel her nicht die Durchsetzung individueller Verbraucherrechte.

Wollte man dies ändern, könnte man eine Anknüpfung zur Regulierung zunächst im materiellen Recht suchen, etwa im Wege einer systematischen Verankerung von Folgenbeseitigungsansprüchen im materiellen Recht. Die Rechtsprechung hat Folgenbeseitigungsansprüche bisher nur in Einzelfällen unlauteren Wettbewerbs zugesprochen und dann auf den – im Unterschied zum Gewinnabschöpfungsanspruch verschuldensunabhängigen – § 8 Abs. 1 S. 1 UWG<sup>331</sup> gestützt.<sup>332</sup> Gerade der Effektivitätsgrundsatz des europäischen

---

<sup>329</sup> *Alexander*, WRP 2012, 1190, 1195; *Kocher*, in: Brömmelmeyer (Hrsg.), Die EU-Sammelklage, 2013, S. 71, 80 ff. Demgegenüber stellt *Madaus*, ZEuP (20) 2012, 100, 114 f. die Frage, ob die Verbände nicht doch einer Gruppe von Individuen die Prozessführung überlassen könnten, wenn die Kostenanreize ohnehin reformiert würden.

<sup>330</sup> *Stadler*, ZfPW (1) 2015, 61, 81, plädiert überzeugend dafür, Gewinnabschöpfungen nicht zur Kompensation der Geschädigten, sondern zu Präventionszwecken durchzuführen.

<sup>331</sup> Im Unterschied zum ebenfalls in § 8 Abs. 1 UWG verankerten Unterlassungsanspruch enthält der Folgenbeseitigungsanspruch ein *Handlungsgebot*, vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 2014, § 8 Rn. 77.

<sup>332</sup> So etwa im *Flexstrom-Urteil* des KG v. 27. März 2013, 5 U 112/11, im Anschluss an BGH v. 3. Mai 1974, I ZR 52/73, NJW 1974, 1244, und BGH v. 26. November 1997, I ZR 109/95, GRUR 1998, 415; ähnlich LG Stuttgart v. 7. August 2014, 11 O 298/13, VuR 2015, 30. Demgegenüber möchte *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 2016, § 1 UKlaG Rn. 18, den Folgenbeseitigungsanspruch auf eine Analogie zu § 1004 BGB stützen. Siehe auch *Micklitz/Reich*, EuZW 2013, 457, 460; *Reich*, VuR 2014, 247 ff. Freilich weist *Gsell*, JZ 2012, 809, 817, darauf hin, dass der EuGH bislang keinen allgemeinen, verschuldensunabhängigen Folgenbeseitigungsanspruch, sondern nur die Beseitigung von Hindernissen für die Rechtswahrnehmung gefordert hat.

Rechts, der in neueren Richtlinien auch explizit zum Ausdruck kommt,<sup>333</sup> könnte *de lege ferenda* für eine Ausweitung des Folgenbeseitigungsanspruchs auf die Beseitigung noch nicht entstandener Beeinträchtigungen sowie auf Sachverhalte außerhalb des Lauterkeits- und des AGB-Rechts sprechen.<sup>334</sup> Der Anwendungsbereich des UWG umfasst nach § 3 Abs. 2 bis 4 UWG auch Verbraucherschutz<sup>335</sup> und steht dem insofern nicht zwingend entgegen, wenngleich nach dieser Vorschrift zumindest eine *spürbare* Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen erforderlich ist. Das europäische Bestreben nach effektivem Rechtsschutz und wirksamen Sanktionen könnte hier dazu führen, dass der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung die Voraussetzungen für die Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruchs zukünftig nennenswert lockern und dessen Bedeutung für die umfassende Durchsetzung materieller Verbraucherrechte damit entscheidend stärken.

Das französische Recht geht mit der *procédure d'action de groupe simplifiée* nach Art. L423-10 des Code de la consommation seit 2014 einen solchen Weg. Dieses Verfahren baut im Kern auf einer neuen materiell-rechtlichen Komponente auf, indem es eine gerichtliche Verpflichtung zum Ausgleich erlittener Vermögensnachteile zugunsten von Verbrauchern erlaubt, die dem Gericht zwar bekannt sein, nicht aber am Prozess beteiligt sein müssen.<sup>336</sup> Alternativ wäre auch die Schaffung eines Hybrids aus Gruppen- und Verbandsklage denkbar, bei der ein Verband die prozessuale Hauptlast trüge und materiell berechnete Verbraucher den Hauptnutzen zögen. So sieht etwa das japanische Recht ab dem Jahr 2016 ein zweistufiges Kollektivverfahren vor, in dem zunächst nur Verbraucherverbände agieren und die betroffenen Verbraucher dem Verfahren erst dann beitreten, wenn die zentralen Rechtsfragen bereits entschieden sind.<sup>337</sup>

Ob die Hürden für diesen späten Verfahrensbeitritt niedrig genug sind, um Verbraucher zur Nutzung des Verfahrens zu motivieren, erscheint sicherlich zweifelhaft. Je geringer sich aber der Mitwirkungsaufwand der betroffenen Verbraucher gestaltet und je weiter die Rechtsfolgen und Handlungspflichten rei-

<sup>333</sup> Gemäß Art. 24 Abs. 1 S. 2 der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU müssen die Mitgliedstaaten wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen für Rechtsverstöße installieren. *Micklitz*, DJT-Gutachten A, 2012, S. 114, verweist zusätzlich auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 47 GRCh, wobei allerdings fraglich erscheint, ob diese Norm auch Schutz für gänzlich passive Anspruchsinhaber bewirken will.

<sup>334</sup> Für eine Ausweitung zumindest auf das AGB-Recht unter Verweis auf Art. 24 Abs. 1 S. 2 der Verbraucherrechte-RL *Micklitz*, DJT-Gutachten A, 2012, S. 100; *Micklitz/Reich*, EuZW 2013, 457, 460; *Reich*, VuR 2014, 247, 248; weitergehend *Singbartl/Zintl*, VuR 2016, 14, 16 ff. m.w.N.

<sup>335</sup> *Seitz*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2013, § 8 Rn. 155, 171, noch zu § 3 Abs. 1 UWG a.F.

<sup>336</sup> Siehe etwa *Bien*, NZKart 2014, 507 ff.

<sup>337</sup> Gesetz über das zivilprozessuale Sonderverfahren zum kollektiven Ersatz von Rechtsschäden bei Verbrauchern vom 4. Dezember 2013; ausführlich *Madderra*, 23 Pac. Rim L. & Pol'y J. 2014, 795 ff.

chen, die ein klagender Verband auch ohne Beteiligung der Anspruchsinhaber beim beklagten Unternehmer auslösen kann, desto effektiver wird sich letztlich die Rechtsdurchsetzung durch Verbandsklagen erweisen.

## C. Zusammenspiel individueller und kollektiver Mechanismen

Betrachtet man das Gesamtspektrum individueller und kollektiver Rechtsschutzmechanismen, so zeigt sich, dass der Individualrechtsschutz eine Vorrangstellung einnimmt: Er kann nicht nur auf eine längere Geschichte mit großer Dominanz unter der Gesamtheit der Rechtsschutzmechanismen zurückblicken, es ist auch der Individualrechtsschutz, den der Staat infolge seiner Justizgewährleistungspflicht bereithalten *muss*. Das entspricht auch einem liberalen Staatsverständnis, dem zufolge der Staat seinen Bürgern die Rechtsdurchsetzung durchaus überlassen kann und sollte, wo diese in der Lage sind, ihre Ansprüche eigenständig durchzusetzen.<sup>338</sup> Insofern erfüllt der Kollektivrechtsschutz eine Komplementärfunktion, die dort zum Tragen kommt, wo Individuen ihre Rechte faktisch nicht durchsetzen und dieser Zustand mangelnder Rechtsdurchsetzung als unbefriedigend empfunden wird. In jüngerer Zeit kommt als zweite Motivation das Ziel der Justizeffizienz hinzu: Der Staat nutzt Kollektivmechanismen auch in Bereichen mit ausreichender Individualrechtsdurchsetzung, um eine Lähmung der Justiz durch eine Vielzahl parallel laufender Verfahren zu verhindern.<sup>339</sup>

### I. Bündelung bei rationalem Desinteresse der Betroffenen

Das rationale Desinteresse der Betroffenen ist die wichtigste faktische Grenze der individuellen Rechtsdurchsetzung. Sei es in Individualklage- oder in Gruppenverfahren: Solange Individuen betroffen sind, werden sich stets viele von ihnen durch den damit verbundenen Aufwand von der Rechtsdurchsetzung abhalten lassen. Dieser Aufwand entsteht insbesondere bei Streuschäden und namentlich auch durch zivilprozessuale Rechte und Verfahrensprinzipien, weil diese nicht nur einen fairen Prozess sichern, sondern immer auch mit bestimm-

---

<sup>338</sup> Das gilt umso mehr, als die Betroffenen typischerweise mehr Energie in die Rechtsverfolgung investieren, als ein staatlicher Funktionsträger dies tun würde; *Engel*, JZ 1995, 213, 215; ähnlich *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 561 ff., der zuvor auf S. 560 f. auch darauf hinweist, dass die hoheitliche Steuerung nicht unbedingt mit einem Kontrollgewinn verbunden ist.

<sup>339</sup> Dies war die maßgebliche Motivation des Gesetzgebers zum Erlass des KapMuG, der insbesondere aus tausenden gleichgelagerten Prospekthaftungsklagen gegen die Deutsche Telekom zu lernen suchte.



ten Pflichten und Formalien verbunden sind. Selbst bei einer denkbar einfachen und pauschalen Kodifizierung von materiellen Verbraucherrechten wie den Ansprüchen nach Art. 7 ff. der Fluggastrechteverordnung 261/2004/EG, die üblicherweise immerhin mit Streitwerten im dreistelligen Bereich einhergehen und sich häufig im vergleichsweise einfachen europäischen Bagatellverfahren verfolgen lassen, setzt doch nur ein Bruchteil der Verbraucher die materiellen Rechte durch.<sup>340</sup>

Ab welchem Streitwert sich für Betroffene die Rechtsverfolgung lohnt, lässt sich nicht pauschal beziffern. Die teilweise statistisch ermittelten Grenzen beruhen auf der nur bedingt verlässlichen Selbsteinschätzung der Betroffenen; zudem geben sie nur einen Mittelwert an, obgleich die Varianz der Klagefreude erfahrungsgemäß ganz erheblich ist.<sup>341</sup> Deswegen bleibt es insoweit bei Tendenzaussagen: Tendenziell wächst die Neigung von Individuen, ihre Rechte durchzusetzen, mit ansteigendem Streitwert. Gleichzeitig nimmt die Bedeutung des kollektiven Rechtsschutzes ab, jedenfalls soweit er zum Auffangen des individuellen rationalen Desinteresses eingesetzt wird.

## II. Bündelung zur Steigerung der Justizeffizienz

Neben dem rationalen Desinteresse der Anspruchsinhaber lassen sich kollektive Rechtsschutzmechanismen allerdings auch zur Steigerung der Justizeffizienz einsetzen. Es liegt auf der Hand, dass aus der Effizienzperspektive ein- und dieselbe Rechtsfrage die Gerichte idealerweise nicht mehrfach, sondern nur einmal beschäftigen sollte.<sup>342</sup> Die Entwicklung vieler Verbrauchsgütermärkte hin zu standardisierten Produkten, die häufig nur von wenigen Oligopolisten angeboten werden,<sup>343</sup> bringt es mit sich, dass die Frage nach der Wirksamkeit einer bestimmten Vertragsklausel oder nach der Angemessenheit einer bestimmten Gebührenpauschale heute häufig eine große Zahl von Verbrauchern gleichzeitig betrifft. Je mehr es gelingt, hier eine Verfahrensmultiplikation zu vermeiden, desto größer ist die Effizienz des Systems. Insbesondere Kollektivmechanismen im skandinavischen Raum liegt traditionell dieser Gedanke zugrunde.<sup>344</sup>

---

<sup>340</sup> *Hörmann*, VuR 2014, 245 f.

<sup>341</sup> Siehe oben Kapitel 2 A. II. 4.

<sup>342</sup> Ähnlich *Gsell*, Kollektiver Rechtsschutz im deutschen Zivilprozessrecht und gebündelte treuhänderische Einziehung von Schadensersatzforderungen durch Dritte, 2014, S. 182.

<sup>343</sup> Beispiele dafür sind Mobilfunkanbieter, Computer- und Softwarehersteller oder Online-Versandhäuser.

<sup>344</sup> *Stadler*, JZ 2009, 121, 122.

### III. Kollektivverfahren und Zivilprozess

Beide Motivationslinien für die Schaffung von Kollektivverfahren – sowohl das rationale Desinteresse der Betroffenen als auch das Ziel größerer Justizeffizienz – lassen sich grundsätzlich zur Rechtfertigung der Einführung kollektiver Rechtsschutzmechanismen fruchtbar machen. Es fragt sich allerdings, inwieweit gerade der *Zivil*-Prozess als *Bürger*-Prozess auf kollektive Rechtsdurchsetzung ausgelegt und dafür geeignet ist. Schließlich ist das in der ZPO normierte Zivilverfahren als Individualverfahren ausgestaltet und insbesondere durch die strikte Bindung an das Antragsprinzip allein darauf ausgerichtet, individuellen Rechten im Rahmen des Parteiinteresses zur Durchsetzung zu verhelfen.<sup>345</sup>

Demgegenüber geht es bei der Durchsetzung von Ansprüchen, die für den Einzelnen rational uninteressant sind, gerade nicht um individuelle Interessen, sondern um öffentliche Belange.<sup>346</sup> Für die Rechtsdurchsetzung über Rechtsverfolgungsgesellschaften ist dies noch ohne Bedeutung. Gerade Gruppenverfahren müssen aber Kompromisse machen, wenn sie eine effektive kollektive Geltendmachung von Rechten in ein System einzupassen suchen, das eigentlich auf *individuelles* rechtliches Gehör und Dispositionsfreiheit ausgerichtet ist.<sup>347</sup> Diese Überlegungen sprechen gegen die Einführung von Gruppenverfahren, weil jede Entfernung vom Individuum – die wegen dessen Desinteresses und zugunsten eines schlankeren Verfahrens im Grundsatz durchaus sachgerecht erscheint – fast zwangsläufig dazu führt, dass grundlegende Prozessgrundrechte der Anspruchsteller kompromittiert werden.

Sind hingegen keine Individuen am Prozess beteiligt, sondern wird dieser von einem Verband geführt, so können diese Befürchtungen kaum greifen. Ein Verbandsklagerecht ist mit Blick auf Prozessgrundrechte weit weniger problematisch, zumal gerade einzelne Verbände wie die Wettbewerbszentrale ihre Bedeutung für die Rechtsdurchsetzung zur Genüge unter Beweis gestellt haben. Allerdings verdient eine Reihe von Vorschriften der ZPO eine Überprü-

---

<sup>345</sup> Grundlegend *Gilles*, ZZZ (98) 1985, 1, 6 ff. *Greger*, ZZZ (113) 2000, 399, 411 spricht davon, dass „dem Zivilprozeß mit der Verbandsklage etwas Wesensfremdes aufgepfropft wird“. Ähnlich *Hess*, WuW 2010, 493, 498, und *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, 2008, S. 361 ff., die ebenfalls von „[s]ystematische[n] Friktionen“ spricht. Noch deutlicher *Stürner*, ZZZ (127) 2014, 271, 314 ff., mit einem Votum gegen die „kostspielige prozessuale Lebenslüge“ des kollektiven Rechtsschutzes. Selbst *Stadler*, ZfPW (1) 2015, 61, 63, sieht die Regelung von Kollektivverfahren zumindest mit Blick auf die europäischen Vorgaben als „einen schwierigen Balanceakt, wenn nicht die Quadratur des Kreises“.

<sup>346</sup> *Gsell*, Kollektiver Rechtsschutz im deutschen Zivilprozessrecht und gebündelte treuhänderische Einziehung von Schadensersatzforderungen durch Dritte, 2014, S. 180; *Meller-Hannich/Höland*, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011, S. 34 f., jeweils m.w.N.

<sup>347</sup> *Koch*, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 48, sieht hingegen die individualschützende Tradition des Zivilprozesses nicht in Gefahr, weil in Verbandsklagen das Recht ja nicht von Verbänden, sondern vom Gericht zur Anwendung gebracht werde.

fung, ob sie für einen Verbandsklageprozess sachgerecht erscheinen. Dazu zählen etwa die Vorschriften über die Zuständigkeit der Gerichte, über die Prozesskostenhilfe und über das schiedsrichterliche Verfahren. Diese Gedanken streiten nicht zwingend für die Einführung einer eigenen Verbandsprozessordnung, mindestens aber für eine erhöhte Sensibilität hinsichtlich einer konsistenten Verzahnung<sup>348</sup> von Verbandsklageverfahren mit der Zivilprozessordnung. Dies gilt insbesondere dort, wo der Gesetzgeber auf der Rechtsfolgenseite einen Gewinnabschöpfungsanspruch, eine Folgenbeseitigung oder ein Strafelement vorsieht, ist die ZPO doch eigentlich nicht zur Durchsetzung dieser Rechtsfolgen vorgesehen.<sup>349</sup> Spiegelbildlich stellt sich diese Frage natürlich auch im materiellen Recht: Geht es nämlich um Normen, deren Durchsetzung vorrangig im Interesse der Allgemeinheit steht, ist zu erwägen, ob diese noch im Zivilrecht oder bereits im Verwaltungsrecht anzusiedeln sind.<sup>350</sup>

---

<sup>348</sup> Wagner, AcP (206) 2006, 352, 435, 438 spricht von einem „Zusammenspiel“ und einer „Verschränkung“ von Verwaltungs- und Privatrecht; ähnlich *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, 2008, S. 21, die für eine „Synchronisierung“ beider Rechtsbereiche wirbt.

<sup>349</sup> Aus eben diesem Grunde erscheint auch der Vorschlag einer privatrechtlichen Popularklage problematisch; vgl. *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 395 f. Ähnlich wäre die Verknüpfung einer Individualklage mit einem generalpräventiven Unterlassungsanspruch zu sehen.

<sup>350</sup> Wagner, AcP (206) 2006, 352, 422 ff., 441 ff., zeigt Sympathien für eine zivilrechtliche Verortung, auch unter Hinweis auf verwaltungsrechtliche Vollzugsdefizite.

## Kapitel 5

### Außergerichtliche Verbraucherrechtsdurchsetzung

Die Justiz ist eine knappe Ressource.<sup>1</sup> Zwar liegt die Erweiterung des traditionellen Justiz-„Angebots“ um ein ausschließlich konsensorientiertes Gerichtsverfahren noch nicht lange zurück.<sup>2</sup> Im Grunde bleibt es jedoch dabei, dass die staatlichen Zivilgerichte dann und nur dann einen Ausgleich kollidierender Individualinteressen vornehmen, wenn eine außergerichtliche Lösung nicht mehr möglich erscheint. Diese Residualfunktion der Justiz wird verfahrensrechtlich durch § 93 ZPO abgesichert: Wer einen anderen vor Gericht bringt, ohne zuvor den außergerichtlichen Ausgleich gesucht zu haben, riskiert ein sofortiges Anerkenntnis des Gegners und damit die volle Bürde der Kostenlast. Um die Chancen einer außergerichtlichen Einigung auszuloten, können sich die Beteiligten eines Rechtsstreits eines ganzen Spektrums unterschiedlicher Verfahren bedienen. Diese sind gegenüber dem Gerichtsverfahren bisweilen schneller und bringen in der Regel für die beteiligten Verbraucher ein geringeres Kostenrisiko mit sich. Sie erhalten zudem häufig die geschäftliche Beziehung zwischen den Parteien, was freilich aus Verbrauchersicht in der Regel nicht unbedingt interessant ist.<sup>3</sup>

Alternative Streitbeilegungsverfahren können der Rechtsdurchsetzung dienen, häufig folgen sie aber auch einer anderen, heterogenen Zielsetzung. Sie unterliegen in Deutschland keiner einheitlichen Normierung,<sup>4</sup> sondern sind verstreut reguliert, insbesondere in § 15a EGZPO, §§ 1025 ff. ZPO und im MediationsG. Diese Normen wurden in jüngster Vergangenheit ergänzt durch spezifisch verbraucherverfahrensrechtliche Vorschriften der §§ 57 ff. LuftVG, § 37 EVO, 111a ff. EnWG, 214 VVG. Schließlich hat der deutsche Gesetzgeber

---

<sup>1</sup> Ähnlich *Pfeiffer*, ZRP 1981, 121 („Knappe Ressource Recht“).

<sup>2</sup> § 278 ZPO wurde seit 2000 stufenweise zunächst um die obligatorische Güteverhandlung nach Abs. 2 und später um die Möglichkeit eines separaten Güterichterverfahrens nach Abs. 5 ergänzt.

<sup>3</sup> Siehe oben Kapitel 2 C. II. 1.

<sup>4</sup> Für eine solche einheitliche Kodifizierung der außergerichtlichen Streitbeilegung trat *Reinhard Greger* am Rande einer Veranstaltung am 25. November 2013 in München ein. Auch *Gsell*, JZ 2012, 809, 816, votiert für eine „Beseitigung des Durcheinanders der außergerichtlichen Güte-, Schieds- und Schlichtungsstellen“. Ähnlich *Stürner*, ZZP (127) 2014, 271, 317, mit einem Votum für eine „Ordnung dieser wild wuchernden, in ihrer Vielfalt intransparenten und deshalb durchaus auch täuschungsgerechten Verfahren“.

im Jahr 2016 das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG) zur Umsetzung der ADR-Richtlinie der EU erlassen. Bei den alternativen Streitbeilegungsmechanismen lassen sich Entscheidungsverfahren (Schiedsverfahren), Vorschlagsverfahren (Schlichtung) sowie schlichte Einigungsverfahren (Güteverfahren) unterscheiden.<sup>5</sup> Im weiteren Sinne lassen sich auch noch anwaltlich geführte Verhandlungen und womöglich auch Schlichtungssysteme auf Handelsplattformen unter die außergerichtlichen Verfahren der Rechtsdurchsetzung fassen. Für all diese Instrumente stellt sich gleichermaßen die Frage, inwieweit sie gemessen an den in Kapitel 3 entwickelten Kriterien für die Durchsetzung materieller Verbraucherrechte geeignet sind.

## A. Schiedsverfahren

Schiedsverfahren sind private Gerichtsverfahren. Sie werden *anstelle* des staatlichen Gerichtsverfahrens durchgeführt: Das Schiedsgericht entscheidet die Streitmaterie verbindlich; den Parteien steht danach der Rechtsweg außerhalb eng gefasster Ausnahmetatbestände<sup>6</sup> nicht mehr offen. Die Durchführung eines Schiedsverfahrens kann von den Parteien vor Entstehung des Konflikts durch eine vertragliche Schiedsklausel bestimmt werden, ebenso können sich die Beteiligten aber auch nach Aufkommen der Streitigkeit *ad hoc* zur Durchführung eines Schiedsverfahrens entscheiden. Die Motivation für die Wahl eines Schiedsverfahrens ist weniger ein Kostenvorteil, sondern eher die Möglichkeit, sachkompetente Schiedsrichter selbst auswählen sowie Verfahrensort und Verfahrensablauf selbst bestimmen zu können.<sup>7</sup> Aufgrund dieser Eigenschaften hat das Schiedsverfahren insbesondere in großen wirtschaftsrechtlich geprägten Streitigkeiten wie auch für die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aus bilateralen Investitionsschutzabkommen große Bedeutung erlangt.

Grundlegend anders erklärt sich allerdings die Nutzung von Schiedsverfahren für Verbraucherangelegenheiten in bestimmten Jurisdiktionen. Besondere Bedeutung haben diese Verfahren in den USA. Dort ist es gerade bei Massenverträgen – etwa im Bereich von Telekommunikationsdienstleistungen, Soft-

---

<sup>5</sup> So unterscheidet etwa Art. 2 ADR-RL zwischen Verfahren mit auferlegten Lösungen, Verfahren mit Lösungsvorschlägen und Verfahren, die eine gütliche Einigung zwischen den Parteien zu veranlassen suchen.

<sup>6</sup> Die Gründe für die Aufhebung eines Schiedsspruchs sind in § 1059 Abs. 2 ZPO abschließend aufgeführt.

<sup>7</sup> Siehe *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kap. 1 Einleitung Rn. 8 ff.; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 2012, S. 13 ff. Dass das Schiedsverfahren einen höheren Effizienzgrad als die staatliche Justiz erreicht, ist durch die Betrachtung dieser Vorteile noch nicht gesagt; insofern kritisch gegenüber einer „Effizienz-Rhetorik“ mit unklaren Folgen für die Verbraucherrechte *Reich*, 10 ERCL 2014, 258, 260.

warennutzung oder bei Kreditkartenverträgen – üblich, den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten über Allgemeine Geschäftsbedingungen auszuschließen und die Verbraucher auf ein Schiedsverfahren zu verweisen.<sup>8</sup> Maßgebliche Motivation der Unternehmen ist dabei die Verhinderung von Sammelklagen und den damit verbundenen unkalkulierbaren Risiken<sup>9</sup>: Lieber gewährt man den wenigen Verbrauchern, die ihr rationales Desinteresse überwinden, ein Schiedsverfahren unter äußerst großzügigen Bedingungen, als die erheblichen Risiken von Sammelklagen in Kauf nehmen und bilanzieren zu müssen.<sup>10</sup> Willkommener Nebeneffekt der weitgehend vertraulichen Schiedsverfahren ist ein Rückgang verbraucherrechtlicher Präzedenzen und damit der unter dem *common law* noch wichtigeren Fortentwicklung des Rechts durch die Rechtsprechung.<sup>11</sup>

Diese Rahmenbedingungen gestalten sich in Europa allerdings völlig anders. Insbesondere besteht in Anbetracht der eng umgrenzten verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zur Bündelung gleichgerichteter Interessen<sup>12</sup> traditionell seitens der Unternehmer kaum Sorge vor einer massenhaften Inanspruchnahme durch Verbraucher. Dementsprechend gering gestaltete sich bisher der Bedarf, Alternativen zur staatlichen Gerichtsbarkeit zu suchen. Diese Situation ändert sich mit der europaweiten Suche nach Instrumenten zur wirksameren Durchsetzung geringwertiger Forderungen. Während Verbraucherschiedsverfahren in der aktuellen Verfahrenspraxis noch keine Rolle spielen,<sup>13</sup> könnte es durchaus in absehbarer Zeit Bestrebungen geben, Verbraucher aus der staatlichen in die private Gerichtsbarkeit zu drängen.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Ungefähr 30 % aller Verbraucherverträge in den USA enthalten solche Schiedsklauseln; *Demaine/Hensler*, 67 *Law & Contemp. Probs.* 2004, 55, 64.

<sup>9</sup> Zu den Nachteilen insbesondere US-amerikanischer Sammelklagen für die davon betroffenen Unternehmen siehe oben Kapitel 4 B. II.

<sup>10</sup> *Orgel*, *Class Arbitration*, 2013, S. 91 ff., 339 ff. Seit der Entscheidung des US Supreme Court v. 27. April 2011, 563 U.S. 321, *AT&T Mobility LLC v. Vincent Concepcion et al.*, geht es den Unternehmen freilich auch um die nach dem *Federal Arbitration Act* mögliche Verhinderung von Massenschiedsklagen; vgl. zuletzt US Supreme Court v. 14. Dezember 2015, 577 U.S. \_\_\_ (2015), *DIRECTV, Inc. v. Imburgia et al.*

<sup>11</sup> Vor diesem Hintergrund sehr kritisch gegenüber Verbraucherschiedsverfahren *Alderman*, 38 *Hous. L. Rev.* 2001, 1237, 1253 ff.; *Alderman*, 2 *J. Amer. Arb.* 2003, 1 ff.; *Alderman*, *The Future of Consumer Law in the United States*, 2007.

<sup>12</sup> Siehe oben Kapitel 4 B.

<sup>13</sup> Eine gewisse Ausnahme bilden die behördlichen Verbraucherschiedsverfahren vor den spanischen *Juntas Arbitrales de Consumo* nach Art. 32 des Gesetzes 34/2002 über gesellschaftliche Informations- und E-Commerce-Dienstleistungen; ausführlich *Cortés*, 19 *Int. J. L. Inf. Technol.* 2011, 1, 14 f.

<sup>14</sup> *Reich*, 10 *ERCL* 2014, 258, 260.

## I. Verfahrensergebnis

Auch wenn Schiedsverfahren eine Form der Privatjustiz darstellen, sind sie doch kein rechtsfreier Raum.<sup>15</sup> Nach § 1051 ZPO haben Schiedsgerichte die von ihnen zu beurteilenden Streitigkeiten grundsätzlich nach dem jeweils anwendbaren materiellen Recht zu entscheiden und dürfen nur bei ausdrücklicher Ermächtigung der Parteien einen Billigkeitsmaßstab anlegen.<sup>16</sup> Für Schiedsverfahren in Verbraucherangelegenheiten trifft Art. 11 der ADR-Richtlinie allerdings nunmehr eine Sonderregelung und sieht vor, dass eine dem Verbraucher auferlegte Konfliktlösung nicht hinter den Vorschriften des anwendbaren materiellen Verbraucherrechts zurückbleiben darf. Diese Regelung entspricht der Linie der Europäischen Kommission, wonach Verbraucher durch die Nutzung verbindlicher außergerichtlicher Streitbeilegung nicht schlechter als vor den staatlichen Gerichten stehen dürfen.<sup>17</sup>

Die Schlussfolgerung aus diesen Vorgaben für den Ergebnismaßstab von Verbraucherschiedsverfahren ist eindeutig: Wenn das Ergebnis eines solchen Verfahrens nicht hinter dem materiellen Verbraucherrecht zurückbleiben darf, muss das materielle Verbraucherrecht geprüft werden und bildet eine Untergrenze, die nicht unterschritten werden darf. Daraus folgt nicht zwingend, dass das materielle Recht der einzig relevante Ergebnismaßstab für Verbraucherschiedsverfahren sein darf, aber der erforderliche Mindestschutz ist durch Art. 11 ADR-RL doch gewahrt. Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz sieht von einer Regulierung von Verbraucherschiedsverfahren ab,<sup>18</sup> so dass nach Ablauf der Umsetzungsfrist gemäß Art. 25 Abs. 1 S. 1 ADR-RL nunmehr Art. 11 ADR-RL unmittelbar anwendbar ist.<sup>19</sup> Sinnvoll wäre freilich die Einfügung eines § 1051 Abs. 5 ZPO, der klarstellt, dass Schiedssprüche in Verbraucherschiedsverfahren nicht hinter das materielle Recht zurückfallen dürfen.

Die Rechtstreue eines gegen sie ergangenen Schiedsspruchs können Verbraucher konsequenterweise von staatlichen Gerichten überprüfen lassen.<sup>20</sup> Hier wäre in § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO *de lege ferenda* eine litera b) neu einzufügen, der zufolge ein Schiedsspruch aufgehoben werden kann, wenn das Gericht feststellt, dass der Schiedsspruch zu Lasten eines Verbrauchers vom materiellen Recht abweicht. Gegen eine aufhebende Gerichtsentscheidung steht dem Betroffenen dann der Instanzenzug offen, wobei die staatlichen Gerichte ihrerseits

<sup>15</sup> Risse, SchiedsVZ 2014, 265, 272.

<sup>16</sup> Zur Einführung selbst gesetzter Zwecke in eine (staats-)gerichtliche Ermessensentscheidung *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 105 ff. m.w.N.

<sup>17</sup> Empfehlung 98/257/EG, S. 31, 34; dem folgend *Wagner/Quinke*, JZ 2005, 932, 935.

<sup>18</sup> Vgl. § 5 Abs. 2 VSBG sowie die Begründung in BT-Drs. 18/5089, S. 41.

<sup>19</sup> Unzutreffend insoweit BT-Drs. 18/5089, S. 54, wonach Art. 11 ADR-RL nicht umzusetzen sei, denn § 5 Abs. 2 VSBG schließt die Existenz von Verbraucherschiedsgerichten gerade nicht aus, sondern verzichtet nur auf deren Regulierung.

<sup>20</sup> *Reich*, 10 ERCL 2014, 258, 279 f.

offene europarechtliche Fragen gegebenenfalls dem Europäischen Gerichtshof vorlegen können.<sup>21</sup> Damit ist die Rechtstreue des Verfahrensergebnisses weitgehend gewährleistet.

Das schiedsgerichtliche Verfahren endet mit einem Schiedsspruch nach § 1055 ZPO, einem Vergleich oder einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut nach § 1053 ZPO. Diese können gemäß § 1060 ZPO für vollstreckbar erklärt werden und gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO bzw. international nach § 1061 ZPO i.V.m. dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche als Grundlage der Zwangsvollstreckung dienen. Die Ergebnisse eines Schiedsverfahrens entsprechen insoweit in ihrer Wirkung denjenigen eines staatlichen Gerichtsverfahrens. Anders als bei der staatlichen Justiz kann der Gesetzgeber freilich privaten Schiedsrichtern kaum wirksam vorschreiben, welche Art der Verfahrensbeendigung sie im entscheidungsreifen Streit unterstützen sollen. Fördern die Schiedsrichter die Parteien bei der Suche nach einer einvernehmlichen Konfliktlösung abseits des geltenden Rechts, so ist dies der Durchsetzung des materiellen Rechts nicht dienlich. Es erscheint allerdings weniger problematisch als im staatlichen Gerichtsverfahren, weil Schiedsverfahren in der Regel ausschließlich von den Parteien finanziert werden.

## II. Verfahrensleitung

Aus der Tatsache, dass das materielle Recht nach Art. 11 ADR-RL der wesentliche Ergebnismaßstab in einem Verbraucherschiedsverfahren sein muss, folgt zwingend, dass die als Schiedsrichter zur Entscheidung berufenen Personen auch zur Anwendung des materiellen Verbraucherrechts qualifiziert sein müssen. Der erfolgreiche Abschluss eines juristischen Studiums in der Jurisdiktion des anwendbaren materiellen Rechts ist dafür die Mindestvoraussetzung. Will man darüber hinaus eine Vergleichbarkeit mit der Entscheidung eines staatlichen Gerichts schaffen,<sup>22</sup> kommt weitergehend in Betracht, nur Volljuristen als Schiedsrichter zuzulassen.<sup>23</sup> Befindet sich der gewöhnliche Aufenthalt des Verbrauchers außerhalb der Heimatjurisdiktion des Schiedsrichters, muss dieser für den Günstigkeitsvergleich nach Art. 11 ADR-RL zusätzlich über ausreichende Kenntnisse des entsprechenden ausländischen Rechts verfügen.<sup>24</sup> Es erscheint insofern sachgerecht, in Umsetzung des Art. 11 ADR-RL in § 1035

---

<sup>21</sup> So das *Petitum* von *Basedow*, *EuZW* 2015, 1 f.

<sup>22</sup> Dafür plädieren *Wagner/Quinke*, *JZ* 2005, 932, 937 f.

<sup>23</sup> Dafür votiert *Gsell*, *ZfP* (128) 2015, 189, 194 ff., die auch darlegt, dass eine Einbeziehung juristischen Fachwissens erst im Rechtsbehelfsverfahren für einen effektiven Verbraucherschutz nicht ausreichen würde.

<sup>24</sup> *Stürmer*, in: Studiengesellschaft (Hrsg.), *Jahresband 2014, 2015*, S. 78 f.



Abs. 1 ZPO einen zweiten Satz zu ergänzen, dem zufolge in Schiedsverfahren, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, mindestens ein Schiedsrichter über eine entsprechende juristische Qualifikation verfügen muss. Diese höheren Anforderungen an die juristische Qualifikation von Schiedsrichtern im Verbraucher-Unternehmer-Kontext rechtfertigt sich abseits der in Art. 11 ADR-RL vorgegebenen Rechtsanwendungspflicht inhaltlich daraus, dass diese Konflikte typischerweise durch zwingendes Verbraucherschutzrecht geprägt sind und die Rechtsanwendung insofern eine entsprechend größere Rolle spielt.

Weitere Charakteristika der Verfahrensleitung eines Verbraucherschiedsverfahrens – insbesondere die Unabhängigkeit und Neutralität der berufenen Schiedsrichter – hängen vom in der konkreten Schiedsvereinbarung festgelegten Bestellungsmodus ab. Diese Schiedsvereinbarung muss nach § 1031 Abs. 5 ZPO in einem separaten Dokument vom Verbraucher eigenhändig unterzeichnet werden. Sie kann nach Art. 10 Abs. 1 ADR-RL auch nicht vor dem Entstehen der Streitigkeit getroffen werden.<sup>25</sup> Gibt der Unternehmer sodann eine bestimmte Schiedsorganisation vor, die Einfluss auf die Bestellung der Schiedsrichter nimmt, so ist diese Klausel im Zweifel am Maßstab des § 307 BGB zu prüfen, um zu verhindern, dass ein Unternehmen seine „Stamminstitution“ vorgibt und damit die Unabhängigkeit der Schiedsrichter und damit eine allein rechtsorientierte Entscheidung gefährdet. Abseits der Klauselkontrolle eröffnet § 1036 ZPO dem beteiligten Verbraucher aber auch eine unabdingbare gesetzliche Möglichkeit zur Ablehnung eines Schiedsrichters, an dessen Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit begründete Zweifel bestehen.

### III. Verfahrensgestaltung

Bei der Verfahrensgestaltung von Verbraucherschiedsverfahren mangelt es hierzulande an nennenswerten praktischen Erfahrungen. Umso lohnenswerter ist der Blick in die USA, wo Verbraucherschiedsverfahren eine erhebliche Verbreitung gefunden haben. Auch dort hat man die spezifischen Bedürfnisse von Verbrauchern erkannt, deren fehlende Verfahrens- und Konfliktroutine ihre prozessuale Gleichbehandlung<sup>26</sup> gefährdet. Das gilt umso mehr, als Schiedsverfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden.<sup>27</sup> Die Öffentlichkeit des Verfahrens erscheint zwar eher verzichtbar, wenn der Fiskus nicht als Finanzier auftritt und die soziale Funktion der Rechtsdurchsetzung dementsprechend zurücktritt, dann allerdings sind klare Verfahrensstandards umso wichtiger. In

---

<sup>25</sup> Der Gesetzgeber sollte Art. 10 Abs. 1 ADR-RL durch eine entsprechende Ergänzung des § 1031 Abs. 5 ZPO umsetzen.

<sup>26</sup> Das Gleichbehandlungsgebot im Schiedsverfahren ist in Deutschland verankert in § 1042 Abs. 1 S. 1 ZPO.

<sup>27</sup> Weiterführend *Kablert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 2014.

den USA haben sich vor diesem Hintergrund *due process protocols* entwickelt – Regeln zur Sicherstellung eines auch aus Verbrauchersicht fairen Verfahrens. Darüber hinaus gibt es eine Diskussion über den Erlass eines *Arbitration Fairness Act* bzw. eines *Fair Arbitration Act*, die allerdings zur Zeit noch nicht in ein entsprechendes Gesetz mündete.<sup>28</sup>

Mit Blick auf die in Kapitel 3 entwickelten Bewertungsmaßstäbe für die Verfahrensgestaltung in Rechtsdurchsetzungsverfahren erscheint die bindende Vorgabe bestimmter Mindeststandards für Verbraucherschiedsverfahren sehr sachgerecht. Während eine Tatsachenfundierung für Schiedsverfahren kaum zur Disposition stehen dürfte und auch das rechtliche Gehör durch § 1042 Abs. 1 S. 2 ZPO wie auch die optionale Mündlichkeit durch § 1047 Abs. 1 ZPO abgesichert sind, ist schon die Verständlichkeit des Verfahrens für Verbraucher nicht unproblematisch. Auch wenn Verbraucher mit international operierenden Unternehmen kontrahieren, sollte die Sprache des Orts, an dem sie ihre Vertragserklärungen abgeben, auch als Verfahrenssprache verfügbar sein.<sup>29</sup> In den USA, wo ein Großteil des Handels auf der innerstaatlichen Ebene abgewickelt wird, wirft dies naturgemäß keine Schwierigkeiten auf. In Europa ist dies allerdings aufgrund der bestehenden Sprachenvielfalt anders. Die ADR-Richtlinie lässt Verbraucherschiedsverfahren in einer für den Verbraucher fremden Sprache im Grundsatz zu; in der Praxis wird allerdings die gemäß Art. 10 ADR-RL notwendige Zustimmung des Verbrauchers nach Streitentstehung dazu führen, dass dieser sich nicht auf ein für ihn unverständliches Verfahren einlässt.

Ebenso wichtig wie die Verständlichkeit des Verfahrens ist dessen lokale Erreichbarkeit: Verbraucher sollten nicht nur ein Recht auf einen Schiedsort im Inland haben, sondern auch einen Verhandlungsort aufsuchen können, der jedenfalls nicht ungünstiger als der Gerichtsstand der staatlichen Justiz belegen ist und sich idealerweise an ihrem eigenen Wohnort befindet.<sup>30</sup> Art. 18 Brüssel-Ia-VO eröffnet zumindest für grenzüberschreitende Konflikte den Wohnort des Verbrauchers als Gerichtsstand; das erschiene auch in grenzüberschreitenden Verbraucherschiedsverfahren sachgerecht.<sup>31</sup> Auch sollten die Kosten eines Verbraucherschiedsverfahrens wiederum nicht wesentlich höher sein als diejenigen der Justiz.<sup>32</sup> Weder die ADR-Richtlinie noch die §§ 1025 ff. ZPO bewirken hier einen konkreten Verbraucherschutz. Es kommt also wie schon bei der Verfahrenssprache darauf an, dass der Verbraucher, der dem Schiedsverfahren nach Streitentstehung zustimmen muss, diese Aspekte bei seiner Verfahrenswahlentscheidung angemessen würdigt.

---

<sup>28</sup> Schwartz, 84 Notre Dame L. Rev. 2009, 1247 ff.

<sup>29</sup> Ähnlich Wagner/Quinke, JZ 2005, 932, 936 f.

<sup>30</sup> Wagner/Quinke, JZ 2005, 932, 936 f.

<sup>31</sup> Ähnlich Reich, 10 ERCL 2014, 258, 274.

<sup>32</sup> Wagner/Quinke, JZ 2005, 932, 936 f.

#### IV. Transparenz

Um eine sachgerechte Verfahrenswahl zu ermöglichen, bedarf es umfassender Transparenz hinsichtlich der wesentlichen Verfahrenscharakteristika, insbesondere hinsichtlich des Verfahrensziels, der Verfahrensleitung und der vorstellbaren Verfahrensergebnisse. Denn selbst wenn die Unternehmen den Weg zu den Schiedsgerichten für die Verbraucher überobligatorisch angenehm gestalten,<sup>33</sup> erscheint es durchaus denkbar, dass sich einzelne Kunden eben nicht auf ein Privatgericht einlassen, sondern die Öffentlichkeit der staatlichen Justiz suchen wollen.

Das Kriterium der Verfahrenszieltransparenz verlangt Klarheit darüber, was der Zweck des jeweiligen Konfliktlösungsverfahrens ist. Bei Verbraucherschiedsverfahren bestimmt § 1051 Abs. 1 und 2 ZPO, dass diese grundsätzlich eine rechtsorientierte Entscheidung bezwecken. Soweit davon gemäß § 1051 Abs. 3 ZPO zugunsten eines Billigkeitsmaßstabs abgewichen werden soll, muss dies schon nach dem Wortlaut der Norm ausdrücklich geschehen. Eine vom Unternehmer einseitig vorgegebene Bestimmung in der Schiedsvereinbarung, die eine Billigkeitsentscheidung des Schiedsrichters vorsieht, wird regelmäßig nach § 307 BGB unwirksam sein, weil Verbraucher im Zweifel eine rechtsorientierte Entscheidung erwarten und sich der Billigkeitsmaßstab erheblich zu ihren Lasten auswirken kann.<sup>34</sup>

Die weiterhin erforderliche Funktionstransparenz bedeutet, dass die Verfahrensbeteiligten wissen, in welcher Funktion die berufene Entscheidungsinstanz tätig wird. Da Verbraucherschiedsverfahren das staatliche Gerichtsverfahren *ersetzen*, müssen Verbraucher hier deutlich darüber in Kenntnis gesetzt werden, dass sie sich mit ihrer Zustimmung zum Verfahren ihres allgemeinen Justizgewährungsanspruchs aus Art. 20 Abs. 3 GG entäußern. Aus diesem Grunde gibt es in den USA einen verbreiteten Usus, direkt am Anfang einer Schiedsvereinbarung in Großdruck darauf hinzuweisen, dass die folgenden Bestimmungen einen weitgehenden Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit vorsehen.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> So verhielt es sich etwa in dem Fall, welcher der Entscheidung des US Supreme Court v. 27. April 2011, 563 U.S. 321, AT&T Mobility LLC v. Vincent Concepcion et al., zugrunde lag: Die angegriffene Schiedsklausel des Telekommunikationsanbieters AT&T sah vor, dass das Unternehmen außer in Fällen missbräuchlicher Klagen die gesamten Kosten des Schiedsverfahrens übernehmen würde, dass das Schiedsverfahren mit online verfügbaren Antragsformularen initiiert werden könne, dass die Verhandlungen in der Region des klagenden Verbrauchers stattfinden sollten und dass das Schiedsgericht ihm eine Summe in beliebiger Höhe zusprechen könne.

<sup>34</sup> Siehe dazu noch unten Kapitel 6 B. I. 2. b).

<sup>35</sup> So etwa das Microsoft Services Agreement (August 2015) für US-amerikanische Kunden; freilich ist die Verfahrenspraxis hier insoweit anders, als Schiedsvereinbarungen in Ermangelung einer Parallelvorschrift zu Art. 10 Abs. 1 ADR-RL in den USA üblicherweise schon vor Streitentstehung in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen werden können.

In Deutschland wird man das Gebot einer entsprechenden Aufklärung in das Schriftformerfordernis des § 1031 Abs. 1 ZPO hineinlesen können.<sup>36</sup>

Schließlich verlangt das Kriterium der Ergebnistransparenz, dass die Parteien vor der Entscheidung zugunsten des Schiedsverfahrens wissen müssen, welche Form das Verfahrensergebnis annehmen kann. Ein Teil dieses Postulats ist für Verbraucherstreitigkeiten nunmehr in Art. 11 Abs. 2 S. 1 ADR-RL kodifiziert, dem zufolge die Parteien über den verbindlichen Charakter eines Schiedsspruchs vor ihrer Verfahrenswahl informiert sein müssen. Darüber hinaus erscheint es notwendig, die Betroffenen auch darüber in Kenntnis zu setzen, wenn das Schiedsverfahren typischerweise in einen Vergleich und damit in eine nur bedingt rechtsorientierte Entscheidung mündet. Das gilt insbesondere für Massenschiedsverfahren, in denen eine nennenswerte Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich einzelne Verbraucher letztendlich durch den Druck der Klägergruppe einen Vergleich aufnötigen lassen, obwohl sie eigentlich eine rechtstreue Entscheidung des Rechtsstreits bevorzugt hätten.

## B. Schlichtung

Eine wesentlich größere Rolle als das Schiedsverfahren spielt für Verbraucherstreitigkeiten hierzulande die Schlichtung. Unter einer Schlichtung versteht man ein Streitbeilegungsverfahren, das auf einen *Entscheidungsvorschlag* eines neutralen Dritten hinausläuft. Anders als das Schiedsverfahren ersetzt eine Schlichtung das Gerichtsverfahren also nicht, sondern unternimmt nur einen vorgelagerten Einigungsversuch. Schlichtungsstellen gibt es in Deutschland teilweise schon seit vielen Jahrzehnten in ganz unterschiedlicher Form. Teilweise befinden sie sich – wie etwa die Schiedsstellen des Kfz-Gewerbes oder der Ombudsmann Private Kranken- und Pflegeversicherung – in unmittelbarer Trägerschaft von Branchenverbänden. Teilweise werden sie auch von einem eigens dafür gegründeten Verein betrieben, deren Mitglieder Unternehmen oder Unternehmensverbände sind – so etwa beim Versicherungsombudsmann e.V. oder bei der Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr e.V. Auch Verbraucherschutzverbände, Handwerkskammern oder auch Industrie- und Handelskammern betreiben bisweilen eigene Schlichtungsstellen. Freie Berufe wie die Architekten, Rechtsanwälte oder Ärzte unterhalten berufsständische Schlichtungsstellen. Schließlich gibt es auch freie Unternehmer oder sonstige private Initiativen wie das Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz e.V., die – gelegentlich von öffentlichen Projektmitteln unterstützt – eigene Schlich-

---

<sup>36</sup> Zur Warnfunktion der Schriftform bei § 1031 Abs. 5 ZPO *Saenger*, in: *Saenger*, ZPO, 2015, § 1031 Rn. 9; *Wolf/Eslami*, in: *BeckOK-ZPO*, 2015, § 1031 Rn. 21; *Münch*, in: *Münch-Komm-ZPO*, 2013, § 1031 Rn. 45; ausführlich zum Informationsmodell *Weibe*, *Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, 2005, S. 202 ff.

tungsangebote an Verbraucher formulieren. Eine schlichtungsähnliche Funktion erfüllen auch die landesrechtlich anerkannten anwaltlichen Gütestellen sowie die in Norddeutschland zu findenden öffentlichen Rechtsauskunfts- und Vergleichsstellen, deren Wurzeln viele Jahrhunderte zurückreichen.<sup>37</sup>

Während sich die Schlichtungskultur in Deutschland bis zum Ende des 20. Jahrhunderts vergleichsweise autark entwickelte, hat der europäische Gesetzgeber in den vergangenen Jahren die gesetzliche Verankerung der Verbraucherschlichtung angestoßen. Inzwischen gibt es privat organisierte und staatlich anerkannte Schlichtungsstellen für die Versicherungswirtschaft in § 214 VVG, im Bereich der Luftverkehrswirtschaft nach § 57 LuftVG,<sup>38</sup> für den Schienenverkehr nach § 37 EVO, im Bereich der Energiewirtschaft nach § 111b EnWG, im Bereich von Finanzdienstleistungen nach § 14 UKlaG und für Streitigkeiten im Wettbewerbsrecht nach § 15 UWG<sup>39</sup>. Mit der 2013 ergangenen ADR-Richtlinie geht die EU noch einen Schritt weiter und verlangt nunmehr die Einrichtung eines flächendeckenden Systems außergerichtlicher Streitbelegungsstellen für weite Bereiche des Verbrauchervertragsrechts. Was mit verstreuten Regelungen zu einzelnen Rechtsmaterien begann, verdichtet sich nun zu einer verfahrensrechtspolitischen Grundsatzentscheidung zugunsten einer Konfliktbehandlung außerhalb der Gerichte, die einerseits mit Blick auf den engen Handlungsspielraum des insoweit eigentlich einschlägigen Art. 81 AEUV weit über die Kompetenzen der EU hinausgeht<sup>40</sup> und sich zum anderen fragen muss, inwieweit Verbraucherschlichtungsverfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung dienlich sein können. Anhaltspunkte dafür, inwieweit die Tätigkeit von Schlichtungsstellen den in Kapitel 3 erörterten Bewertungsmaßstäben für die Durchsetzung materieller Verbraucherrechte genügt, finden sich sowohl in deren institutioneller Struktur wie auch in punktuell zugänglichen Praxisberichten.

### I. Verfahrensergebnis

Das Resultat eines Verbraucherschlichtungsverfahrens hängt ab vom angewendeten Ergebnismaßstab, von der Form der ergehenden Entscheidung wie auch von deren Vollstreckbarkeit.

---

<sup>37</sup> *Prütting*, JZ 1985, 261, 265; *Motsch*, in: FS Söllner, 1990, S. 403, 417. Zum Stand der Verbraucherschlichtung in Europa überblicksweise *Meller-Hannich/Höland/Krausbeck*, ZEuP (22) 2014, 8, 21 ff.; ausführlich *Hodges/Benöhr/Creutzfeldt-Banda*, Consumer ADR in Europe, 2012.

<sup>38</sup> Ausführlich *Bollweg*, NZV 2015, 361 ff.

<sup>39</sup> Dazu *Ottofülling*, WRP 2006, 410 ff.

<sup>40</sup> Siehe oben Kap. 1 Fn. 34.

## 1. Ergebnismaßstab

Welcher Maßstab einem Schlichterspruch in Verbraucherverfahren zugrunde liegt, ist alles andere als eindeutig. Beim Aufkommen der Schlichtungsbewegung vor mehreren Jahrzehnten sprach man in der damaligen Diskussion von einer Verbesserung der Rechtsdurchsetzung zugunsten von Verbrauchern.<sup>41</sup> Diese Zielsetzung spricht auch aus jüngeren Studien der Europäischen Kommission, denen zufolge die mangelnde Durchsetzbarkeit materieller Verbraucherrechte den Binnenmarkt behindert.<sup>42</sup> Da sich die Union trotz einiger Versuche durch die Schaffung eines europäischen Mahnverfahrens und eines europäischen Bagatellverfahrens infolge der Grenzen des Art. 81 AEUV nicht zu einer grundlegenden Reform der mitgliedstaatlichen Zivilverfahren in der Lage sah, hat sie den legislatorischen Schwerpunkt bei Maßnahmen zur Stärkung der Rechtsdurchsetzung mit der ADR-Richtlinie klar auf die außergerichtliche Streitbeilegung gelegt.<sup>43</sup>

Mit dem Verlassen der justiziellen Sphäre ist freilich auch die Verfahrenszielsetzung weitgehend diffundiert. Von einer klaren Rechtsorientierung der durch die Richtlinie vorrangig in den Blick genommenen Schlichtungsverfahren ist nun nicht mehr die Rede. Zwar gibt Art. 1 S. 1 ADR-RL ein hohes Verbraucherschutzniveau als Ziel aus, indes ist ein großer Unterschied zwischen Verbraucherschutz und Verbraucherrecht zu vermuten. Ein Umkehrschluss zu Art. 11 ADR-RL ergibt, dass ein Schlichterspruch im Unterschied zum Schiedsspruch in Verbraucherangelegenheiten beliebig hinter dem materiellen Verbraucherrecht zurück bleiben kann.<sup>44</sup> Er kann sogar das materielle Verbraucherrecht völlig außer Acht lassen. Die EU geht zwar in Art. 7 Abs. 1 lit. i) ADR-RL davon aus, dass Verbraucherschlichtungsstellen womöglich Rechtsvorschriften, Verhaltenskodizes oder Billigkeitserwägungen als Grundlage ihrer Entscheidung heranziehen könnten, dies bleibt allerdings letztlich den Streitbeilegungseinrichtungen überlassen.<sup>45</sup>

Der deutsche Gesetzgeber geht einen ähnlichen Weg: Nach § 19 Abs. 1 S. 2 VSBG „soll [der Schlichtungsvorschlag] am geltenden Recht *ausgerichtet* sein

---

<sup>41</sup> Micklitz, DRiZ 1983, 119, 120. Ähnlich heute wieder Hess, JZ 2015, 548, der vom „Vollzug von Verbraucherrechten“ spricht.

<sup>42</sup> Flash Eurobarometer 321, S. 18 ff.; kritisch dazu Hubbard, 50 C. M. L. Rev. 2013, 187, 194 f.

<sup>43</sup> Meller-Hannich/Höland/Krausbeck, ZEuP (22) 2014, 8, 32 f.; Meller-Hannich, in: Althammer (Hrsg.), Verbraucherstreitbeilegung, 2015, S. 19, 39 f.

<sup>44</sup> Roth, in: Liber Amicorum Wolfram Henckel, 2015, S. 283, 285, spricht von einer „Entmaterialisierung der europäischen nationalen Prozessrechte“.

<sup>45</sup> Vgl. auch Erwägungsgrund 31 der ADR-RL („unter gebührender Berücksichtigung der Rechte der Parteien“), Art. 9 Abs. 2 lit. b) iii) ADR-RL („die vorgeschlagene Lösung [kann] anders sein [...] als das Ergebnis eines Gerichtsverfahrens, in dem Rechtsvorschriften angewandt werden“).

und *soll* insbesondere die zwingenden Verbraucherschutzgesetze *beachten*<sup>46</sup>. Inwieweit darin ein Gebot der Rechtstreue liegt, vermag der unbefangene Leser kaum zu erkennen.<sup>47</sup> Die unklare Formulierung ist freilich nicht zuletzt auch Ausdruck der Tatsache, dass die Kommission wie auch der deutsche Gesetzgeber zwischen den Zielen der Binnenmarktförderung, der Verbraucherzufriedenheit und der Rechtsdurchsetzung oszillieren und sich schwer tun, eine stringente Leitlinie der aktuellen Regulierungsmaßnahmen zu definieren.<sup>48</sup>

Die insofern maßstabsoffene Rahmenregelung des Gesetzgebers findet ihre Entsprechung in der Verfahrenspraxis der bereits bestehenden Schlichtungsstellen. Dabei ist bemerkenswert, dass sich die Schlichtungsstellen gleichsam von der anderen Seite dem Verfahrensziel einer ungefähren Rechtsdurchsetzung angenähert haben: Ging es beim Aufkommen der ersten Ombudsinstitutionen vor einigen Jahrzehnten noch im Wesentlichen um Kulanz gegenüber Verbrauchern,<sup>49</sup> rückte die Rechtsorientierung des Verfahrensergebnisses erst in jüngerer Zeit in den Vordergrund. Sie bleibt freilich ebenso vage wie der regulatorische Rahmen: Während sich einige Schlichter ausweislich ihrer Verfahrensordnungen strikt dem materiellen Recht verpflichten,<sup>50</sup> behalten sie sich teilweise ein eigenes Ermessen vor<sup>51</sup> oder erweitern ihren Entscheidungsspielraum durch Heranziehung eines Billigkeitsmaßstabs.<sup>52</sup> Beunruhigend kommt hinzu, dass selbst dort, wo die Verfahrensordnung ausdrücklich eine Bindung an das materielle Recht vorsieht, diese Vorgabe bisweilen durch öffentliche Äußerungen wieder in Zweifel gezogen wird.<sup>53</sup>

<sup>46</sup> Hervorhebung hinzugefügt. Ähnlich unklar las sich bereits § 17 Abs. 1 RefE VSBG, wonach der Schlichterspruch das geltende Recht „berücksichtigen“ sollte.

<sup>47</sup> Zur ähnlichen Sprachfassung des Referentenentwurfs *Gsell*, ZZP (128) 2015, 189, 206 f.

<sup>48</sup> So spricht Erwägungsgrund 4 ADR-RL vom „Zugang zur Beilegung von ... Streitigkeiten“ und vom „Vertrauen in den Markt“, während Erwägungsgrund 8 und ähnlich auch Erwägungsgrund 10 ADR-RL von einem „System des Rechtsschutzes“ spricht; parallel dazu nennt die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/5089, S. 38, die außergerichtliche Streitbeilegung eine „wichtige zusätzliche Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung“, betont aber im unmittelbaren Kontext auch die große Bedeutung der „Zufriedenheit des Kunden“ und der „Fortsetzung der Geschäftsbeziehung“. Siehe hierzu auch *Engel*, NJW 2015, 1633, 1635.

<sup>49</sup> *von Hippel*, Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen, 2000, S. 193 ff. spricht von drei Funktionen: Verbraucherschutz, Entlastung der Gerichte sowie Imagepflege von Unternehmen.

<sup>50</sup> So etwa § 9 VomVO, § 7 Abs. 2 Statut des Ombudsmanns PKV.

<sup>51</sup> § 8 S. 2 VerfO Schlichtungsstelle Energie e.V.

<sup>52</sup> So etwa § 4 Abs. 4 S. 4 der Verfahrensordnung (2015) des Ombudsmanns der privaten Banken sowie § 13 Abs. 1 S. 2 der VerfO 7.0 der österreichischen Schlichtung für Verbrauchergeschäfte. In ähnlicher Weise spricht *Hodges*, in: *Zekoll/Bälz/Amelung* (Hrsg.), *Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution*, 2014, S. 336, 357 f., von *Fairness* als dem zentralen Ergebnismaßstab der Schlichtung, der als solcher dem materiellen Recht überlegen sei.

<sup>53</sup> So äußert etwa *Hirsch*, in: *FS Lorenz*, 2014, S. 159, 170, für den Versicherungsombudsmann, „Grundlage von Entscheidungen und Empfehlungen [sei] ausschließlich Recht und Gesetz“, bemerkt dann aber lapidar, Vergleichsvorschläge orientierten sich zudem an den Interessen des Verbrauchers. Da freilich Schlichter anders als Schiedsrichter (auch bei einer

Wo allerdings geltendes Recht mit Billigkeit verschwimmt, bleibt von der Kontur des Rechts wenig übrig.<sup>54</sup> *Gerhard Wagner* hat die Schlichtung deswegen einmal als *rough justice* und als *law enforcement light* bezeichnet.<sup>55</sup> Die Schlichtung trägt Züge einer Chimäre, die man wechselnd als Rechtsdurchsetzungsverfahren oder als Imagepflegeinstrument betrachtet – ganz abhängig davon, an wen man sich gerade wendet. Der Schlichter allein weiß, welche Rolle das Recht bei seinem Einigungsvorschlag gespielt hat und wie ein aus seiner Sicht vollständig rechtstreuer Schlichterspruch ausgesehen hätte. Wenn nur noch das vom Schlichter individuell als billig empfundene Recht walidet, erscheint es verfehlt, von einem neuen oder alternativen Zugang zum Recht<sup>56</sup> oder von einer anderen Form der Rechtsgewinnung<sup>57</sup> zu sprechen. Das gilt umso mehr, als ein Schlichter selbst bei maximaler Qualifikation damit überfordert sein dürfte, in seinem Einigungsvorschlag das Ergebnis eines Gerichtsverfahrens zu imitieren, das nicht stattgefunden und dem er insofern auch nicht beigezogen hat.<sup>58</sup> Ohnehin indiziert die von Seite der beteiligten Unternehmen hochgehaltene Vertraulichkeit des Verfahrens, dass es ihnen gerade nicht darum geht, sich umfassend – und damit auch in anderen gleich gelagerten Fällen – an das materielle Recht zu halten. Die insofern zu befürchtende Verkürzung der Verbraucherrechte im Schlichtungsverfahren erhöht natürlich die Wahrscheinlichkeit einer Einigung, weil der betroffene Verbraucher im Zweifel nicht weiß,

---

Selbstverpflichtung der Unternehmensseite nach § 10 Abs. 3 S. 2 VomVO) nichts *entscheiden*, sondern immer nur Vorschläge äußern können, verstieße danach der Versicherungsombudsmann gegen § 9 seiner eigenen Verfahrensordnung, wenn er nämlich jenseits der materiellen Rechtslage offenbar doch auch die (vermuteten) Interessen des Verbrauchers zur Grundlage seines Schlichterspruchs macht. In ähnlicher Weise äußert *Angelika Lange*, Ombudsfrau beim Bankenverband, sie „prüfe strikt die Rechtslage“, betont aber gleichzeitig, sie „sehe nur da, wo sich etwas nicht aufklären lässt oder wo *ersichtlich* dem Kunden Unrecht getan worden ist, ... Spielräume“ (Hervorhebung im Original als Betonung) und sie suche nach der Mitte zwischen den Positionen der Beteiligten; <https://youtu.be/zyCCFh6Gfgg>.

<sup>54</sup> Wesentlich sorgloser *Tonner*, in: FS Reich, 1997, S. 861, 875, dem zufolge es ausreichen soll, wenn sich Verfahrensergebnisse „an den Maßstäben des Rechts *orientieren*“ (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>55</sup> *Wagner*, ZKM 2013, 104, 105; *Wagner*, 51 C. M. L. Rev. 2014, 165, 173, 177; in ähnlicher Weise spricht *Stürmer*, ZZP (127) 2014, 271, 331, von einer Realisierung zwingenden Verbraucherrechts „bestenfalls mit einem gewissen Näherungswert“. Ähnlich *Engel*, NJW 2015, 1633 („mehr Zugang zu weniger Recht“). Inwieweit die niedrigere Zugangshürde tatsächlich zu einer insgesamt höheren Summe durchgesetzter Forderungen führen kann, untersucht *Wagner*, in: Zekoll/Bälz/Amelung (Hrsg.), Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution, 2014, S. 369, 393 f., anhand einer Modellrechnung. Derweil warnt *Hensler*, in: Zekoll/Bälz/Amelung (Hrsg.), Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution, 2014, S. 45, 66 f., *rough justice* könne zu einer Geringschätzung staatlicher Gerichte führen.

<sup>56</sup> *Hirsch*, NJW 2013, 2088; *Hirsch*, in: FS Lorenz, 2014, S. 159, 161 ff.; *Hirsch*, VuR 2014, 204.

<sup>57</sup> *Jaeger*, AnwBl 2015, 573, 575.

<sup>58</sup> Schon früh gesehen von *Wagner*, Harmonization of European Civil Procedure – Policy Perspectives, 2011, S. 23.



auf welche Rechte er mit seiner Zustimmung verzichtet. Schlichtungsstellen sollten sich daher klar entscheiden, welchem Ergebnismaßstab sie folgen. Wenn ein Schlichtungsverfahren der Rechtsdurchsetzung dienen soll,<sup>59</sup> müssen Recht und Gesetz auch alleiniger tatsächlicher Entscheidungsmaßstab sein.

## 2. Ergebnisform

Die Entscheidung einer Schlichtungsstelle ist grundsätzlich ein bloßer Vorschlag, dem zu folgen den Parteien freisteht. Das Verfahrensmodell einiger Verbraucherschlichter sieht allerdings vor, dass der Schlichterspruch für die beteiligten Unternehmen – womöglich gedeckelt bis zu einem bestimmten Streitwert – einseitig verbindlich ist.<sup>60</sup> Diese Gestaltung versucht der asymmetrischen Verhandlungsmacht beider Seiten Rechnung zu tragen: Das konflikt-erfahrene Unternehmen lässt sich darauf ein, nachteilige Schlichtersprüche bis zu einem gewissen Wert gegen sich ergehen zu lassen, und dem verhandlungsschwachen Verbraucher wird das Verfahren dadurch schmackhaft gemacht, dass er darin nur gewinnen und bei einer für ihn nachteilhaften Entscheidung immer noch die Gerichte bemühen kann. Diese einseitige Bindung der Unternehmen erreicht man durch eine Selbstverpflichtung des Unternehmens gegenüber der Schlichtungsstelle, die im Zuge des Beitritts zum Trägerverein erklärt wird.<sup>61</sup>

Mithin ist die Entscheidungsform in Verbraucherschlichtungsverfahren insbesondere bei einseitiger Bindung der beteiligten Unternehmen durchaus verbraucherfreundlich. Für Unternehmer erscheint die einseitige Bindung ihrerseits durchaus tragbar, denn solange sie nicht zur Teilnahme am Schlichtungssystem verpflichtet sind,<sup>62</sup> werden sie der Bindung nur zustimmen, wenn dies für sie über die Masse der Fälle hin insgesamt vorteilhaft ist. Dieser Vorteil kann durchaus abseits eines unmittelbaren materiellen Nutzens in einer besseren Kundenbindung liegen und muss damit nicht zwingend zum Nachteil des Verbrauchers gehen. Dennoch wird bisweilen die Sorge vor einem „basarartigen Verhandlungsprozess“<sup>63</sup> geäußert, der auch bei klarer Rechtslage ungefähr in

<sup>59</sup> Dagegen mit guten Gründen *Niewisch-Lennartz*, ZKM 2015, 136, 139 f. Siehe auch noch unten Kapitel 6 A.

<sup>60</sup> Gemäß § 10 Abs. 3 S. 2 der VomVO des Versicherungsombudsmanns ist dessen Schlichterspruch bei Beschwerden im Wert von maximal 10.000 € für den Unternehmer verbindlich.

<sup>61</sup> So etwa in § 5 Abs. 2 der Satzung des Vereins Versicherungsombudsmann e.V. Zur rechtlichen Qualifikation der Selbstbindung der Unternehmenseite *von Hippel*, *Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen*, 2000, §§ 6–11 (bedingtes Schuldanerkenntnis); überzeugender *Kocher*, *Funktionen der Rechtsprechung*, 2007, S. 462 (materiell-rechtlicher Verzicht) m.w.N. dort in Fn. 870 f.

<sup>62</sup> Schlichtungsverfahren mit einseitiger Bindung des Unternehmens an den Schlichterspruch haben sich nicht dort etabliert, wo Unternehmen – wie etwa im Fall des § 111b Abs. 1 S. 2 EnWG – zur Teilnahme an der Schlichtung verpflichtet sind.

<sup>63</sup> *Wolf*, NJW 2015, 1656, 1661.

die Mitte der beanspruchten Parteipositionen zielt<sup>64</sup> und in dem der Vergleich insofern nicht Spiegelbild tatsächlicher oder rechtlicher Unsicherheit ist, sondern selbst zum Verfahrenszweck wird.<sup>65</sup>

Inwieweit diese Befürchtungen die Praxis zutreffend abbilden, ist bisher empirisch kaum erforscht,<sup>66</sup> die Analyse der Verhaltensanreize und die zugänglichen fragmentarischen Praxiseinblicke nähren allerdings den Verdacht, dass Schlichtungsvergleiche im Kleide der freiwilligen Zustimmung des Verbrauchers dessen Rechte nicht unbedingt, aber doch regelmäßig verkürzen.<sup>67</sup> Auch hier sind es wieder die Äußerungen hoher Funktionsträger der Schlichtungsstellen, die Zweifel daran wecken, dass die Bindung an Recht und Gesetz von den Schlichtern tatsächlich eingehalten wird. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Leiter einer Einrichtung, die sich durch ihre Verfahrensordnung zu rechtsorientierten Entscheidungen verpflichtet hat,<sup>68</sup> zu Protokoll gibt, es gehe bei der außergerichtlichen Streitbeilegung nicht um einen Kampf ums Recht, sondern „primär um die Suche nach einer gütlichen Einigung“.<sup>69</sup> Zwar ist eine außergerichtliche oder vor Gericht erzielte Einigung häufig eine vorzugswürdige Konfliktlösung im Interesse aller Beteiligten, die gemäß § 278 ZPO durchaus auch einen Zivilprozess beschließen kann. Gleichzeitig konfligiert es mit der Rechts-

---

<sup>64</sup> So äußerte etwa ein ehemaliger BGH-Richter als Schlichter in einem Fall aus der anwaltlichen Praxis des Verfassers, der Unternehmer müsse damit leben, dass Fälle der vorliegenden Art von der ständigen Rechtsprechung zu seinem Nachteil entschieden würden. Anstatt dann aber dem Verbraucher den vollen geltend gemachten Anspruch zuzuerkennen, schlug der Schlichter einen Vergleich mit Zahlung ungefähr der Hälfte der geforderten Summe vor. Weiter formulierte er im Interesse des Unternehmers eine mit Vertragsstrafe bewehrte Vertraulichkeitsabrede und kürzte den Ersatz der außergerichtlichen Anwaltskosten des Verbrauchers zu dessen Nachteil um gut die Hälfte – unter Verkennung des Umstands, dass der Anfall von Einigungsgebühren nach dem RVG nicht durch die Verfahrensordnung einer Schlichtungsstelle unterbunden werden kann.

<sup>65</sup> Siehe die Verfahrenszielbeschreibung von *Gemm*, 24 *Yale J. Law & Human.* 2012, 397, 411, die für eine echte, interessenorientierte Mediation zwar nicht durchweg gelten dürfte, auf die Verbraucherschlichtung aber umso besser passt: „The outcome of mediation, therefore, is not about *just* settlement[,], it is *just about* settlement.“

<sup>66</sup> *Kritzer*, 1 *J. Empir. Leg. Studies* 2004, 735, 747, 752, sieht für England empirische Indizien für einen Zusammenhang zwischen der Förderung außergerichtlicher Streitbeilegung und dem Rückgang zivilgerichtlicher Fallzahlen; vgl. auch *Weber*, 38 *J. Consum. Policy* 2015, 265, 271. An statistisch belastbaren Feststellungen fehlt es allerdings; so zu Recht *Hirsch*, in: *FS Lorenz*, 2014, S. 159, 162 f.; *Jaeger*, *AnwBl* 2015, 573, 575, 576 Fn. 5. Bemerkenswert ist dabei freilich, dass gerade die lückenhaften Statistiken vieler Schlichtungsstellen (dazu noch unten Kapitel 5 B. IV.) eine empirische Analyse der gegenwärtigen Schlichtungspraxis behindert.

<sup>67</sup> *Eidenmüller/Engel*, 29 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 2014, 261, 278 ff.; *Eidenmüller/Engel*, *ZIP* 2013, 1704, 1707; *Engel*, *NJW* 2015, 1633, 1635 f. Diese Indizien lassen sich entgegen *Jaeger*, *AnwBl* 2015, 573, 575, in ihrer vehementen Kritik gegen die Kritik der gegenwärtigen Schlichtungspraxis nicht mit Behauptungen entkräften.

<sup>68</sup> § 9 VomVO des Versicherungsombudsmanns.

<sup>69</sup> So *Hirsch* in *Hirsch/Gerhardt*, *ZRP* 2014, 152, 153.

orientierung eines Verfahrens, wenn die Verfahrensleitung vorrangig damit beschäftigt ist, die Parteien zu einem Vergleich zu motivieren. Mit anderen Worten: Es besteht Anlass zur Sorge, dass Schlichter für ihre Vorschläge zwar die materielle Rechtslage berücksichtigen, aber mindestens gelegentlich, wenn nicht systematisch, auch bei klarer Rechtslage eine Kompromisslösung insinuiert. Ein Verbraucher mag dann denken, mehr als dieser Kompromiss sei für ihn rechtlich nicht möglich, tatsächlich aber würde er von seinem Anspruch allein deswegen Abstriche machen, weil *der Schlichter* befürchtet, ein der Beschwerde voll stattgebender Schlichterspruch werde von Unternehmensseite nicht akzeptiert.<sup>70</sup> Diese latente oder sogar akute Vergleichsneigung erscheint insbesondere dort problematisch, wo Verbraucher durch die Zustimmung zum Vergleichsvorschlag des Schlichters nach § 779 BGB auf zwingende materielle Verbraucherrechte verzichten, denn ein Vergleich über zwingendes Verbraucherrecht ist zwar in engen rechtlichen Grenzen möglich,<sup>71</sup> häufig wird der Fall aber in einem Graubereich liegen, so dass sich der für die Darlegung der Unwirksamkeit des Vergleichs beweisbelastete<sup>72</sup> Verbraucher in einem Folgeprozess faktisch nicht mehr von der Vereinbarung lösen können.

### 3. Vollstreckbarkeit

Aus Art. 7 Abs. 1 lit. o) der ADR-RL ergibt sich, dass das Ergebnis eines Verbraucherstreitbeilegungsverfahrens nach Auffassung der Europäischen Union nicht unbedingt vollstreckbar sein muss.<sup>73</sup> Im deutschen Recht liegt allerdings eine Vollstreckbarkeit der vor Schlichtungsstellen geschlossenen Vergleiche nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nahe.<sup>74</sup> Danach können Vergleiche zur Grundlage der Zwangsvollstreckung werden, wenn sie vor einer durch die jeweilige Landesjustizverwaltung anerkannten Gütestelle geschlossen wurden.

Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz sieht in § 24 die Anerkennung privater Schlichtungsstellen durch eine Behörde vor. § 27 Abs. 1 RegE VSBG wollte die Aufgabe der Anerkennung sodann in die Hände von durch die jeweilige Landesregierung durch Rechtsverordnung bestimmten Landesbehörden legen.

<sup>70</sup> Bei einseitiger Bindung der Unternehmensseite besteht tatsächlich kein Anlass zu dieser Befürchtung, auch hier könnte zumindest ein unternehmensfinanzierter Schlichter allerdings auch bei klarer Rechtslage einem Kompromiss allein deswegen zuneigen, um sich die Gunst des betroffenen Unternehmens zu erhalten.

<sup>71</sup> Ein Vergleich über zwingende materielle Rechte ist jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen denkbar; ausführlich dazu oben Kap. 3 Fn. 26.

<sup>72</sup> BGH v. 8. November 2002, V ZR 398/01, NJW 2003, 510; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 2016, § 313 Rn. 43; *Finkenauer*, in: MünchKomm-BGB, 2016, § 313 Rn. 135.

<sup>73</sup> Ähnlich früher *Micklitz*, DRiZ 1983, 119, 127.

<sup>74</sup> *Prütting*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Alternative Streitschlichtung*, 2015, S. 157, 166 f.; *Kotzur*, VuR 2015, 243, 251; *Stürner*, in: Studiengesellschaft (Hrsg.), *Jahresband 2014, 2015*, S. 80; für eine explizite Regelung im Bereich der Verbraucherschlichtung votiert *Rühl*, ZZZP (127) 2014, 61, 92 f.

Hätten die Landesregierungen an dieser Stelle ihre Landesjustizverwaltungen mit der Anerkennung betraut, wären die vor anerkannten Schlichtungsstellen geschlossenen Vergleiche nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO vollstreckbar gewesen. Allerdings weist die Endfassung des § 27 Abs. 1 VSBG die Anerkennung der Schlichtungsstellen nunmehr dem Bundesamt für Justiz zu. Damit folgt eine Vollstreckbarkeit der Schlichtungsvergleiche zumindest vor einer denkbaren Anpassung der Zivilprozessordnung jedenfalls nicht aus § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.<sup>75</sup> Auch eine Anwendung des § 15a Abs. 6 EGZPO scheidet aus.

## II. Verfahrensleitung

Neben den Anforderungen an das Verfahrensergebnis ist aus der Perspektive der Rechtsdurchsetzung auch bedeutsam, wie die Leitungsinstanz eines Verbraucherschlichtungsverfahrens ausgestaltet ist.

### 1. Qualifikation

Die juristische Qualifikation von Schlichtern war wie die Verbraucherschlichtung als solche von einzelnen Bereichsausnahmen abgesehen bis zum Ergehen der ADR-Richtlinie unregelt. In der Schlichtungspraxis sind häufig Juristen, an vielen Stellen aber durchaus auch Angehörige anderer Professionen als Sachbearbeiter und als Schlichter tätig. Nichtjuristen werden dabei seltener als Einzelschlichter und häufiger in Zusammenarbeit mit Juristen tätig. Nicht selten erfolgt auch eine Vorprüfung der zur Schlichtung eingereichten Fälle durch Nichtjuristen; erst auf einer weiteren Stufe können dann Juristen damit befasst werden.<sup>76</sup>

Die ADR-Richtlinie bleibt hinsichtlich der für Verbraucherschlichtungen erforderlichen juristischen Qualifikationen bescheiden: Sie verlangt zwar in Art. 9 Abs. 2 lit. c), dass Schlichter die Verbraucher über die Rechtswirkungen informieren müssen, die sich aus deren Zustimmung oder Befolgung einer bestimmten Lösung ergeben. Dennoch verlangt sie den Schlichtern in Art. 6 Abs. 1 S. 2 lit. a) nicht mehr als „ein allgemeines Rechtsverständnis“ ab. Kaum klarer verlangt Erwägungsgrund 36, dass die Leiter eines Streitbeilegungsverfahrens die rechtlichen Folgen der Streitigkeit verstehen sollten, aber nicht unbedingt Ju-

---

<sup>75</sup> Insofern erübrigt sich vorläufig die Frage danach, wie die Schlichtungsstellen einen vollstreckungsfähigen Inhalt des Vergleichs sicherstellen; dazu etwa Greger, NJW 2011, 1478, 1481. Zu weiter gehenden Anforderungen an die juristische Qualifikation der Schlichter siehe unten Kapitel 5 II. 1.

<sup>76</sup> Ein Beispiel für die Zusammenarbeit von Nichtjuristen und Juristen ist der Versicherungsombudsmann, der neben 20 Volljuristen auch 14 Versicherungskaufleute beschäftigt; Hirsch, in: FS Lorenz, 2014, S. 159, 167.

risten sein müssten.<sup>77</sup> Geht man nach dem Telos des EU-Gesetzgebers, wird man dies so verstehen müssen, dass der Schlichter ein Mindestmaß an Rechtsempfinden besitzen soll. Diese Voraussetzung wiederum dürfte vermutlich jeder erfüllen, der sich überhaupt für die Tätigkeit eines Schlichters interessiert. Dieser Ansatz erscheint freilich widersprüchlich. Denn die rechtlichen Folgen unterschiedlicher Konfliktlösungen wird nur derjenige erfassen können, der in den berührten Rechtsgebieten bewandert ist.<sup>78</sup> Das materielle Verbraucherrecht ist auch nicht eine triviale Materie, die sich in einem Schnellkurs studieren ließe.<sup>79</sup> Eine abgeschlossene Juristenausbildung und idealerweise noch darüber hinaus eine gewisse praktische Erfahrung erscheinen insofern für die Ausübung einer rechtsdurchsetzenden Schlichtungstätigkeit unabdingbar.<sup>80</sup>

Wenn man einen rechtstreuen Schlichterspruch anstrebt, sollten diese Qualifikationsvoraussetzungen von jedem Mitarbeiter einer Schlichtungsstelle erfüllt werden, der inhaltlich fallbefasst ist.<sup>81</sup> Das Postulat erfasst damit insbesondere auch Sachbearbeiter, die zwar die ergehenden Schlichtersprüche nicht nach außen zeichnen, die aber Argumente wägen und Sachverhalte bewerten und insofern mehr als nur mechanische Vorprüfungsaufgaben erfüllen.<sup>82</sup> Dieser Aspekt ist nicht zu unterschätzen: Gerade die größeren Schlichtungsstellen sind häufig so organisiert, dass eine prominente Person als Gesicht der Schlichtungsstelle auftritt und die Letztverantwortung für die ergehenden Schlichtungssprüche übernimmt, deren Erarbeitung aber einem Mitarbeiterstab anvertraut ist. Der Repräsentant der Stelle zeichnet zwar jeden Schlichterspruch,

<sup>77</sup> Hess/Pelzer, in: Gelinsky (Hrsg.), *Schlichten statt Richten?*, 2015, S. 35, 39, fragen prägnant: „Reicht ein Nebenfachstudium „Wirtschaftsrecht“ aus? Vielleicht ein Lehrgang in „Mediation“? Ist überhaupt ein Studium erforderlich – vielleicht genügt bereits eine Ausbildung als Rechtsanwaltsgehilfe oder die frühere Tätigkeit als Gerichtsvollzieher?“

<sup>78</sup> Wagner, ZKM 2013, 104, 105; Wagner, 51 C. M. L. Rev. 2014, 165, 175 ff.; Wolf, NJW 2015, 1656, 1660.

<sup>79</sup> Gsell, ZZZP (128) 2015, 189, 194. Deutlich zurückhaltender Rühl, ZZZP (127) 2014, 61, 86 f., die für die Leiter von Schlichtungsverfahren keine Vorgaben machen und selbst für Schiedsrichter in Verbraucherverfahren nur „systematische Rechtskenntnisse von einer gewissen Tiefe, wie sie nur durch die Teilnahme an einer strukturierten auf den systematischen Wissenserwerb zugeschnittenen Ausbildung oder Schulung erworben werden können“, fordert.

<sup>80</sup> Viele Stimmen votieren hier dafür, jedenfalls bei rechtsorientierten Schlichtungsverfahren nur Volljuristen als Schlichter zuzulassen; so etwa Eidenmüller/Engel, ZIP 2013, 1704, 1709; Hess, JZ 2015, 548, 553; Gsell, ZZZP (128) 2015, 189, 199 ff., 209 f. Wenn Tonner, ZKM 2015, 132, 134, die Forderung einer volljuristischen Qualifikation der Schlichter mit dem Prinzip der Waffengleichheit begründet, erscheint dies freilich zweifelhaft, denn wäre der Schlichter ein Waffenträger des Verbrauchers, wären die Waffen zu Lasten des Unternehmers nicht mehr gleich verteilt.

<sup>81</sup> Anderer Auffassung ist Hess, JZ 2015, 548, 553, dem zufolge es ausreicht, wenn ein Volljurist die Letztverantwortung für einen Schlichterspruch übernimmt.

<sup>82</sup> Schon vor vielen Jahren äußerte Micklitz, DRiZ 1983, 119, 127, ein Verbraucher erwarte bei einer Schlichtung eigentlich nicht, „daß ein Sachbearbeiter sich seines Falles annimmt, der keiner Kontrolle zugänglich ist“.

befasst sich damit aber allenfalls vertieft, wenn er speziell auf ein Spezifikum eines Falles aufmerksam gemacht wird. Besondere juristische Qualifikationen des Kopfes einer Schlichtungsstelle nützen der Rechtsdurchsetzung freilich wenig, wenn diese Expertise im konkreten Fall nicht zur Anwendung kommt.

Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz berücksichtigt diese Aspekte nur unzureichend. § 6 Abs. 2 VSBG verlangt denkbar unkonkret, der Streitmittler müsse über die „erforderlichen“ Rechtskenntnisse verfügen. Gegenüber der Formulierung in § 5 Abs. 2 RefE VSBG, der von „allgemeinen“ Rechtskenntnissen sprach, ist damit kein Erkenntnisgewinn verbunden. Hinzu kommt, dass diese Kenntnisse in unzureichender Umsetzung von Art. 6 der ADR-RL<sup>83</sup> gerade nur dem Streitmittler, dem Kopf der Schlichtungsstelle, abverlangt werden. Sind danach Nichtjuristen als faktisch fallentscheidende Sachbearbeiter in Verbraucherschlichtungsstellen zugelassen, so steht zu erwarten, dass die Schlichtersprüche allenfalls dann etwas mit dem materiellen Verbraucherrecht zu tun haben, wenn sich Schlichtungsstellen jenseits der gesetzlichen Vorgaben freiwillig dazu entschließen, juristisch qualifizierte Personen mit der Fallbearbeitung zu betrauen. Allem Anschein nach verfügen Schlichtungsstellen zwar in vielerlei Hinsicht über bessere Branchenkenntnisse als etwa die staatliche Justiz, eine Qualifikation für die Rechtsanwendung ist darin aber kaum zu sehen.<sup>84</sup>

## 2. Unabhängigkeit

Ein zweites Kriterium, das die Entscheidungsinstanz eines Verbraucherschlichtungsverfahrens betrifft, ist deren Unabhängigkeit. Unabhängig ist ein Schlichter, der frei ist von äußeren Anreizen, die ihn zu einem Schlichterspruch eines bestimmten Inhalts verleiten können.

Das Paradebeispiel für fehlende Unabhängigkeit einer Entscheidungsinstanz ist deren Beschäftigung bei oder einseitige Finanzierung durch eine der Konfliktparteien.<sup>85</sup> Bei den gegenwärtig in Deutschland existierenden Schlichtungsstellen sind sehr unterschiedliche Träger- und Finanzierungsmodelle anzutreffen. In aller Regel aber tritt die Unternehmerseite direkt oder indirekt als alleiniger Finanzier des Verfahrens auf. Zweifelsohne ist es für einen beschwer-

---

<sup>83</sup> Die ADR-RL spricht insoweit von mit alternativer Streitbeilegung *betrauten* natürlichen Personen; in anderen Sprachfassungen ist ganz ähnlich von *natural persons in charge of ADR* und von *personnes physiques chargées du REL* die Rede. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift ist diese Wendung so zu verstehen, dass sie all diejenigen Mitarbeiter einer Schlichtungsstelle umfasst, die auf den Schlichterspruch *inhaltlich Einfluss nehmen*.

<sup>84</sup> *Kotzur*, VuR 2015, 243, 246, weist darauf hin, dass Branchenerfahrung *und* juristische Kompetenz entscheidend dafür sind, inwieweit Verbraucher auf Schlichtungsstellen vertrauen.

<sup>85</sup> *Wagner*, 51 C. M. L. Rev. 2014, 165, 174 f., 178 f., mit deutlicher Kritik daran, dass die ADR-RL (im Unterschied zu § 7 Abs. 2 S. 1 VSBG) sogar Unternehmensmitarbeiter als Schlichter zulässt.

deführenden Verbraucher attraktiv, die Kosten eines Verfahrens unabhängig von dessen Ausgang nicht tragen zu müssen. Es bleibt allerdings die Frage, ob eine einseitige Finanzierung nicht geradezu zwangsläufig zu einer Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Schlichter führt.<sup>86</sup>

In der Schlichtungspraxis versucht man Gefährdungen der Unabhängigkeit häufig dadurch zu begegnen, dass die Schlichtungseinrichtung losgelöst vom einzelnen Unternehmen als rechtlich unselbständige Einrichtung eines Branchenverbands fungiert<sup>87</sup> oder aber in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins operiert, dessen Mitglieder die teilnehmenden Unternehmen sind.<sup>88</sup> Die Statuten dieser Einrichtungen sehen zudem regelmäßig vor, dass die Schlichter mit einer bestimmten Amtsdauer fungieren, dass sie über einen eigenen Haushalt verfügen und dass sie in ihrem Amt keinerlei Weisungen unterworfen sind.<sup>89</sup> Ähnlich lauten auch die Vorgaben des Art. 6 der ADR-Richtlinie sowie des § 7 VSBG. § 7 Abs. 2 S. 2 VSBG sieht weiterhin vor, dass die Vergütung eines Streitmittlers nicht im Zusammenhang mit dem Ergebnis von Streitbelegungsverfahren stehen darf. Schließlich werden die Schlichter in § 7 Abs. 3 VSBG auch verpflichtet, von sich aus jegliche Umstände, die ihre Unabhängigkeit beeinträchtigen könnten, dem Träger der Schlichtungsstelle und den Parteien anzuzeigen.

Diese Vorkehrungen zielen tatsächlich auf wichtige Anreizmechanismen, die der Unabhängigkeit einer Schlichtungsstelle entgegenwirken können. Die faktische Unabhängigkeit eines Schlichters steht und fällt allerdings letztlich mit der Frage, ob Schlichter und Schlichtungsstelle in ihrer Funktion unabhängig davon, wie die Schlichtersprüche ausfallen, finanziell unverändert fortbestehen. Wo es einen gesetzlichen Schlichtungszwang und ein Schlichtungsmonopol bei einer Schlichtungsstelle gibt, wird man davon bei Beachtung der vorgenannten Vorgaben ausgehen können. Gibt es allerdings ein freiwilliges Schlichtungsverfahren und/oder einen Wettbewerb unter den Schlichtungsstellen – wie dies durch das Anerkennungsmodell von §§ 22 ff. RefE VSBG vorgesehen war – hängt die Entscheidungsfreiheit eines Schlichters nicht nur von der Weisungsfreiheit, einer bestimmten Amtsdauer und seiner unmittelbaren Finanzierung, sondern nach den Gesetzen des Marktes auch von der Nachfrage ab. Die Nachfrage wiederum wird sich nicht unbedingt nach der verbraucherrechtsorientierten Qualität einer Entscheidung, sondern auch danach richten,

---

<sup>86</sup> *Rühl*, ZZZ (127) 2014, 61, 87; *Stürmer*, ZZZ (127) 2014, 271, 319 f.; *Weber*, 38 J. Consum. Policy 2015, 265, 273 m.w.N.; *Limperg*, BRAK-Mitt. 2015, 225, 226.

<sup>87</sup> So etwa beim Ombudsmann der privaten Banken, der beim Bundesverband deutscher Banken e.V. angesiedelt ist, und beim Ombudsmann PKV, der als unselbständige Stelle beim Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. eingerichtet ist.

<sup>88</sup> So sind etwa der Versicherungsombudsmann wie auch die Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr als eingetragene Vereine organisiert.

<sup>89</sup> Ähnlich *Weber*, 38 J. Consum. Policy 2015, 265, 273 f.

wie unternehmerfreundlich die Schlichtersprüche einer Einrichtung sind.<sup>90</sup> Unter diesem indirekten Marktfinanzierungsmechanismus leidet die Unabhängigkeit von Schlichter und Schlichtungsstelle.<sup>91</sup>

Vor diesem Hintergrund mag man es begrüßen, dass § 3 S. 1 VSBG im Unterschied zum vorangegangenen Referentenentwurf verlangt, dass Verbraucherschlichtungsstellen von einem eingetragenen Verein getragen werden. Der Gesetzgeber strebt damit Schlichtungsmonopole innerhalb einzelner Branchen an.<sup>92</sup> Das freilich löst das Unabhängigkeitsproblem nur dort, wo es – wie etwa in § 111b Abs. 1 S. 2 EnWG – einen gesetzlichen Schlichtungszwang für Unternehmer gibt.<sup>93</sup> Ohne einen solchen Schlichtungszwang müssen Schlichtungsstellen um die Gunst der freiwillig teilnehmenden Unternehmer werben und werden im Zweifel versucht sein, sich diese Gunst durch wohlwollende Entscheidungen zu verdienen. Ein separater Haushalt der Schlichtungsstelle kann dieses Problem abmildern, aber nicht eliminieren, weil auch ein Haushalt vom Financier gekürzt oder gestrichen werden kann.<sup>94</sup> Aus demselben Grunde beseitigt auch die einseitige Bindung des Unternehmers den Fehlanreiz nicht.<sup>95</sup> Die Unabhängigkeit erweist sich für die Schlichtung letztlich als Prokrustesbett: Das Verfahren lebt von der einseitigen, in der Regel nicht-staatlichen Finanzierung und kann sich auch durch geschickte Haushaltsarrangements kaum von dieser Fessel lösen.<sup>96</sup> Was in Art. 6 ADR-RL und § 7 VSBG als Unabhängigkeit bezeichnet ist, verdient diesen Namen also jedenfalls nicht uneingeschränkt.<sup>97</sup>

<sup>90</sup> *Stürmer*, ZZP (127) 2014, 271, 320.

<sup>91</sup> *Stadler*, ZZP (128) 2015, 165, 169, spricht allgemein von einer „gewisse[n] Abhängigkeit“ der Schlichtungsstellen von finanzierenden Unternehmen.

<sup>92</sup> Bei einem Monopol fragt sich freilich, ob dieses idealerweise von einem privaten oder einem staatlichen Akteur bespielt werden sollte. Handelt es sich bei der betroffenen Sachmaterie um Angelegenheiten eines ohnehin zentral pflichtverkommerten Berufsstandes, so spricht viel für die Ansiedlung einer Schlichtungsstelle bei dieser Einrichtung. Andernfalls aber müsste das Monopol streng genommen für überschaubare Zeiträume vergaberechtlich ausgeschrieben oder aber verstaatlicht werden.

<sup>93</sup> Vgl. *Eidenmüller/Engel*, ZZP (128) 2015, 149, 155 f. Für eine generelle Teilnahmepflicht der Unternehmen votiert *Tonner*, ZKM 2015, 132, 135.

<sup>94</sup> Ähnlich *Wagner*, 51 C. M. L. Rev. 2014, 165, 174.

<sup>95</sup> *Stürmer*, ZZP (127) 2014, 271, 320. Anderer Auffassung ist *Tonner*, in: FS Reich, 1997, S. 861, 874.

<sup>96</sup> So in Bezug auf den Ombudsmann der öffentlichen Banken *Schmitt*, VuR 2015, 134, 138 f.

<sup>97</sup> Dass die Unabhängigkeit von Schlichtungsstellen womöglich eine Unabhängigkeit zweiter Klasse ist, sah 1998 auch schon die Kommission in ihrer Empfehlung 98/257/EG: „Die Unabhängigkeit der Einrichtung muß sichergestellt werden, ohne daß hierfür dieselben strengen Garantien gegeben werden müssen wie für die Gewährleistung der Unabhängigkeit der Richter innerhalb des Rechtssystems.“ – Neuerdings spricht *Stürmer* auch mit Blick auf die Unabhängigkeit des Schlichters davon, dass derlei Prinzipien „teilweise mit reichlich leichtgeschürzter Weisheit missachtet oder bis zur Unkenntlichkeit minimiert“ werden; *Stürmer*, ZZP (127) 2014, 271, 319. Auch *Stadler*, ZZP (128) 2015, 165, 186, sieht mit Blick auf die Anlehnung an die Unabhängigkeit des Richters die Gefahr eines Etikettenschwindels.



### 3. Neutralität

Ein weiterer Bewertungsmaßstab, der die Leitungsinstanz eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens betrifft, ist deren Neutralität. Neutral ist ein Schlichter, wenn er dem Ergebnis des Streitbeilegungsverfahrens intrinsisch gleichgültig gegenübersteht. Neutralität ist nicht gleichbedeutend mit Unabhängigkeit, allerdings kann sich fehlende Neutralität häufig aus einer aktuellen oder früheren Abhängigkeit des Streitmittlers ergeben. So kann jemand etwa durch frühere Beschäftigung in einem Unternehmen eine Identifikation entwickelt haben, die ihn rechtlichen Streitigkeiten mit diesem oder ähnlichen Unternehmen nicht mehr unvoreingenommen gegenüberreten lässt.

Freilich erscheint es kaum möglich, die Parteilichkeit eines Schlichters in jeglicher Hinsicht auszuschließen. Schließlich hat jeder Mensch in seinem Leben Berührungspunkte zu beruflichen und sozialen Kreisen, die seine individuelle Rechtsauffassung prägen und auf diese Weise mit determinieren, welcher Auffassung er im Konflikt zuneigt. Diese individuelle Prägung lässt sich nicht ganz ausschließen, sie wird aber insbesondere dort problematisch, wo sie systematisch auftritt, so dass der Betroffene grundsätzlich mit einem bestimmten Parteytyp sympathisiert. Für eine solche Voreingenommenheit ist gerade das rollengeprägte Verbraucherrecht in besonderer Weise anfällig. Das gilt speziell dort, wo ein Schlichter zuvor gerade derjenigen Branche auf Unternehmensseite angehört hat, deren Verbraucherkonflikte er dann schlichten soll.<sup>98</sup> Diese Überlegung spricht dafür, nur solche Personen als Verbraucherschlichter zuzulassen, die zuvor zumindest in dieser Branche weder für ein Unternehmen noch für eine Verbraucherorganisation gearbeitet haben.

Art. 6 Abs. 3 lit. c) ADR-RL und § 6 Abs. 3 VSBG widmen sich diesem Problem, indem sie eine dreijährige Karenzzeit zwischen dem Ende der Tätigkeit für ein Unternehmen oder einen Unternehmer- oder Verbraucherverband und der Aufnahme der Schlichtertätigkeit vorsehen. Diese Regelung erscheint zwar im Ansatz durchaus sachgerecht, greift aber im Ergebnis zu kurz, weil sie etwa zulässt, dass ein jahrzehntelanger Unternehmenslobbyist nach einer Stillhaltezeit von drei Jahren zum Schlichter mit dem Nimbus der Unabhängigkeit avanciert.<sup>99</sup> Hinzu kommt, dass Umstände wie diese, welche die Unparteilichkeit des Schlichters gefährden, gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 2 lit. d), 7 Abs. 1 lit. d) ADR-RL, § 7 Abs. 3 VSBG zunächst nur dem Träger der Schlichtungsstelle, nach Art. 6 Abs. 2 lit. c) ADR-RL, § 7 Abs. 4 S. 1 VSBG dann auch den Parteien,

---

Demgegenüber hält *Scherpe*, *RebelsZ* (64) 2000, 614, 628 ff. geringere Anforderungen an die Unabhängigkeit von Schlichtern für unbedenklich.

<sup>98</sup> Diese Gefahr besteht weniger bei großen Schlichtungsstellen unter der Leitung ehemaliger Richter, als vielmehr bei Schlichtungseinrichtungen, die bestimmten Branchenverbänden oder Kammern unmittelbar angegliedert sind; vgl. *Prütting*, *JZ* 1985, 261, 270.

<sup>99</sup> *Brömmelmeyer*, *WM* 2012, 337, 341; sorgloser *Stadler*, *ZZP* (128) 2015, 165, 174, die sogar die Dreijahresfrist für unangemessen lang hält.

nicht aber der interessierten Öffentlichkeit mitgeteilt werden müssen.<sup>100</sup> Von einer wirksamen Kontrolle wird man insofern nicht unbedingt ausgehen können.

Neben diesen Aspekten, welche die grundsätzliche Voreingenommenheit eines Schlichters betreffen, ist es auch denkbar, dass ein Schlichter nur in einem konkreten Einzelfall mit einer Partei sympathisiert. Für diese Situation gibt es im staatlichen Gerichtsverfahren die Regeln über die Ablehnung befangener Amtspersonen. Zwar bindet ein Schlichtungsverfahren die Verbraucher nicht in gleicher Weise wie eine gerichtliche Entscheidung, aufgrund der faktischen Bindungswirkung<sup>101</sup> wäre aber auch hier ein entsprechender Mechanismus zu begrüßen.<sup>102</sup> Die in § 7 Abs. 4 VSBG vorgesehene Verpflichtung des Streitmittlers zur Offenlegung von Umständen, die seine Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit beeinträchtigen könnten, hilft über das Problem kaum hinweg, denn sie hantiert mit dem laxen Begriffsverständnis des § 7 Abs. 1 VSBG und erfasst gerade nicht subtile Abhängigkeiten und versteckte Neutralitätsprobleme.<sup>103</sup> Die Möglichkeit zur Ablehnung eines Streitmittlers wegen Befangenheit wäre aber auch deswegen wichtig, weil das VSBG auf branchenspezifische Schlichtungsmonopole angelegt ist und das Ausweichen auf eine andere Schlichtungsstelle deswegen in der Regel nicht möglich sein wird. Zudem lässt sich fehlende Neutralität selten objektiv feststellen, und schon der Verdacht der Voreingenommenheit kann das Vertrauen der Parteien in das jeweilige Verfahren erheblich erschüttern. Wollte sich die Verbraucherschlichtung einer effektiven Rechtsdurchsetzung nähern, müsste sie die Vorkehrungen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Schlichter erheblich stärken.

---

<sup>100</sup> Die allgemeinen Informationen zu den Streitmittlern nach § 10 Abs. 1 VSBG werden Umstände, die ihrer Unparteilichkeit entgegen stehen, im Zweifel nicht umfassen.

<sup>101</sup> *Stürner*, in: BMELV (Hrsg.), *Alternative Streitbeilegung*, 2013, S. 9, 23; *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704, 1707 f. Demgegenüber ist für *Jaeger*, AnwBl 2015, 573, 574 Fn. 2, völlig unverständlich, wie Verbraucher in der Schlichtung hängen bleiben können, da doch der Rechtsweg technisch offen sei.

<sup>102</sup> *Prütting*, JZ 1985, 261, 270.

<sup>103</sup> Denkbar wäre in diesem Zusammenhang, § 3 Abs. 1 MediationsG eine weitergehende Offenlegungspflicht des Schlichters zu entnehmen, denn diese Norm operiert mit einem deutlich strengeren Unabhängigkeitsbegriff; vgl. ausführlich *Greger*, in: *Greger/Unberath, MediationsG*, 2012, § 3 Rn. 9 ff. Die Anwendung des MediationsG erscheint jedenfalls dann nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn man unter den Mediationsbegriff des § 1 Abs. 1 MediationsG auch evaluative Formen der konsensualen Streitbeilegung wie die Schlichtung subsumiert (dagegen mit guten Gründen *Greger*, in: *Greger/Unberath, MediationsG*, 2012, § 1 Rn. 5 f.). Die einzige Möglichkeit zum Absehen von der Anwendung des § 3 Abs. 1 MediationsG auf Verbraucherschlichter besteht dann noch darin, das VSBG als *lex specialis* oder zumindest als *lex posterior* gegenüber dem MediationsG anzusehen. § 18 VSBG spricht nicht zwingend dagegen, denn dieser erklärt das MediationsG für die Verbraucherschlichtung nur für *ergänzend* anwendbar. Zum parallelen Problem der gegenseitigen Überlagerung von ADR-Richtlinie und Mediationsrichtlinie 2008/52/EG *Wagner*, ZKM 2013, 104, 105 ff.; *Kleinschmidt*, ZZP (128) 2015, 215, 221 ff., 229 f.

#### 4. Rechtliche Autorität

Für die Akzeptanz eines Schlichtervorschlags ist die rechtliche Autorität des Streitmittlers von erheblicher Bedeutung. Das lässt sich am Beispiel der staatlichen Gerichte illustrieren, die bei der Bevölkerung traditionell ein hohes Ansehen genießen.<sup>104</sup> Diese Reputation wurzelt in einer Tradition der Bestenauslese bei der Bestellung von Richtern wie auch aus der ihnen anvertrauten staatlichen Gewalt.

Viele der gegenwärtig praktizierenden Verbraucherschlichtungsstellen nehmen sich dies zum Vorbild: Sie werben zum Beispiel unter Verwendung von Staatswappen mit der Förderung durch Verbraucherschutzministerien der Länder.<sup>105</sup> Noch verbreiteter ist es, einen früheren Amtsträger, der zuvor hohe Funktionen in der Ministerialbürokratie oder in der staatlichen Justiz bekleidet hat, an der Spitze einer Schlichtungsstelle zu installieren. So lässt sich das Ansehen geachteter gesellschaftlicher Funktionen in die privaten Schlichtungsstellen exportieren.<sup>106</sup> Die prominente Besetzung der Leitung der Schlichtungsstelle steht gleichzeitig in einem gewissen Gegensatz zur Qualifikation der dortigen Angestellten: Während etwa der Kopf der Schlichtungsstelle ein früherer hoher Richter ist, erfüllen viele seiner Mitarbeiter gerade nicht die Voraussetzungen, um im Dienste der staatlichen Justiz tätig zu werden.<sup>107</sup> Nach außen tritt häufig nur der Leiter der Schlichtungsstelle auf, faktisch aber lässt er sich mit einer Vorlageanordnung nur einige spezielle Verfahren vorlegen; der Rest wird ohne sein Zutun geschlichtet. Das erweckt den Eindruck von Irreführung hinsichtlich der fallentscheidenden Schlichtungspersonen, selbst wenn deren Qualifikation im Einzelfall gar nicht zu beanstanden wäre. Das ist auch unter dem Gesichtspunkt des § 71 DRiG i.V.m. § 41 S. 2 BeamtStG<sup>108</sup> problematisch, weil Richtern im Ruhestand Erwerbstätigkeiten untersagt werden müssen, die mit dienstlichen Interessen konfligieren.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> 63 % der deutschen Bevölkerung äußern, sie hätten ziemlich viel oder sehr viel Vertrauen in die Gerichte; *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, Roland Rechtsreport 2015, 2015, S. 12.

<sup>105</sup> So etwa der von einem eingetragenen Verein getragene sog. Online-Schlichter, der verschiedene Landes- und Staatsministerien als Kooperationspartner bewirbt.

<sup>106</sup> Sehr kritisch gegenüber dem „Modell des schlichtenden hohen Richters im Ruhestand“ *Stürmer*, ZfP (127) 2014, 271, 319 mit Fn. 237, mit dem Hinweis, dass dabei das Ansehen des hohen Amtes zur Werbung für Unternehmen zweckentfremdet wird.

<sup>107</sup> In einem Interview des Verfassers mit einem Mitarbeiter des Ombudsmanns PKV ließ letzterer sich dahingehend ein, die von seiner Schlichtungsstelle für die Einstellung gewünschten (!) Staatsexamensnoten lägen bei knapp zwei Dritteln dessen, was für die Einstellung in die Justiz des Landes Berlin erforderlich sei.

<sup>108</sup> Für Bundesrichter gilt § 46 DRiG i.V.m. § 105 BBG.

<sup>109</sup> Vgl. zu einer anwaltlichen Tätigkeit eines Richters im Ruhestand *BayVGh v. 20. August 2013*, 3 CS 13.1110; *OVG Saarlouis v. 13. März 2014*, 1 A 379/13.

Mit anderen Worten: Schlichtungsstellen mit großer Qualifikationsspreizung im Mitarbeiterstab mögen auf den ersten Blick bei Verbrauchern durchaus Vertrauen erwecken und auf sie Autorität ausstrahlen.<sup>110</sup> Dieses Vertrauen steht allerdings auf wackligen Beinen. Gerade wenn der Staat auf mündige Verbraucher setzt, darf Vertrauen kein Selbstzweck sein, und es darf auch auf den zweiten Blick nicht enttäuscht werden. Ist eine Schlichtungsstelle mit Juristen einer mittleren Qualifikationsstufe besetzt, so sollte dies daher nicht durch die Besetzung der Leitungsfunktion kompensiert, sondern den Verbrauchern vielmehr transparent vor Augen geführt werden, damit sie selbst auf ehrlicher Informationsgrundlage entscheiden können, ob sie der entsprechenden Einrichtung ihr Vertrauen schenken möchten.

## 5. Verantwortlichkeit

Ein letzter Aspekt, der die Verfahrensleitung eines Verbraucherrechtsdurchsetzungsverfahrens anbelangt, betrifft die Frage, ob diese auch durch ein Disziplinar- oder Haftungsregime dazu angehalten wird, rechtstreue Verfahrensergebnisse zu fördern.

Der Schlichterspruch am Ende eines Schlichtungsverfahrens ist ein bloßer Einigungsvorschlag, der die Rechtslage nicht gestaltet und den anzunehmen den Parteien freisteht. Einigen sich die Beteiligten darauf, diesen Vorschlag anzunehmen, so kommt es zu einem Vergleich nach § 779 BGB, der die streitigen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien neu regelt. Überkommt eine Partei später Vergleichsreue, so kann sie sich grundsätzlich nicht mehr vom Vergleich lösen, denn insbesondere das Risiko, die Rechtslage falsch einzuschätzen, ist dem Vergleichsschluss immanent und soll durch gegenseitiges Nachgeben gerade unwiderruflich beseitigt werden.<sup>111</sup> Einseitige Fehlannahmen, die außerhalb des Schlichtungsverfahrens gründen, müssen zu Lasten der jeweiligen Partei gehen.

Diese Eigenverantwortlichkeit der Parteien findet freilich eine Grenze, wenn der Schlichter in seiner Beurteilung des Falles irrt und die Parteien dies bei der Annahme seines Vorschlags verkennen. Da Schlichtungsvergleiche in aller Regel mit Blick auf die Rechtsauffassung des Schlichters geschlossen werden, kommt es durchaus in Betracht, einen Vergleich nach § 779 Abs. 1 BGB zu invalidieren, wenn sich die Rechtsansicht des Schlichters im Nachhinein als falsch herausstellt. Das gilt insbesondere dann, wenn beide Parteien bei Abschluss des Vergleichs aufgrund einer Festlegung in der Verfahrensordnung oder im Ver-

---

<sup>110</sup> Die Bedeutung des Vertrauens der Bürger in das eigene Staatswesen betont *Reding*, ZRP 2014, 30.

<sup>111</sup> Zur Vergleichsbefugnis bei Streitigkeiten über zwingende materielle Verbraucherrechte siehe oben Kapitel 3 A. I. 3.

fahrensvertrag<sup>112</sup> irrtümlich darauf vertraut haben, dass der Schlichterspruch die materielle Rechtslage umsetzt, dies aber tatsächlich nicht der Fall war.<sup>113</sup> Ist der Schlichtungsvergleich danach unwirksam, haftet die Schlichtungsstelle allenfalls auf Schadensersatz für die durch das Betreiben des Schlichtungsverfahrens entstandenen Kosten, § 280 Abs. 1 BGB. Das Verschulden des Vertreters der Schlichtungsstelle wird dieser dabei nach § 31 BGB zugerechnet, dasjenige ihrer Mitarbeiter nach § 278 BGB.<sup>114</sup> Der Anspruch umfasst dabei im Zweifel auch die Vergütung der für das Schlichtungsverfahren hinzugezogenen Anwälte. Ein inhaltsgleicher Anspruch besteht, wenn die Parteien den Vorschlag des Schlichters verwerfen, weil dieser entgegen seiner Ankündigung nicht rechtstreu ist, denn auch dann hat der Schlichter eine Pflicht aus dem Verfahrensvertrag verletzt und schuldet Ersatz des dadurch entstandenen Schadens.

Irrt demgegenüber nur eine der beiden Streitparteien über die Rechtstreu des Schlichtervorschlag und stimmt dem Vorschlag deswegen zu, so kommt eine Anfechtung des geschlossenen Vergleichsvertrags gemäß § 123 Abs. 2 S. 1 BGB in Betracht, wenn die andere Seite den Irrtum ihres Gegenübers durchschaute.<sup>115</sup> Fehlt es an der Kenntnis der nicht-irrenden Partei und entfällt deswegen ein Anfechtungsrecht, so entsteht der getäuschten Partei ein Schaden in Höhe der Differenz zwischen dem rechtlich begründeten und dem vergleichsweise erzielten Anspruch des Betroffenen. Diesen Schaden hat ihr die Schlichtungsstelle nach § 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen.<sup>116</sup> Diese Verantwortlichkeit wird eine Schlichtungsstelle auch nicht durch einen Haftungsausschluss in ihrer Verfahrensordnung bzw. eine darauf verweisende Klausel begrenzen können, denn eine solche Klausel wäre entgegen § 305c Abs. 1 BGB überraschend, verstieße womöglich gegen das Klauselverbot des § 309 Nr. 7 lit. a) BGB und wäre

<sup>112</sup> Zur Frage, ob mit den Parteien überhaupt ein Vertrag zustande kommt, mit guten Gründen behandelnd *Lorenz*, *VersR* 2004, 541, 546.

<sup>113</sup> Zwar spricht § 779 BGB nur von einer Unwirksamkeit des Vergleichs bei Fehlannahmen hinsichtlich des dem Vergleich zugrunde liegenden *Sachverhalts*, allerdings versteht man darunter auch *Rechtsauffassungen*, sofern diese denn von beiden Seiten geteilt werden; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 2016, § 779 Rn. 14; *Habersack*, in: MünchKomm-BGB, 2013, § 779 Rn. 64 m.w.N.

<sup>114</sup> *Lorenz*, *VersR* 2004, 541, 549; *Pelzer*, *ZKM* 2015, 43, 46; *Hirsch*, *ZKM* 2015, 141, 143. Ersterer erwägt dabei die Anwendung des Spruchrichterprivilegs aus § 839 Abs. 2 BGB, letztere beiden lehnen dies überzeugend ab.

<sup>115</sup> Dabei wäre die den Irrtum durchschauende Partei Dritte im Sinne des § 123 Abs. 2 S. 1 BGB, der Schlichter würde die Täuschung verüben. Für die erforderliche Arglist der Täuschung genügen nach der ständigen Rechtsprechung des BGH bereits Aussagen ins Blaue hinein; BGH v. 18. März 1981, VIII ZR 44/80, NJW 1981, 1441, und zuletzt BGH v. 15. April 2015, VIII ZR 80/14, NJW 2015, 1669. Eine Aussage ins Blaue hinein wird bei der Ermittlung einer falschen Rechtsfolge durch einen Schlichter zumindest regelmäßig anzunehmen sein.

<sup>116</sup> Ausführlich *Pelzer*, *ZKM* 2015, 43, 46; weiter *Greger*, in: *Greger/Unberath, MediationsG*, 2012, Teil 3 Rn. 111; kursorisch auch *Rühl*, *ZZP* (127) 2014, 61, 89 f.

ansonsten jedenfalls nach § 307 BGB unwirksam. Der Schlichter selbst haftet daneben nur bei vorsätzlicher Schädigung nach § 826 BGB.<sup>117</sup>

Ob eine Schlichtungsstelle wegen gegen sie geltend gemachter Haftungsansprüche ihre Schlichter in Regress nehmen wird, ist eine schwer zu prognostizierende Frage. Abhängig vom Verschuldensgrad wird eine Haftungsquotelung nach den Grundsätzen über den innerbetrieblichen Schadensausgleich in Betracht kommen. Eine vollständige Freizeichnung des Schlichters ist allerdings nicht unbedingt zu erwarten, so dass für ihn bei entsprechender Festlegung der Schlichtungsstelle im Grundsatz durchaus ein nennenswerter Anreiz für die Formulierung rechtstreuer Einigungsvorschläge besteht, sofern er sich seines Haftungsrisikos bewusst ist und dieses Risiko nicht durch eine Versicherung aufgefangen wird.

### III. Verfahrensgestaltung

Nach dem Verfahrensergebnis und der Verfahrensleitung ist auch das Verbraucherschlichtungsverfahren selbst an den in Kapitel 3 entwickelten Bewertungsmaßstäben zu messen.

#### 1. Tatsachenfundierung

Die ADR-Richtlinie bestimmt in Art. 9 Abs. 1 lit. a), dass die Parteien eines Verbraucherstreitbeilegungsverfahrens die Gelegenheit haben müssen, sämtliche Fakten vorzutragen sowie Unterlagen und Beweise vorzubringen, die sie für die Konfliktlösung für bedeutsam halten. § 17 Abs. 1 S. 1 VSBG setzt diese Vorgabe sehr zurückhaltend um, wenn er den Parteien schlicht gestattet, Tatsachen in das Verfahren einzubringen.<sup>118</sup> Die Begründung des Gesetzentwurfs zeigt, dass Schlichtungsstellen nach der Vorstellung des Gesetzgebers zwar in Ausnahmefällen Beweise erheben können, dass dies aber nicht dem gesetzgeberischen Leitbild entspricht. In Konsequenz dazu sieht § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. a) VSBG sogar vor, dass Schlichtungsstellen die Befassung mit Fällen ablehnen können, die komplexe Tatsachenfragen mit sich bringen. Eine sorgfältige Beweiserhebung soll den Gerichten vorbehalten bleiben.<sup>119</sup>

Dieser Grundsatz des beweisarmen Verfahrens findet seine Entsprechung in den Verfahrensordnungen vieler Schlichtungsstellen, die allenfalls die Vorlage von Urkunden zum Verfahren zulassen.<sup>120</sup> Im Ansatz erscheint dabei nachvoll-

<sup>117</sup> Pelzer, ZKM 2015, 43, 46.

<sup>118</sup> Ausführlich Stürmer, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Alternative Streitschlichtung, 2015, S. 87, 98 ff.

<sup>119</sup> BT-Drs. 18/5089, S. 61, 63.

<sup>120</sup> So etwa § 7 Abs. 6 der VomVO des Versicherungsombudsmanns sowie § 4 Abs. 4 S. 2 der Verfahrensordnung des Ombudsmanns der privaten Banken.

ziehbar, dass sich die Schlichtung zugunsten eines schlanken Verfahrens für eine Beschränkung von Beweismitteln entscheidet und aufwändigere Beweise allenfalls noch in das Ermessen des Schlichters stellt. Immerhin kommt auch ein großer Teil der amtsgerichtlichen Zivilprozesse ohne Augenschein, Zeugen und Sachverständige aus. Die Gefahr des beweisarmen Verfahrens liegt allerdings darin, dass nicht-urkundliche Beweismittel nicht nur selten, sondern *faktisch nie* zu Rate gezogen werden, weil Verbraucher die Möglichkeiten nicht kennen, welche die Verfahrensordnung ihnen womöglich noch lässt, und die Schlichter das Interesse an einem schnellen Verfahren vor das Interesse an der Wahrheitsermittlung stellen.

Nun wird teilweise für die Schlichtung ein Zielbild formuliert, wonach ohnehin nur die „leichten Fälle“ in die außergerichtliche Streitbeilegung gelangen und die tatsächlich oder rechtlich anspruchsvollen Sachverhalte Gerichten vorgelegt werden sollen.<sup>121</sup> Dass eine solche Fallfilterung gelingt, erscheint allerdings schon deswegen fraglich, weil keine Instanz mit der notwendigen rechtlichen Kompetenz ersichtlich ist, die diese Filterfunktion tatsächlich anwendet.<sup>122</sup> Dieser Befund spricht nicht zwingend gegen Schlichtungsverfahren, er sensibilisiert aber für eine sorgfältige Scheidung streitiger und nichtstreitiger Tatsachen und den situativen Rückgriff auf nicht-urkundliche Beweismittel auch dort, wo diese nicht zum Standard-Prozedere gehören.

## 2. Rechtliches Gehör

Ein Konfliktlösungsverfahren, welches das geltende Recht auf einen Streitgegenständlichen Sachverhalt anzuwenden sucht, muss den Beteiligten rechtliches Gehör schenken, ihnen also Gelegenheit geben, alle ihnen relevant erscheinenden Umstände vorzutragen und ihre Rechtsansicht in das Verfahren einzubringen.

Der europäische Gesetzgeber hat das Gehörsrecht in Art. 9 Abs. 1 lit. a) ADR-RL verankert; der deutsche Gesetzgeber setzt diese Vorgabe in § 17 Abs. 1 VSBG um. Im Rahmen von Verbraucherkonflikten besteht die besondere Herausforderung darin, die Beibringung von Sachverhaltsinformationen nicht daran scheitern zu lassen, dass nur Kommunikationskanäle von hohem Formalitätsgrad zur Verfügung stehen. Das vergleichsweise stark formalisierte Gerichtsverfahren löst dieses Problem durch den Mündlichkeitsgrundsatz des § 128 Abs. 1 ZPO. § 17 Abs. 2 VSBG sieht demgegenüber für die Verbraucherschlichtung keinen notwendigen mündlichen Erörterungstermin vor, sondern verweist insoweit auf die Verfahrensordnungen der Schlichtungsstellen. Freilich zeigen

---

<sup>121</sup> Weber, 38 J. Consum. Policy 2015, 265, 275 f.

<sup>122</sup> Hinzu kommt, dass durchaus unterschiedliche Vorstellungen von Fallfilterung und Verfahrensallokation bestehen; vgl. etwa das „Erdsieb-Modell“ von Berlin, Alternative Streitbeilegung in Verbraucherkonflikten, 2014, S. 324 ff. Siehe auch noch unten Kapitel 6 A.

die Schlichtungsverfahren auch einen erheblich geringeren Formalisierungsgrad, etwa was die nach § 11 VSBG ausreichende Textform von Mitteilungen im Laufe des Verfahrens angeht. Deswegen erscheint es im Grundsatz durchaus nachvollziehbar, wenn das rechtliche Gehör vorrangig schriftlich gewährt wird.

Der Vorrang der Schriftlichkeit entbindet freilich nicht von dem sonst insbesondere im mündlichen Termin bestehenden Erfordernis, den Parteivortrag auf Relevantes zu filtern und der Struktur der schlichterlichen Entscheidung zugänglich zu machen. Hier kommt es den außergerichtlichen Verbraucherverfahren zupass, dass die Europäische Union als Anstoßgeberin gleichzeitig mit der Förderung der außergerichtlichen Konfliktlösung auch die Online-Streitbeilegung mit einer eigenen Verordnung unterstützt hat.<sup>123</sup> In Umsetzung dieser Verordnung schafft die EU ein Online-Streitbeilegungsportal, das nicht nur einen Zugang zu Informationen über Verbraucherstreitbeilegungsstellen schafft, sondern auch ein elektronisches Fallbearbeitungsinstrument bereithält. Während die genaue Funktionsweise dieses Instruments gegenwärtig noch unklar ist, zeigen technologische Innovationen durch inländische wie ausländische Anbieter, dass internetgestützte Kommunikationsverfahren die Faktenerfassung und Sachverhaltsstrukturierung erheblich erleichtern können.<sup>124</sup> Für Verbraucher bringen sie zudem den Vorteil mit sich, dass diese Informationen sammeln und ihrer Darstellung sukzessive hinzufügen können, statt sie zu einem bestimmten Zeitpunkt gesammelt präsentieren zu müssen. Das stärkt den rechtlichen Gehörgang und kann seinerseits in gewissen Grenzen durchaus auch für justizielle Verfahren als Vorbild dienen.<sup>125</sup>

### 3. Mündlichkeit

Jenseits des rechtlichen Gehörs fragt sich, ob den Parteien eines Schlichtungsverfahrens trotz des zunächst schriftlichen Verfahrens noch eine valide Option zur mündlichen Äußerung zur Verfügung steht, die sie bei Bedarf zur Erläuterung und Ergänzung ihres schriftlichen Vorbringens ziehen können. § 17 Abs. 2 VSBG stellt dies ausdrücklich der Entscheidung der Schlichtungsstelle anheim. In der Praxis lassen die meisten Schlichtungsstellen eine mündliche Anhörung der Beteiligten in ihren Verfahrensordnungen schlichtweg unerwähnt; einige schließen sie explizit aus.<sup>126</sup>

Diese Geringschätzung der mündlichen Äußerungen der Betroffenen fußt auf der großen Priorität für ein zügiges Verfahren. Sie geht freilich auf Kosten

---

<sup>123</sup> Verordnung (EU) Nr. 524/2013 über Online-Streitbeilegung in Verbrauchersachen (ODR-Verordnung).

<sup>124</sup> *Eidenmüller/Engel*, 29 Ohio St. J. on Disp. Resol. 2014, 261, 269 ff.

<sup>125</sup> Zum Potenzial technologischer Innovationen bei der justiziellen Prozessführung siehe oben Kapitel 4 A. I. 1. cc) hh) (4).

<sup>126</sup> So etwa § 7 Abs. 4 S. 1 der Verfahrensordnung der Schlichtungsstelle Energie (2013).



derjenigen Verfahrensnutzer, denen es schwerfällt, sich schriftlich angemessen zu artikulieren.<sup>127</sup> Gerade für ein spezielles *Verbraucher*verfahren erscheint der Verzicht auf jegliche Option einer mündlichen Äußerung insofern schwer verständlich. Dies gilt umso mehr, als die Europäische Union gleichzeitig mit der ADR-Richtlinie die ODR-Verordnung und damit einen Rechtsakt erlassen hat, der die Nutzung technologischer Innovation für Konfliktlösungsverfahren nachdrücklich fördern will. Die mündliche Verhandlung erscheint in besonderer Weise geeignet für eine zumindest teilweise Verlagerung in die digitale Sphäre und hätte sich daher eigentlich als vorrangiges Anwendungsfeld transaktionskostensparender Kommunikationsformen geradezu aufgedrängt.<sup>128</sup>

#### 4. Verständlichkeit

Die Verständlichkeit eines Schlichtungsverfahrens versucht man in der gegenwärtigen Verfahrenspraxis dadurch zu erreichen, dass die – vergleichsweise gering formalisierte – Verfahrensordnung im Internet abrufbar ist. Häufig wird sie durch eine Informationsbroschüre ergänzt, welche die notwendigen Bestandteile einer Verbraucherbeschwerde erläutert. Nicht immer, aber zumindest häufig werden Verbraucher daher zur Führung eines Verfahrens auch ohne anwaltliche Hilfe in der Lage sein.<sup>129</sup> In einzelnen Fällen finden sich auch Online-Formulare zur Beschwerdeerhebung;<sup>130</sup> dies wiederum gepaart mit einer Tooltip-Ausfüllhilfe wäre für viele Verbraucher eine willkommene Hilfestellung und würde die Verständlichkeit der Verfahrenseinleitungsvoraussetzungen signifikant verbessern.

Auch nach der Einleitung des Verfahrens wäre das Format von Ausfüllhilfen aus Verbrauchersicht ideal, um Umfang und Struktur des notwendigen Vorbringens verständlich zu erläutern. Bei Nutzung eines zentralen, von der EU bereitgestellten Online-Fallmanagers könnte überdies eine Schaltfläche zum Wechsel der Formularensprache vorgesehen werden. Zwar sollte die Verfahrenssprache grundsätzlich die Sprache am Wohnsitz des Verbrauchers sein,<sup>131</sup> allerdings könnten gerade für Verbraucher mit einer anderen Muttersprache fremdsprachige Erläuterungen durchaus nützlich sein. Die Europäische Union hat die Schaffung eines solchen elektronischen Fallbearbeitungsinstruments in Art. 5 Abs. 4 lit. d) als Teil der europäischen Online-Streitbeilegungsplattform projiziert. Sollte dieses Instrument die erwähnten Funktionalitäten besitzen, wäre es Verbrauchern bei der Bedienung von Streitbeilegungsverfahren eine erhebliche

---

<sup>127</sup> *Limperg*, BRAK-Mitt. 2015, 225, 226.

<sup>128</sup> Ähnlich *Kern*, JZ 2012, 389, 396, zum europäischen Bagatellverfahren.

<sup>129</sup> Zu weitgehend indes *Weber*, 38 J. Consum. Policy 2015, 265, 271, die Rechtsanwälte im Schlichtungsverfahren generell für verzichtbar hält.

<sup>130</sup> Siehe etwa die Darstellung bei *Braun*, ZKM 2013, 168 f.

<sup>131</sup> Ähnlich auch § 12 Abs. 1 VSBG.

Hilfe und könnte gleichzeitig als Vorlage für eine europäische Justizplattform dienen.

## 5. Erreichbarkeit

Als ein weiteres wichtiges Kriterium für ein verbrauchergerechtes Rechtsdurchsetzungsverfahren wurde in Kapitel 3 dessen örtliche Erreichbarkeit identifiziert. Die Parteien müssen in der Lage sein, das Verfahren vor Ort führen zu können, andernfalls werden sie es angesichts der Geringfügigkeit der streitgegenständlichen Ansprüche faktisch nicht in Anspruch nehmen. Die lokale Erreichbarkeit des Verfahrens stellt gerade dann eine Herausforderung dar, wenn der Sitz des Unternehmens und der gewöhnliche Aufenthaltsort des Verbrauchers weit voneinander entfernt sind.

Im gerichtlichen Verfahren materialisiert sich diese Problematik aus Sicht des Verbrauchers an den §§ 12, 13 ZPO, die zumindest bei nicht-grenzüberschreitenden Verträgen, bei denen nicht eine am Wohnort des Verbrauchers zu erfüllende Verpflichtung streitig ist,<sup>132</sup> mangels Anwendbarkeit des Art. 18 Brüssel-Ia-VO dazu führen, dass der Verbraucher am Sitz des Unternehmens und damit häufig weitab vom eigenen Wohn- oder Aufenthaltsort prozessieren müsste. Diese Problematik wird in der gegenwärtigen Schlichtungspraxis dadurch weitgehend entschärft, dass das Verfahren überwiegend schriftlich durchgeführt wird. Weiter soll das Verfahren für die Parteien gemäß Art. 8 lit. a) ADR-RL online und offline verfügbar sein – womit vermutlich gemeint ist, dass die Kommunikation elektronisch oder in Papierform möglich sein soll.<sup>133</sup> Problematisch bleibt nach der ADR-Richtlinie aber gerade die Schlichtung in grenzüberschreitenden Fällen, auf die es die EU mit der Richtlinie gerade primär abgesehen hatte: Denn anders als bei Gerichten<sup>134</sup> ist kein Unternehmer verpflichtet, Verbrauchern aus anderen Mitgliedstaaten die Anrufung einer Schlichtungsstelle in ihrem Heimatstaat zu ermöglichen. Verbraucher, die mit ausländischen Unternehmern kontrahieren, werden daher in der Regel darauf verwiesen sein, eine Schlichtungsstelle im Ausland anzurufen, die meist nicht in der Muttersprache des Verbrauchers kommuniziert wird. Gerade für grenzüberschreitende Konflikte gilt daher, dass Verbraucher beim gerichtlichen Rechtsschutz erheblich

---

<sup>132</sup> Insoweit gälte § 29 Abs. 1 ZPO; häufig werden allerdings Verpflichtungen des Unternehmers streitig sein, die an dessen Sitz zu erfüllen sind. Ein typischer Ausnahmefall, in dem der Verbraucher regelmäßig den besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsorts am eigenen Wohnsitz nutzen kann, ist die Rückabwicklung von Verträgen; vgl. etwa OLG München v. 13. Januar 2014, 19 U 3721/13, MDR 2014, 450.

<sup>133</sup> Das VSBG greift diese Vorgabe der ADR-Richtlinie nicht auf.

<sup>134</sup> *Kotzur*, VuR 2015, 243, 248, verweist zutreffend darauf, dass sich die Gerichtspflicht von Unternehmern in auswärtigen Mitgliedstaaten daraus rechtfertigt, dass diese ein Angebot dorthin formuliert haben; es sei allerdings nicht ersichtlich, warum diese Rechtfertigung nicht auch für Schlichtungsstellen gelten könne.

besser gestellt sind, weil sie gemäß Art. 18 Brüssel-Ia-Verordnung am Heimatort prozessieren können, während für die außergerichtliche Streitbeilegung in ihrem Fall nur ausländische Schlichtungsstellen zur Verfügung stehen, die im Zweifel in anderer Sprache kommunizieren.<sup>135</sup>

## 6. Öffentlichkeit

Die Öffentlichkeit eines Rechtsdurchsetzungsverfahrens ist nach den Feststellungen in Kapitel 3 nicht zwingend erforderlich, um das materielle Recht durchzusetzen. Allerdings nützt ein nicht-öffentliches Verfahren weder der Gesellschaft noch dem Steuerzahler; daher sollte die staatliche Förderung eines Verfahrens von seiner Öffentlichkeit bzw. zumindest von der Veröffentlichung der darin erzielten Verfahrensergebnisse abhängig gemacht werden.

Kritisch zu sehen ist in diesem Lichte insbesondere die Tätigkeit des so genannten Online-Schlichters, einer bei einem eingetragenen Verein angesiedelten privaten Schlichtungsstelle, die seit 2009 in Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen im Bereich des E-Commerce vermittelt und sich mit öffentlichen Geldern aus verschiedenen Landesjustizministerien finanziert. Hier stellt sich mit Blick auf die diskretionär ohne vorlaufende Ausschreibung vergebenen Staatsgelder nicht nur ein vergaberechtliches Problem nach §§ 97 ff. GWB. Vielmehr erscheint es auch problematisch, dass hier öffentliche Mittel systematisch für ein Verfahren verwendet werden, das ausschließlich dem Individuum nützt, weil es unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet. Hinzu kommt, dass die Bedürftigkeit der Antragsteller nicht geprüft wird und damit Parallelvorschriften wie etwa § 1 Abs. 1 BerHG und § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO unterlaufen werden.

Gegen die Vertraulichkeit eines vollkommen privat finanzierten Schlichtungsverfahrens ist zwar wenig einzuwenden.<sup>136</sup> Der Gesetzgeber täte im Dienste der in den Landesverfassungen verankerten Gebote sparsamer Haushaltsführung gut daran, die Förderung von Schlichtungsverfahren an deren Öffentlichkeit zu koppeln. Dies gilt umso mehr, als jedenfalls die Verbraucherseite kein Interesse an einem vertraulichen Verfahren hat und das Vertraulichkeitsinteresse des Unternehmers womöglich maßgeblich aus der fragwürdigen Motivation rührt, dass sie eine weiter gehende Rechtsdurchsetzung auch durch andere Verbraucher verhindern will.<sup>137</sup> Die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, die

<sup>135</sup> Stürner, GPR 2014, 122, 124; Roth, DRiZ 2015, 24, 26; Kotzur, VuR 2015, 243, 244 f.

<sup>136</sup> Insoweit ist das Votum von Rühl, ZZZP (127) 2014, 61, 91, für Regeln zur Sicherung der Vertraulichkeit im Schlichtungsverfahren nachvollziehbar.

<sup>137</sup> Gilad, 19 J. Public. Adm. Res. Theory 2009, 661, 678 f.; ähnlich Tonner, ZKM 2015, 132, 134. Stadler, ZZZP (128) 2015, 165, 182, spricht hingegen der Vertraulichkeit des Verfahrens *per se* einen Wert zu.

in anderen Rechtsbereichen ein öffentliches Verfahren situativ problematisch erscheinen lässt,<sup>138</sup> dürfte in Verbrauchersachen keine Rolle spielen.

## 7. Verfahrenskosten

Aus Sicht des Verbrauchers ist ein Verfahren umso attraktiver, je geringer die damit verbundenen Kosten sind. Gerade weil Verbraucher formalisierten Verfahren der Konfliktlösung in der Regel mit erheblichem Desinteresse gegenüberstehen, muss das mit einem Verfahren verbundene Kostenrisiko schon sehr überschaubar sein, damit sich überhaupt ein nennenswerter Anteil von Verbrauchern darauf einlässt. Vor diesem Hintergrund stellen viele Verfahren der gegenwärtigen Schlichtungspraxis die beteiligten Verbraucher völlig von Kosten frei.<sup>139</sup> Auch § 23 Abs. 1 S. 1 VSBG sieht im Einklang mit Art. 8 lit. c) ADR-RL vor, dass das Schlichtungsverfahren für Verbraucher gegenüber Unternehmern außerhalb von Fällen des Verfahrensmisbrauchs kostenlos sein muss, während der beteiligte Unternehmer nach § 23 Abs. 2 VSBG zu einem angemessenen<sup>140</sup> Entgelt verpflichtet werden kann.

Aus Sicht der Verbraucher ist dies sehr attraktiv, ebnet aber durchaus noch nicht unbedingt den Weg in das Schlichtungsverfahren. Denn gezeigtermaßen<sup>141</sup> existiert auch eine Vielzahl *nicht-monetärer* Aspekte, die Verbraucher von der Geltendmachung ihrer Forderungen abhalten und die sich durch die Kostenfreiheit eines Verfahrens nicht eliminieren lassen. Namentlich bei Bagatellstreitigkeiten im Bereich des E-Commerce, die gerade zum Zielbereich der ADR-Richtlinie gehören,<sup>142</sup> wird auch der mit einer kostenfreien Schlichtung verbundene Verfahrensaufwand für viele Anspruchsprätendenten noch zu groß sein.<sup>143</sup> Die Freistellung des Verbrauchers von Verfahrenskosten verfehlt also teilweise ihr Ziel. Wo sie hingegen ihr Ziel erreicht und den Verbraucher zur Nutzung des Verfahrens motiviert, besteht stets auch ein Fehlanreiz zu dessen vorschneller Nutzung. Auf die dadurch ausgelösten Folgen für die Verfahrenseffizienz wird sogleich zurückzukommen sein.

---

<sup>138</sup> Stadler, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfeverfahren, 1989, S. 1 f.

<sup>139</sup> Genau genommen werden die Schlichtungskosten über eine marginale Erhöhung der Produktpreise auf sämtliche Kunden umgelegt; vgl. Limperg, BRAK-Mitt. 2015, 225, 226.

<sup>140</sup> Der Gesetzgeber schätzt ein durchschnittliches Entgelt auf 210 €; BT-Drs. 18/5089, S. 45. Dieser Wert dürfte im Zweifel auch zur Auslegung des Begriffs der Angemessenheit nach § 23 Abs. 2 VSBG herangezogen werden.

<sup>141</sup> Siehe oben Kapitel 2 A. und B.

<sup>142</sup> Dies ergibt sich schon daraus, dass die EU die ADR-Richtlinie auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV gestützt hat. Zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 114 AEUV in diesem Kontext siehe oben Kap. 1 Fn. 34.

<sup>143</sup> Prägnant Grupp, AnwBl 2015, 186, 193: „Der E-Commerce reguliert sich selbst.“ Siehe dazu auch noch unten Kapitel 5 E.

## 8. Effizienz

Die verfahrensinterne Effizienz liegt im Interesse all derjenigen, die in ein Verfahren investieren. Investitionen erbringt einerseits jeder Beteiligte durch die tatsächliche Mitwirkung am Verfahren, Investitionen erbringen aber vor allem auch diejenigen, welche die monetären Kosten des Rechtsstreits letztendlich tragen. Bei Verbraucherschlichtungsverfahren gehören dazu in erster Linie die Kosten des Betriebs der Schlichtungsstelle sowie die bei den Parteien anfallenden Kosten für Terminswahrnehmung und Rechtsvertretung. In der gegenwärtigen Verfahrenspraxis sind es überwiegend Unternehmen und Unternehmensverbände, die diese Kosten tragen.

Während sich Verfahrenseffizienz aufgrund der Vielgestaltigkeit von Kostentreibern und der weitgehenden Unberechenbarkeit von Nutzenaspekten kaum genau fassen lässt, erscheint doch die Tendenzaussage möglich, dass ein Verfahren dann einen hohen Effizienzgrad erreicht, wenn kein Kostentreiber aufgegeben werden kann, ohne dass dies signifikante Einbußen in der Verfahrensqualität mit sich brächte. Es gilt danach vor allem zu überprüfen, ob sich Formalien oder Terminsaufwand ohne nennenswerten Qualitätsverlust einsparen lassen. Die meisten gegenwärtig verfügbaren Schlichtungsstellen arbeiten hier allerdings bereits mit sehr schlanken Strukturen: Für Verfahrensmitteilungen genügt die Textform,<sup>144</sup> die Parteien können ohne Zuziehung eines Anwalts auftreten,<sup>145</sup> und auf kostenintensive Präsenztermine verzichtet man weitgehend. Zudem müssen die Schlichtungsstellen künftig gemäß § 20 Abs. 2 VSBG eine Fallerledigung binnen 90 Tagen anstreben, um die zeitliche Belastung der Beteiligten gering zu halten.

Der wesentliche Punkt, der die Effizienz der gängigen Verbraucherschlichtungsverfahren beeinträchtigt, ist daher ein anderer: Dadurch, dass Verbraucher die Schlichtungsverfahren in der Regel unabhängig von den Erfolgsaussichten ihrer Beschwerde ohne Entrichtung einer Gebühr betreiben können, entsteht ihnen ein Anreiz zur vorschnellen Anrufung einer Schlichtungsstelle. Wenn sie die eigenen nicht-monetären Kosten vernachlässigen, spricht nichts dagegen, selbst denkbar schwache Fälle einer Schlichtungsstelle vorzutragen, da damit kein Kostenrisiko verbunden ist. Wenn Unternehmer zukünftig nach Art. 13 Abs. 3 ADR-RL und § 37 VSBG sogar zu einem Hinweis auf die kostengünstige oder kostenlose Schlichtung *nach* Entstehen der Streitigkeit verpflichtet sind, ist es nicht unwahrscheinlich, dass Verbraucher wie schon bei der Einführung des Widerrufsrechts für Fernabsatzverträge mittelfristig lernen, dass sie durch die Nutzung einer kostenarmen oder kostenlosen Option nur gewinnen können. Ein findiger Verbraucher könnte sogar durchschauen, dass er durch das bloße

---

<sup>144</sup> So sieht es nun auch § 11 VSBG vor.

<sup>145</sup> So in Umsetzung von Art. 8 lit. b) ADR-RL nunmehr § 13 Abs. 2 VSBG.

Erheben einer aussichtslosen Beschwerde bei seinem Gegenüber Kosten auslösen kann, die es für das Unternehmen womöglich rational erscheinen lassen, ihn mit einem Betrag etwas unterhalb dieser Kosten abzufinden, auch wenn ein materieller Anspruch fernliegt.<sup>146</sup>

Die Verfahrensordnungen einiger Schlichtungsstellen versuchen dieser Gefahr des Missbrauchs zwar durch eine im Einzelfall anzusetzende Missbrauchsgebühr beizukommen<sup>147</sup> und verweisen darauf, dass das Problem bislang in der Praxis kaum aufgetreten ist. In dem Maße, wie die Nutzung der Verbraucherschlichtung aber durch gesetzliche Förderung hochskaliert wird, könnten diese Fälle verstärkt auftreten. Sie mit einer Missbrauchsgebühr in Schach zu halten, dürfte dann auch deswegen schwierig sein, weil dem Verbraucher kaum nachzuweisen ist, dass er die Beschwerde bewusst missbräuchlich erhoben hat. Sinnvoller könnte es daher sein, generell eine geringe Schutzgebühr anzusetzen, um die Gefahr auszuschließen, dass Verbraucher die Schlichtung als bloßes Testverfahren betreiben.<sup>148</sup>

In einer weiteren Hinsicht ist Vorsicht geboten: Auch die Kostenallokation zwischen der Gesamtheit der teilnehmenden, womöglich in einem Verband organisierten Unternehmen einerseits und dem beschwerdebeteiligten Unternehmen andererseits bedarf einer ausgewogenen Balance. Sind die den beschwerdebeteiligten Unternehmen berechneten Fallpauschalen zu niedrig, besteht für diese ein Anreiz, Beschwerden zu den Schlichtungsstellen zu provozieren; sind sie zu hoch, besteht die Gefahr, dass die Schlichtungsstelle ineffizient arbeitet. Speziell bei denjenigen Schlichtungsstellen, die für Unternehmer gesetzlich verpflichtend sind, hat dies in der Praxis bereits zu Konflikten geführt: So hat das Landgericht Berlin bereits in einer Entscheidung über eine Klage eines Energieversorgers bemängelt, dass der dort einschlägige § 111b EnWG für die Schlichtungsstelle im Energiewesen keinen Anreiz enthält, die Verfahrenskosten gering zu halten.<sup>149</sup> Es fehlt bei den Schlichtungsstellen an einem aus-

---

<sup>146</sup> Ohne diesen konkreten Bezug bereits grundlegend *Adams*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 103 f.

<sup>147</sup> Diese Möglichkeit eröffnet § 23 Abs. 1 S. 1 VSBG; die Missbrauchsgebühr darf allerdings maximal 30 € betragen.

<sup>148</sup> So auch schon *Engel*, AnwBl 2013, 478, 482. Demgegenüber ist *Jaeger*, AnwBl 2015, 573, 574, durchaus aufgeschlossen gegenüber der Nutzung von Schlichtungsverfahren als „Probephöhne“.

<sup>149</sup> LG Berlin v. 13. Januar 2014, 93 O 114/12, EnWZ 2014, 226. Das Landgericht führte weiter aus, es sei ein in § 111b Abs. 6 EnWG angelegtes „Grundproblem“ der Schlichtungsgebühren, dass diese einseitig dem beteiligten Unternehmen zur Last fielen. – Tatsächlich hat die Schlichtungsstelle Energie nach § 111b Abs. 3 EnWG eine Monopolstellung, weil nur eine einzige solche Einrichtung vom Bundeswirtschaftsministerium anerkannt werden kann. Sie darf zwar mittel- und langfristig keine Gewinne erwirtschaften, aber eine übermäßige Erzeugung von Kosten ist juristisch kaum überprüfbar, solange § 111b Abs. 6 S. 3 EnWG nicht vom „erforderlichen Aufwand“, sondern nur vom (tatsächlichen) „Aufwand“ spricht, der in die Angemessenheitsprüfung der Entgelte mit einfließt.

gewogenen Kostensystem wie demjenigen des Gerichtskostengesetzes. Bis auf Weiteres wird es daher den betroffenen Unternehmen überlassen sein, unangemessen hohen Schlichtungsgebühren durch ein Ausscheiden aus dem System oder aber – in den Fällen obligatorischer Streitschlichtung – durch eine gerichtliche Überprüfung ihrer Angemessenheit zu begegnen.

Schließlich hemmt noch ein weiterer Aspekt die Effizienz der Verbraucherschlichtung: Art. 18 ff. ADR-RL und §§ 24 ff. VSBG etablieren für die Anerkennung und Überwachung von Verbraucherschlichtungsstellen eine komplexe behördliche Bürokratie.<sup>150</sup> Zudem unterliegen die Schlichtungsstellen nach § 34 VSBG erheblichen Berichtspflichten, die ihrerseits von Seiten der Behörden koordiniert werden müssen. Das private Schlichtungsverfahren wird mithin administrativ mit Kontrollen überbaut, welche die Justizorganisation letztlich duplizieren. Diese Bürokratie mag zur Überwachung der privaten Schlichtungsstellen durchaus erforderlich sein.<sup>151</sup> Sie verursacht aber auch erhebliche Kosten, deren jährlicher Umfang mit knapp 5 Mio. € vermutlich noch zurückhaltend geschätzt ist.<sup>152</sup> Zwar gehören diese Kosten staatlicher Schlichtungskontrolle nicht zu den Verfahrenskosten im engeren Sinne, in einer Effizienzbetrachtung müssen sie aber berücksichtigt werden. Bezieht man sie aber in die Betrachtung mit ein, so lässt sich jedenfalls nicht mehr feststellen, dass Schlichtungsverfahren *per se* mit geringeren administrativen Kosten als das staatliche Gerichtsverfahren verbunden seien.<sup>153</sup>

Solche Kosten können im Einzelfall gerechtfertigt sein, soweit der Wettbewerb zwischen privaten und staatlichen Verfahren Innovation fördert und dadurch an anderer Stelle Effizienzgewinne zeitigt.<sup>154</sup> Dann jedoch, wenn private Institutionen nur das staatliche Verfahren mit geringfügigen Abweichungen nachzubilden suchen, besteht die Gefahr einer ineffizienten Verdoppelung der Verfahrensbürokratie.<sup>155</sup> Je mehr sich sodann die staatliche Exekutive am Management der Schlichtungsstellen beteiligt, desto größere Bedenken ergeben sich auch mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung. Das Beispiel des britischen *Financial Ombudsman Service*<sup>156</sup> gibt beredtes Zeugnis davon, wie

<sup>150</sup> Hess/Pelzer, in: Gelinsky (Hrsg.), *Schlichten statt Richten?*, 2015, S. 35, 38.

<sup>151</sup> Steffek/Unberath, *Regulating Dispute Resolution*, 2013, S. 29.

<sup>152</sup> Der Gesetzentwurf in BT-Drs. 18/5089, S. 3, beziffert den einmaligen Umstellungsaufwand für die Verwaltung auf etwa 0,94 Mio. € und den jährlichen Erfüllungsaufwand der Verwaltung mit ungefähr 4,919 Mio. €.

<sup>153</sup> So aber Weber, 38 J. Consum. Policy 2015, 265, 267 m.w.N., freilich unter Beschränkung auf die unmittelbaren Verfahrenskosten der außergerichtlichen Streitbeilegung.

<sup>154</sup> Ähnlich Podszun, *Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte*, 2014, S. 182 f. Siehe auch Hoffmann-Riem, JZ 1999, 421, 422.

<sup>155</sup> Eidenmüller/Engel, 29 Ohio St. J. on Disp. Resol. 2014, 261, 290 f.; Eidenmüller/Engel, ZIP 2013, 1704, 1708.

<sup>156</sup> Eine Beschreibung dieser Einrichtung findet sich bei Berlin, *Alternative Streitbeilegung in Verbraucherkonflikten*, 2014, S. 212 ff.

originär judikative Funktionen auf exekutiv kontrollierte private Dienstleister verlagert werden.<sup>157</sup>

Auf Seiten der betroffenen Unternehmer kommt hinzu, dass durch die Einrichtung der Schlichtungsstellen neben den administrativen Kosten ein noch weit höherer Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft ausgelöst wird.<sup>158</sup> Eine begründete Prognose, inwieweit sich dieser Aufwand mit Blick auf das Ziel der Rechtsdurchsetzung rentiert, bleibt der Gesetzgeber schuldig.<sup>159</sup> Insbesondere die Frage, ob eine Investition in die staatliche Gerichtsbarkeit – sei es durch verstärkte Subventionierung von Verbraucherprozessen, durch Investitionen in Fortschritte bei der digitalen Justiz oder durch andere Maßnahmen – dem Schutz materieller Verbraucherrechte besser gedient hätte, hat sich der Gesetzgeber offenbar gar nicht erst gestellt. Viel spricht dafür, dass eine Verdoppelung der Rechtsdurchsetzungsbürokratie der Effizienz des gesamten Rechtsschutzsystems abträglich ist. Aber wichtiger noch: Jenseits des Effizienzgedankens erfüllt die Schlichtung nach dem Zuschnitt der ADR-RL und des VSBG wichtige verfahrensrechtliche Bewertungsmaßstäbe nur mit erheblichen Abstrichen.<sup>160</sup>

#### IV. Transparenz

Die Transparenzanforderungen an ein Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung erstrecken sich auf das Verfahrensziel, die Funktion des Verfahrensleiters und das Verfahrensergebnis.

---

<sup>157</sup> Im Berichtsjahr 2014/2015 befasste sich der *Financial Ombudsman Service* mit knapp 1,8 Mio. Fällen. Sehr positiv bewertet diese Entwicklung *Hodges*, GPR 2015, 263, 270 f. Nachdrücklich kritisch hingegen *Cornelius-Winkler*, SVR 2013, 201, 207: „Ein Blick nach Großbritannien zeigt, dass dort bereits ein tiefgreifender Wandel der Rechtskultur stattgefunden hat. Nur eine Minderheit der Bürger findet dort noch den Weg zum Rechtsanwalt bzw. Solicitor, die große Mehrheit muss sich mit einer „Rechtswahrnehmung Light“ durch Rechtsschutzversicherer, Automobilclubs und sonstige Organisationen begnügen.“

<sup>158</sup> Dieser wird vom Gesetzentwurf in BT-Drs. 18/5089, S. 2, mit ca. 24,986 Mio. € bei einmaligen Umstellungskosten von 3,58 Mio. € veranschlagt.

<sup>159</sup> Der Gesetzgeber begnügt sich insoweit mit dem pauschalen Hinweis, dass dem Aufwand „Entlastungen in vergleichbarer Höhe durch die Vermeidung von Kosten und Aufwand für andere Möglichkeiten der Rechtsverfolgung“ gegenüber stehen.

<sup>160</sup> *Stürmer*, ZZZ (127) 2014, 271, 317, sieht ein „volles zweites Verfahrenssystem abgeschwächter Rechtsbindung“. Siehe auch *Hau*, in: FS Gottwald, 2014, S. 255, 266 (zu ähnlichen Problemen beim europäischen Bagatellverfahren: „Wer für ein Spiel begeistern möchte, sollte dessen Sinn begreiflich machen und die Regeln fair gestalten; wer hingegen meint, sich im Wesentlichen mit einer Erhöhung des Einsatzes begnügen zu können, lockt damit am ehesten Hasardeure an.“



## 1. Zieltransparenz

Eine transparente Darstellung des Verfahrensziels ist Voraussetzung einer selbstbestimmten Verfahrenswahl durch die Inhaber materieller Rechte. Mit anderen Worten: Der Wettbewerb<sup>161</sup> zwischen verschiedenen Konfliktlösungs- und Rechtsdurchsetzungsverfahren ist nur dann lauter, wenn die in Betracht kommenden Verfahrensnutzer nicht durch die Selbstdarstellung der unterschiedlichen Verfahren in die Irre geführt werden. Insofern ist es von eminenter Bedeutung, wenn Art. 7 Abs. 1 lit. i) ADR-RL fordert, dass Streitbeilegungsstellen angeben müssen, welche Normen ihren Entscheidungen zugrunde liegen können. § 19 Abs. 1 S. 3 VSBG setzt diese Vorgabe nur zurückhaltend um, wenn er festlegt, dass der Schlichtungsvorschlag auch eine rechtliche Bewertung enthalten muss.

Auch in der Praxis der Verbraucherschlichtung ist die Zieltransparenz überwiegend dürftig ausgestaltet. Diesbezüglich ist zunächst zu bemerken, dass es einem klaren Verständnis des Verfahrensziels nicht entgegen kommt, dass die verschiedenen Schlichtungsstellen unterschiedliche Ergebnismaßstäbe anlegen. Während die staatlichen Gerichte einheitlich an das geltende Recht gebunden sind, lassen die Verfahrensordnungen von Schlichtungsstellen teilweise auch Billigkeitsentscheidungen ohne rechtliche Grundlage zu oder üben unbeschadet ihrer Verfahrensordnungen ein großzügiges außerrechtliches Ermessen aus.<sup>162</sup> Verbraucher als Einmalprozessierer sind insofern in der Gefahr, von der Darstellung einer auf andere Schlichtungsstellen zu schließen und irrtümlich von einer Homogenität der Schlichtungsverfahren auszugehen.

Aber auch wenn der Betroffene seine Erwartung nur aus der Darstellung der für seinen Fall in Betracht kommenden Schlichtungsstelle bezieht, kann er einem Irrtum unterliegen. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo eine Verfahrensordnung eine allein am materiellen Recht orientierte Entscheidung verspricht, die Schlichtungspraxis aber erheblich davon abweicht.<sup>163</sup> Ein auf Rechtsdurchsetzung zielender Verbraucher mag sich zur Nutzung eines solchen Schlichtungsverfahrens verleiten lassen, sich dann aber vor einer nach Billigkeit entscheidenden oder aufgrund mangelnder juristischer Expertise schon nicht zum Erlass einer rechtsorientierten Entscheidung fähigen Einrichtung wiederfinden.

Zusätzlich zu der Frage, ob Schlichtungsverfahren die Durchsetzung materieller Rechte bezwecken, besteht auch ein gewichtiger Unterschied in der

<sup>161</sup> *Bush*, in: Cappelletti/Garth (Hrsg.), *Access to Justice*, 1979, S. 191, 196 ff.; *Oebbecke*, DÖV 2007, 177, 179 f.; dem folgend *Calliess*, Gutachten A zum 70. DJT, 2014, S. 40 f.; *Wechsler/Tripković*, in: Micklitz/Wechsler (Hrsg.), *The Transformation of Enforcement*, 2016, S. 377, 392 ff. Kritisch zur Unterordnung der Justiz unter ein Wettbewerbsparadigma *Roth*, JZ 2014, 801, 803.

<sup>162</sup> Siehe oben Kapitel 5 B. I. 1.

<sup>163</sup> Siehe zu solchen Fällen oben Kapitel 5 B. I. 1. und 2.

Frage, ob sie das Verfahrensergebnis an den Interessen der Parteien orientieren<sup>164</sup> oder eine Beilegung des Rechtsstreits zum wesentlichen Verfahrenszweck erheben.<sup>165</sup> Mangelnde Zieltransparenz führt hier wie dort zu einer Fehlsteuerung bei der Verfahrensallokation, die der Verbraucherschlichtung nicht nur, aber auch solche Fälle zuführt, die gemessen an der individuellen Zielsetzung des Verbrauchers besser von anderen Institutionen und insbesondere von den Gerichten bearbeitet würden. Diese Fehlsteuerung ließe sich weitgehend vermeiden, wenn Schlichtungsstellen potenziellen Verfahrensnutzern unmissverständlich darstellen würden, was sie vom Schlichtungsverfahren erwarten können.

## 2. Funktionstransparenz

Mehr noch als die Verfahrenzieltransparenz wirft das Kriterium der Funktionstransparenz gewichtige Fragen an weite Teile der gegenwärtigen Praxis der Verbraucherschlichtung auf. Dabei ist von Funktionstransparenz auszugehen, wenn ein potenzieller Verfahrensnutzer klar erkennen kann, ob der Schlichter die Rolle eines neutralen Dritten bekleidet oder parteiisch auf seiner Seite oder gar derjenigen des Unternehmers steht. Art. 7 Abs. 1 lit. d) ADR-RL trifft insoweit keine ausreichenden Vorkehrungen, weil er Hinweise zu Fachwissen, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schlichters nur dann verlangt, wenn dieser unmittelbar vom Unternehmer bezahlt wird. Auch die Informationspflicht nach § 10 Abs. 1 VSBG erscheint dünn, weil sie wenig konkret von Informationen über die Streitmittler und das Streitbeilegungsverfahren spricht. Demgegenüber werden die Informationen für möglicher Beschwerdeführer nur dann ausreichend sein, wenn sie die funktionellen Unterschiede zu anderen Konfliktlösungsverfahren und etwaige Einschränkungen hinsichtlich Unabhängigkeit und Neutralität klar benennen.<sup>166</sup> Insbesondere die Unterschiede zur Rechtsprechung und zur Rechtsberatung sollten transparent hervortreten, damit Verbraucher nicht an eine Schlichtungsstelle herantreten, wenn sie mit ihrem Anliegen eigentlich besser bei einem Gericht oder einem Rechtsanwalt aufgehoben wären.

### a) Verbraucherschlichtung und Rechtsprechung

Wie ein Gericht ist auch eine Schlichtungsstelle zunächst einmal eine am konkreten Streit unbeteiligte Einrichtung, die sich um eine Lösung des Konflikts bemüht. Gleichzeitig dürfte auch einem unbedarften Verbraucher schnell klar sein, dass es sich bei einer als „Schlichtungsstelle“ oder „Ombudsmann“ be-

<sup>164</sup> Für ein echtes interessenorientiertes Verfahren kann auch das Fortbestehen eines Disenses zwischen den Parteien ein valides Ergebnis sein.

<sup>165</sup> *Mironi*, 19 Harv. Negot. L. Rev. 2014, 173, 177 ff.

<sup>166</sup> *Stadler*, ZZP (128) 2015, 165, 170.

zeichneten Einrichtung nicht um ein traditionelles staatliches Gericht handelt. Je mehr sich die Schlichtungsinstitution allerdings in ihrer konkreten Ausgestaltung von einem staatlichen Gericht unterscheidet, desto wichtiger ist es aus Sicht des Verbrauchers, dass diese Unterschiede auch transparent hervortreten.

Die faktische Divergenz zum staatlichen Gericht kann eine Schlichtungsstelle dabei nicht nivellieren, selbst wenn sie sich noch so gerichtsähnlich aufzustellen sucht: Im Unterschied zu einem staatlichen Gericht mangelt es privaten Schlichtungsstellen an der in Art. 92 GG der Justiz vorbehaltenen Kompetenz, über die Auslegung des materiellen Rechts allgemeinverbindlich zu entscheiden. Auch Schlichtungsstellen können zwar durchaus eine am materiellen Recht orientierte Regelung für den konkreten Fall vorschlagen. Sie unterliegen bei ihren Entscheidungen aber nicht unmittelbar der Kontrolle weiterer Instanzen oder gar des Strafrechts (§ 339 StGB) und sind dadurch nicht in die Einheitlichkeit der öffentlichen Rechtsprechung eingebunden.<sup>167</sup> Sie arbeiten häufig nach anderen Regeln, mit anders qualifizierten Mitarbeitern und mit anderen Verfahrensergebnissen.<sup>168</sup> Dieser fundamentale Unterschied zwischen Schlichtungsstellen und staatlichen Gerichten verdient klare Offenlegung gegenüber den Konfliktbeteiligten, damit diese sich nicht entgegen ihren Interessen für ein Verfahren entscheiden, das etwas verspricht, das es nicht halten kann.

In gewissem Kontrast dazu lässt sich in der gegenwärtigen Schlichtungspraxis beobachten, dass zumindest einzelne Schlichtungsstellen mehr oder minder offen die strukturelle Nähe zu den staatlichen Gerichten herausstellen. So findet sich etwa bei der öffentlichen Selbstdarstellung einer Schlichtungsstelle die Aussage, der Schlichter setze sich für den relativ Schwächeren ein<sup>169</sup> und er entscheide „in richterlicher Unabhängigkeit“<sup>170</sup>. Weiter zitiert etwa der Versicherungsombudsmann auf seiner Webseite einen Zeitschriftenbeitrag, der ihn als das „größte deutsche Privatgericht“ bezeichnet.<sup>171</sup> Eben diese Schlichtungsstelle führt auch eine stilisierte Justitia im Logo und lässt damit zumindest die Interpretation zu, die Schlichtung durch den Ombudsmann sei eine Art mo-

<sup>167</sup> Zwar können auch amtsgerichtliche Urteile in höheren Instanzen aufgehoben werden, allerdings erwachsen sie in der Regel in Rechtskraft und dienen damit – anders als gemäß § 779 BGB geschlossene Schlichtungsvergleiche – als Präjudiz für ähnliche Fälle in der Zukunft.

<sup>168</sup> Micklitz, DRiZ 1983, 119, 127, wies insoweit schon früh darauf hin, ein Verbraucher werde bei einer Schlichtung nicht erwarten, „daß ein Sachbearbeiter sich seines Falles annimmt, der keiner Kontrolle zugänglich ist“.

<sup>169</sup> So Gerhart Kreft, einer der Ombudsleute des Bankenverbands, in einer Stellungnahme unter <https://youtu.be/obEOVee2NMA>.

<sup>170</sup> So Werner Weiß, ebenfalls Ombudsmann des Bankenverbands, in einem Statement unter <https://youtu.be/0Q2x3sIq9TY>.

<sup>171</sup> Die Webseite des Versicherungsombudsmanns verweist insoweit auf die Zeitschrift *Capital*, Heft 7 aus 2011.

dernes, verbraucherfreundliches Spezialgericht für Streitigkeiten im Versicherungswesen.

Diese Darstellung ist aus der Perspektive des unbefangenen Verbrauchers irreführend, weil sie die Funktion der Schlichtungsstelle nicht zutreffend beschreibt und eine faktisch nicht bestehende Parallelität in der Gestaltung von Schlichtungs- und Gerichtsverfahren suggeriert.<sup>172</sup> Das gilt nicht nur, aber insbesondere bei großen Unterschieden hinsichtlich der juristischen Qualifikation zwischen dem Leiter einer Schlichtungsstelle einerseits und den Sachbearbeitern andererseits.<sup>173</sup> Eine gut organisierte Verbraucherschlichtung mag mit manchen Vorteilen aufwarten, die sie für viele als gegenüber der staatlichen Justiz vorzugswürdig erscheinen lassen mag. Sie sollte aber nicht den Anschein erwecken, die bessere, weil kostengünstigere und unbürokratischere Justiz zu sein. Denn dies verstellt den Blick darauf, dass Schlichtungsstellen die in Kapitel 3 dargestellten Bewertungsmaßstäbe in vielerlei Hinsicht, aber insbesondere in Bezug auf ihre Qualifikation und Unabhängigkeit,<sup>174</sup> nicht in gleichem Umfang wie die staatliche Gerichtsbarkeit erfüllen<sup>175</sup> und Verbraucher in vielen Fällen ihre Ziele nur mit der staatlichen Justiz werden erreichen können. Eine Fehlvorstellung der Verbraucher kann auch zu einer unvorteilhaften faktischen Bindung der Betroffenen an das Verfahrensergebnis führen, die es womöglich nur deswegen bei beschwerdeabweisenden Schlichtersprüchen belassen, weil diese von einem früheren Richter gezeichnet wurden und insofern die Befürchtung schüren, auch vor staatlichen Gerichten bestünden keine nennenswerten Erfolgsaussichten.<sup>176</sup>

### b) Verbraucherschlichtung und Rechtsberatung

Eine zweite Facette der funktionellen Darstellung der Verbraucherschlichtung betrifft ihr Verhältnis zur Rechtsberatung. In Deutschland ist die Rechtsberatung aus Gründen des Verbraucherschutzes im Rechtsdienstleistungsgesetz reguliert. Die Hauptrolle bei der Rechtsberatung fällt traditionell den Anwälten zu, § 1 Abs. 2 RDG i.V.m. § 3 BRAO. Anwälte unterliegen einem strengen Be-

---

<sup>172</sup> *Stürner*, ZZZ (127) 2014, 271, 319 f. mit Fn. 237, der von der „Gefahr eines institutionalisierten rechtlichen Lockvogelangebots“ spricht.

<sup>173</sup> Sehr skeptisch hinsichtlich der Qualifikation der Sachbearbeiter *Wolf*, NJW 2015, 1656, 1660. Dass sich die Bedenken nicht gegen die Person ehemaliger Richter, sondern gegen eine übermäßige Qualifikationspreizung innerhalb der Schlichtungsstellen sowie gegen deren Verschweigen gegenüber den Verbrauchern richten, verkennt *Hirsch*, ZKM 2015, 141.

<sup>174</sup> Siehe oben Kapitel 5 B. II. 1. und 2.

<sup>175</sup> So auch *Stürner*, ZZZ (127) 2014, 271, 319 f. Demgegenüber meint *Hirsch*, ZKM 2015, 141, offenbar, die Leitung einer Schlichtungsstelle durch einen früheren hohen Richter immunisiere die Arbeit sämtlicher Sachbearbeiter gegen nur strukturell begründete, nicht aber bereits empirisch unterfütterte Kritik.

<sup>176</sup> *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704, 1707.

rufsrecht, das in § 43a Abs. 4 BRAO, § 3 BORA insbesondere die Beratung<sup>177</sup> und Vertretung von Betroffenen mit widerstreitenden Interessen verbietet, um sicherzustellen, dass sich die Rechtsberatung tatsächlich einseitig an den Interessen des Betroffenen ausrichtet.

Auch die Tätigkeit der Verbraucherschlichtungsstellen zeigt einige Parallelen zur Tätigkeit eines Rechtsanwalts. Immerhin sind sie Einrichtungen, an die sich Verbraucher im Streitfall wenden, um ihre Rechte durchzusetzen.<sup>178</sup> Gleichwohl bestehen auch gewichtige Unterschiede, und zwar vornehmlich darin, dass ein Rechtsanwalt parteiisch auf Seiten seines Mandanten steht, während eine Schlichtungsstelle zwischen den Konfliktparteien zu vermitteln sucht. Wegen dieses Zuschnitts der Tätigkeit einer Schlichtungsstelle stellt § 2 Abs. 3 Nr. 2 RDG klar, dass es sich dabei nicht um eine Rechtsdienstleistung handelt.<sup>179</sup> Diese Bedeutung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 RDG ergibt sich durch eine historische Auslegung vor dem Hintergrund des früheren Art. 1 § 2 RBerG, der zunächst nur die Tätigkeit von Schiedsrichtern regelte und 2008 ohne weitergehende Überlegungen des Gesetzgebers<sup>180</sup> um Schlichter ergänzt wurde.<sup>181</sup> Die Vorschrift stellt deswegen aber keinen Freibrief des Inhalts dar, dass Schlichter nach Belieben Rechtsberatung erteilen könnten, ohne die Anforderungen des Rechtsdienstleistungsrechts beachten zu müssen.<sup>182</sup> Schlichter können insofern zwar – bei entsprechendem juristischem Sachverstand – Einschätzungen zur Rechtslage im konkreten Fall äußern. Es übersteigt aber ihre durch § 2 Abs. 3 Nr. 2 RDG abgesteckten rechtlichen Möglichkeiten, wie ein Anwalt den Betroffenen parteiisch zu verhandlungstaktischen Fragen zu beraten und juristische Argumente zu ersinnen, die in der bis dato bekannten Rechtsprechung noch nicht aufgegriffen wurden. Eine Schlichtungsstelle kann daher den Anwalt nicht ersetzen. Verfehlt erscheint insofern auch der Blick auf die Schlichtung als eine „Hybridform zwischen Institutionen zur

<sup>177</sup> Auch eine rechtliche Beratung ist bereits unter den Begriff der Vertretung im Sinne des § 43a Abs. 4 BRAO zu fassen; *Träger*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, 2016, § 43a Rn. 66; *Römermann/Praß*, in: BeckOK-BORA, 2015, § 43a BRAO Rn. 165.

<sup>178</sup> Ähnlich *Hofmeister*, Online Dispute Resolution bei Verbraucherverträgen, 2012, S. 180 f.

<sup>179</sup> *Deckenbrock/Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler, RDG, 2015, § 2 Rn. 111 f.; *Kleine-Cosack*, RDG, 2014, § 2 Rn. 144 f.

<sup>180</sup> Vgl. BT-Drs. 16/3655, S. 50.

<sup>181</sup> *Chemnitz*, RBerG, 1991, Rn. 237.

<sup>182</sup> *Engel*, NJW 2015, 1633, 1636. Dass gerade die Tätigkeit früherer Richter sehr wohl dem Rechtsdienstleistungsbegriff unterfallen kann, zeigt (vor anderem Hintergrund) das Urteil des LG Hamburg v. 18. März 2015, 315 O 82/15, AnwBl Online 2015, 369 ff. Siehe auch bereits oben Kap. 5 Fn. 109. Deswegen wäre es sachgerecht, wenn der Gesetzgeber § 2 Abs. 3 Nr. 2 RDG dahingehend konkretisieren könnte, dass die Tätigkeit von Streitbeilegungsstellen nur insoweit keine Rechtsdienstleistung darstellen, wie sie ihre Rechtsauffassung nicht objektiviert darstellen.

Verbraucherberatung (bzw. Verbrauchernanwälten), Gerichten und Regulierungsbehörden<sup>183</sup>.

Die Selbstdarstellung vieler Schlichtungsinstitutionen schlägt freilich einen anderen Ton an, etwa wenn davon die Rede ist, neutrale Juristen erklärten den Beteiligten die Rechtslage.<sup>184</sup> Diese Beschreibung suggeriert, ein Schlichter könne den Anwalt ersetzen. Für Verbraucher ist dieses Angebot verlockend, weil Rechtsanwälte inzwischen zwar kostenlose Rechtsdienstleistungen erbringen dürfen,<sup>185</sup> dies aber aus wirtschaftlichen Gründen nur in geringfügigem Umfang tun (können). Verzichtet aber ein Verbraucher im Vertrauen auf den Schlichter auf die anwaltliche Rechtsberatung, so erhält er faktisch genau die nicht-parteiische Rechtsdienstleistung, die § 43a Abs. 4 BRAO verhindern und § 2 Abs. 3 Nr. 2 RDG nicht erlauben will. In gewisser Weise setzt das Schlichtungsverfahren sogar im Unterschied zum Gerichtsverfahren gerade für finanzschwache Verbraucher noch einen zusätzlichen Anreiz gegen die Beauftragung eines Rechtsanwalts, weil hier die Anwaltskosten anders als bei der staatlichen Justiz nicht über die Prozesskostenhilfe finanziert werden können.<sup>186</sup>

Dieser Befund nährt den Verdacht, der Verbraucher werde durch die geringe Formalität und vor allem durch die Kostenfreiheit für das Verfahren gewonnen, entledge sich dabei aber unversehens des Schutzes, den RDG und BRAO ihm angedeihen zu lassen suchen. Dagegen lässt sich einwenden, viele Verbraucher ließen sich faktisch nur auf kostenfreie Verfahren geringer Formalität ein; die Alternative zum Schlichtungsverfahren sei deswegen nicht eine anwaltliche Beratung, sondern ein Szenario, in dem der Verbraucher überhaupt nicht beraten wird. Dieser Einwand trifft tatsächlich einen wichtigen Problempunkt effektiver Verbraucherrechtsdurchsetzung: Verbraucher sind zwar häufig sehr interessiert an einem Rechtsrat, anders als bei der Inanspruchnahme handwerklicher Leistungen oder beim Kauf von Waren sind sie allerdings selten bereit, dafür überhaupt Geld in die Hand zu nehmen. Diese Beobachtung kann man durchaus zum Anlass nehmen, über einen vereinfachten Zugang zur Rechtsberatung für Verbraucher nachzudenken.<sup>187</sup>

Im vielstimmigen Chor der Befürworter der Verbraucherschlichtung in ihrer heute üblichsten Form gibt es nicht nur Stimmen, die das Verfahren als niedrigschwelliges Komplement zum Gerichtsverfahren betrachten, sondern durch-

<sup>183</sup> So die Sichtweise von *Hodges*, GPR 2015, 263, 266.

<sup>184</sup> So wirbt etwa der Online-Schlichter auf seiner Webseite damit, die Europäische Kommission bestätige, dass er den Parteien „die objektive Rechtslage“ aufzeige. Ähnlich *Jaeger*, AnwBl 2015, 573, 574.

<sup>185</sup> LG Essen v. 10. Oktober 2013, 4 O 226/13, NJW-RR 2014, 379; AnwGH Berlin v. 22. November 2006, II AGH 4/06, AnwBl 2007, 375; zweifelnd *Teubel/Winkler*, in: Mayer/Kroiß, RVG, 2013, § 34 Rn. 75; zum Unterschied zwischen anwerbender und gesellschaftsdienlicher kostenloser Rechtsberatung *Bälz/Moelle/Zeidler*, NJW 2008, 3383, 3387.

<sup>186</sup> *Prütting*, JZ 1985, 261, 270.

<sup>187</sup> Siehe dazu noch unten Kapitel 6 A.

aus auch solche, die auf die Notwendigkeit erschwinglicher Rechtsberatung für Verbraucher hinweisen. Tatsächlich entspricht dies Überlegungen in der Versicherungsbranche vor der Etablierung des Versicherungsombudsmanns: Dort gab es damals auch Bestrebungen, schlicht eine Rechtsberatungsstelle für Verbraucher einzurichten.<sup>188</sup> Gerade von der historischen Begriffsverwendung her<sup>189</sup> könnte man die Ombudsinstitutionen durchaus zur kostenlosen Rechtsberatung von Verbrauchern einsetzen, auch dann müssten sie aber entsprechend den Vorgaben des RDG das Lager der Unternehmer verlassen, denn wie die Justiz soll auch die Rechtsberatung nicht durch Interessenkollisionen korrumpiert werden.

### c) Funktionelle Berechtigung von Verbraucherschlichtungsstellen

Das gegenwärtige Selbstverständnis der Schlichtungsstellen als Hybriden aus justiziellen und rechtsdienstleistenden Funktionen wird mündigen Verbrauchern nicht gerecht, weil ihnen – vorgeblich im Sinne ihrer geringen Zahlungsbereitschaft – etwas als Rechtsberatung und Justizdienstleistung verkauft wird, das diesen Namen nicht verdient. Die Tatsache, dass Verbraucherschlichtungsstellen weder Aufgaben der Rechtsprechung übernehmen noch eine vollständige Rechtsberatung leisten können, führt freilich nicht zu dem Schluss, dass diese Einrichtungen bei der Lösung von Verbraucherkonflikten keine Berechtigung hätten. Allerdings müssen die Schlichtungsstellen transparent klären, welche Rolle sie bei der Streitbehandlung einnehmen und welche Funktionen sie gerade nicht ausfüllen können.

Für die in der heutigen Schlichtungspraxis überwiegend tätigen Einrichtungen bedeutet das Folgendes: Die neutrale und unabhängige Rolle, welche die ADR-Richtlinie und das VSBG für sie vorsehen, lässt sich mit der einseitigen Finanzierung nicht vereinbaren. Eine Rechtsberatung können die Stellen nicht leisten, weil sie für beide Parteien tätig sein wollen, und bei der Rechtsprechung können sie nicht mitwirken, weil sie nicht in das staatliche Justizsystem eingebunden sind. Diese funktionale Überforderung der Schlichtungsstellen war nicht von Beginn an in deren Tätigkeit angelegt. Bei näherem Hinsehen richtet sich die Kritik vornehmlich gegen den Umstand, dass die Schlichtungsstellen den Verbrauchern anstelle der vermeintlich überformalen staatlichen Gerichte und der übersteuerten anwaltlichen Rechtsberatung aufgenötigt werden sollen. Dieses Problem ist in der ADR-Richtlinie fast unauflöslich angelegt; allein die Tatsache, dass dieses Dilemma durch das Inkrafttreten der Richtlinie in einem

---

<sup>188</sup> von Hippel, *Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen*, 2000, S. 21.

<sup>189</sup> von Hippel, *Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen*, 2000, S. 2 f.; Lorenz, *VersR* 2004, 541; Brödermann, in: Derleder/Knops/Bamberger, *Handbuch Bankrecht*, 2009, § 66 Rn. 4 f.

europäischen Rahmengesetz verankert wurde,<sup>190</sup> sollte die Kritik aber nicht zum Verstummen bringen.

Die ehrlichere Funktion von Schlichtungsstellen in Trägerschaft von Unternehmensverbänden oder Kammern, die sie auch ohne systematische Kompromisse durchaus ausfüllen können, liegt daher in der Selbstkontrolle imagebewusster Unternehmen oder Branchen.<sup>191</sup> Das Beispiel der – branchenübergreifend tätigen – Wettbewerbszentrale zeigt, dass es für solche Einrichtungen einen erheblichen Bedarf gibt und deren Tätigkeit einen hohen Wirkungsgrad entfalten kann. Diese Einordnung der Verbraucherschlichtungsstellen entspricht auch eher den ursprünglichen Gründen für ihre Etablierung. Insbesondere Ombudsleute wurden traditionell innerhalb eines Unternehmens installiert und vertraten dort die Interessen der Kunden<sup>192</sup> – nicht unähnlich etwa den Arbeitnehmersprechern in den Leitungsgremien einer Kapitalgesellschaft. Die Motivation für die Einführung des Ombudsamtes bestand dabei weniger in Gerechtigkeitserwägungen als vielmehr in Gründen der Selbstkontrolle, der Imagepflege, der Kundenwerbung,<sup>193</sup> der Marketinginteressen<sup>194</sup> oder schlicht des Beschwerdemanagements<sup>195</sup>.<sup>196</sup> Ganz ähnlich gestalten sich auch heute noch die unternehmerischen Gründe für die Nutzung außergerichtlicher Streitbeilegungsmethoden. Deswegen erscheint es dann aber auch heute konsequent und vorzugswürdig, die Verbraucherschlichtungsstellen nicht als kostenlose und neutrale Privatgerichte, sondern als freiwilliges<sup>197</sup> Beschwerdemanagement von Seiten der Unternehmen oder Unternehmensverbände zu betrachten.

Insbesondere besteht die Funktion der Verbraucherschlichtung nach dieser Sichtweise gerade nicht im Individualschutz des Verbrauchers. Denn Verbraucher können *nicht aus eigener Rechtsmacht heraus* ein Schlichtungsverfahren anstrengen, sondern sind dabei abhängig vom Entgegenkommen des Unternehmers, der sich zur Eröffnung einer Beschwerdemöglichkeit vorab entscheiden muss, ob er die Schlichtung überhaupt anbieten möchte. Die Schlichtung mag faktisch auch ein gewisses Maß an Individualschutz bieten, aber dies geschieht *nur reflexhaft* und ist – zumindest in Abwesenheit einer Schlichtungspflicht für Unternehmer<sup>198</sup> – nicht deren primäre Funktion. Nur wenn dies auch deutlich sichtbar ist, weiß der mündig-interessierte Verbraucher, was er sich aus einem Schlichtungsverfahren erwarten kann.

---

<sup>190</sup> Zu dessen Bindungswirkung siehe aber oben Kap. 1 Fn. 34.

<sup>191</sup> Engel, NJW 2015, 1633, 1637.

<sup>192</sup> von Moltke, Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen, 2003, S. 32 ff.

<sup>193</sup> Motsch, in: FS Söllner, 1990, S. 403, 413.

<sup>194</sup> Micklitz, DRiZ 1983, 119, 127.

<sup>195</sup> Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 2007, S. 465.

<sup>196</sup> Siehe oben Kap. 5 Fn. 49.

<sup>197</sup> Siehe dazu noch unten Kapitel 6 B. II.

<sup>198</sup> Siehe dazu noch unten Kapitel 6 B. II.



### 3. Ergebnistransparenz

Im Sinne der Rechtsdurchsetzung wie auch einer wohlinformierten Verfahrenswahl betroffener Verbraucher ist es schließlich, wenn die Ergebnisse der Verbraucherschlichtung möglichst umfassend veröffentlicht werden.<sup>199</sup> Art. 7 Abs. 2 lit. b) ADR-RL sieht hierzu vor, dass die Streitbeilegungsstellen typische Problemstellungen veröffentlichen und unter Umständen hierzu auch Verhaltensempfehlungen geben. Eine ähnliche Regelung findet sich in § 34 Abs. 3 VSBG, gleichzeitig verpflichtet der Gesetzgeber aber in § 22 VSBG die Beteiligten im Übrigen zur Vertraulichkeit. Anders als im Gerichtsverfahren, wo Urteile nicht nur öffentlich ergehen, sondern von den Parteien wie auch von deren Anwälten durchaus auch aktiv verbreitet werden dürfen, sollen Schlichtersprüche also gerade nicht als Präzedenz für zukünftige Fälle genutzt werden. Augenscheinlich begreifen ADR-RL und VSBG die Verbraucherschlichtung als Serviceangebot der Unternehmen, denen man die Teilnahme an der Schlichtung nicht dadurch verleiden möchte, dass Verbraucher in übergroßer Zahl zur Geltendmachung ihrer Rechte motiviert werden.<sup>200</sup> Mit der vorgegebenen Zielsetzung des Gesetzgebers, die Durchsetzung von Verbraucherrechten zu verbessern, ist dies kaum in Einklang zu bringen.

Immerhin gibt es eine Reihe von Schlichtungsstellen, die einige ihrer Schlichtersprüche jenseits der gesetzlichen Vorgaben der Allgemeinheit zugänglich machen; teilweise geschieht dies sogar in einer Struktur, welche die Auffindung relevanter Informationen gerade für Verbraucher wesentlich besser ermöglicht als die amtlichen Publikationen der staatlichen Gerichte.<sup>201</sup> Verbesserungsbedarf besteht allerdings hinsichtlich der Vollständigkeit der veröffentlichten Schlichtersprüche wie auch hinsichtlich der Veröffentlichung derjenigen Entscheidungen, die Beschwerden als unzulässig verwerfen.<sup>202</sup> Denn um keinen

<sup>199</sup> Hess/Pelzer, in: Gelinsky (Hrsg.), *Schlichten statt Richten?*, 2015, S. 35, 40; Hess, *JZ* 2015, 548, 553; Tonner, *ZKM* 2015, 132, 134; anderer Auffassung sind Rühl, *ZZP* (127) 2014, 61, 93 f., und Nöbrel/Ruge, *BRAK-Mitt.* 2015, 274, 275, ihrerseits nachvollziehbar unter der hier zunächst nicht angenommenen Prämisse, dass nur Verbraucherschiedsverfahren, nicht aber Verbraucherschlichtungsverfahren der Rechtsdurchsetzung dienen sollen. Siehe dazu aber auch noch unten Kapitel 6 A.

<sup>200</sup> Die Gesetzesbegründung verweist hinsichtlich der Vertraulichkeit nur darauf, dies sei in der Schlichtungspraxis üblich; BT-Drs. 18/5089, S. 64.

<sup>201</sup> Vergleichsweise gut strukturierte Entscheidungsdatenbanken finden sich auf der Webseite des deutschen Versicherungsombudsmanns und des britischen Financial Ombudsman Service; nicht inhaltlich strukturiert sind die online abrufbaren Schlichtungsempfehlungen der Schlichtungsstelle Energie; keinerlei Entscheidungstransparenz findet sich beim Ombudsmann der privaten Banken. Kritisch zur Transparenz beim Bankenombudsmann auch Brömmelmeyer, *WM* 2012, 337, 342.

<sup>202</sup> So trennt der Versicherungsombudsmann trotz der Kritik von Eidenmüller/Engel, *ZIP* 2013, 1704, 1708 Fn. 38, auch im Jahresbericht 2014, S. 100, nicht die erfolgreichen von den teilweise erfolgreichen Beschwerden. Ebenfalls kritisch Limperg, *BRAK-Mitt.* 2015, 225, 227.

Verdacht auf die Abfindung von Verbrauchern mit unvorteilhaften Kompromissen aufkommen zu lassen,<sup>203</sup> ist gerade bei nicht-öffentlichen Schlichtungsinstitutionen ein Maximum an Transparenz wünschenswert. Damit wäre zwar die Brücke zur Kontrolle dieser Entscheidungen durch staatliche Gerichte bzw. letztendlich den BGH nicht geschlagen,<sup>204</sup> vielmehr wäre die Entwicklung eines eigenen *ADR case law*<sup>205</sup> zu befürchten,<sup>206</sup> immerhin wäre dann aber die juristische Qualität der Schlichtersprüche offenbar. Mit Blick auf die Skepsis, denen sich Schlichtungsstellen gegenwärtig teilweise ausgesetzt sehen, sollte diese Transparenz tatsächlich auch in ihrem ureigenen Interesse sein.

## C. Güteverfahren

Neben dem Schiedsverfahren und dem Schlichtungsverfahren, die auf die Entscheidung oder den Vorschlag eines Dritten ausgerichtet sind, gibt es in Verbraucherangelegenheiten in bestimmten Fällen auch Güteverfahren. Ein Güteverfahren sei dabei ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren, in dem sich der Verfahrensleiter im Unterschied zu Schiedsverfahren und Schlichtung idealiter jeglicher Bewertung enthält.

### I. Verbrauchermediation

Die bekannteste Form des Güteverfahrens ist die nicht-evaluative Mediation. Eine solche Mediation ist eine Verhandlung zweier Streitparteien, die durch einen neutralen Dritten unterstützt wird, ohne dass dieser selbst inhaltlichen Einfluss auf das Verhandlungsergebnis nimmt.<sup>207</sup>

Im Rahmen der Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten ist bisweilen von „Verbrauchermediation“ die Rede, damit ist allerdings in aller Regel keine echte

<sup>203</sup> So die Sorge (nicht Behauptung) bei *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704, 1707.

<sup>204</sup> Einen Dialog mit dem EuGH befürwortet *Basedow*, EuZW 2015, 1 f.

<sup>205</sup> *Stürner*, in: BMELV (Hrsg.), *Alternative Streitbeilegung*, 2013, S. 9, 24; *Stürner*, in: Studiengesellschaft (Hrsg.), *Jahresband 2014, 2015*, S. 86.

<sup>206</sup> Die Sorge vor einer Paralleljustiz äußern *Stürner*, in: BMELV (Hrsg.), *Alternative Streitbeilegung*, 2013, S. 9, 23; *Rübl*, ZJP (127) 2014, 61, 94; *Limperc*, NJW 2015, Editorial 15/2015. Nicht mit Sorge, sondern hoffnungsfroh sieht dies *Hodges*, ZKM 2012, 195, 197 („a new EU civil justice system“).

<sup>207</sup> Es gibt durchaus auch andere Begriffsverständnisse der Mediation, die insbesondere auch die *evaluative* Vermittlung miteinbeziehen; vgl. etwa *Duve/Eidenmüller/Hacke*, *Mediation in der Wirtschaft*, 2011, S. 87 ff.; *Greger*, in: *Greger/Unberath, MediationsG*, 2012, § 1 Rn. 5 f.; *Eidenmüller/Wagner*, in: *Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht*, 2015, Kap. 1 Rn. 35, 66 f. Selbst über die Begriffsweite in § 1 Abs. 1 MediationsG ist man sich nicht einig. Der hier verwendete enge Mediationsbegriff sucht eine Überlagerung mit dem Begriff der Schlichtung zu vermeiden; dennoch bleiben die Grenzen freilich fließend.

Mediation, sondern allgemein die Verbraucherstreitbeilegung gemeint, die insbesondere das bereits erörterte Schlichtungsverfahren umfasst.<sup>208</sup> Tatsächlich haben zivilrechtliche Mediationsverfahren im engeren Sinne zwischen Unternehmen und Verbrauchern absoluten Seltenheitswert. Das liegt teilweise daran, dass die Stellung des nicht inhaltlich intervenierenden Mediators kaum stark genug ist, um erhebliche Machtungleichgewichte zwischen den Parteien auszugleichen.<sup>209</sup> Vor allem aber ist bei Mediationen eine breite, interessenorientierte Konfliktbearbeitung in ein- oder mehrtägigen Verhandlungen typisch; Mediationsverfahren erzeugen daher in der Regel Kosten im mindestens vierstelligen Bereich,<sup>210</sup> was sich für die Parteien gerade geringwertiger Streitigkeiten in aller Regel nicht rechnet. Deswegen spielt die Mediation im engeren Sinne bei der Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten gegenwärtig und voraussichtlich auch in Zukunft keine erhebliche Rolle.

## II. Verfahren vor Gütestellen

Eine gewisse Bedeutung in Verbraucherangelegenheiten sieht das Gesetz für Gütestellen vor, die von der Landesjustizverwaltung eingerichtet oder anerkannt wurden. Für bestimmte Konflikttypen ermächtigt § 15a EGZPO die Landesgesetzgeber, die Zulässigkeit einer Zivilklage von einem vorherigen Güteversuch abhängig zu machen. Als Gütestellen fungieren dabei insbesondere Rechtsanwälte, allerdings können sich im Einzelfall durchaus auch Nichtjuristen als Gütestelle zulassen lassen.<sup>211</sup>

Seit dem Inkrafttreten der Vorschrift haben die Länder mit dieser Vorschrift experimentiert. Für Bagatellverfahren mit einem Streitwert von bis zu 750 € hat sich das obligatorische Güteverfahren nicht bewährt und wurde jeweils wieder abgeschafft, weil es sich als eine bloße Formalie entpuppte und von den Beteiligten nicht mit der notwendigen Ernsthaftigkeit betrieben wurde. Der wesentliche Anwendungsbereich liegt heute im Bereich der Streitigkeiten im Nachbarrecht, bei Verletzung der persönlichen Ehre und bei AGG-widriger Ungleichbehandlung und damit außerhalb der typischen Verbraucher-Unternehmer-Situation.<sup>212</sup>

Wendet man die in Kapitel 3 beschriebenen Bewertungsmaßstäbe auf die Gütestellen an, so stellen sich Probleme vor allem dort, wo von Nichtjuristen betriebene Gütestellen nicht nur ein Mediationsverfahren durchführen, sondern der

---

<sup>208</sup> Hess, ZZP (118) 2005, 427, 429 ff.; dem folgend Kleinschmidt, ZZP (128) 2015, 215, 220.

<sup>209</sup> Wendenburg, KritV 2015, 33 ff.; monographisch Wendenburg, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, 2013, S. 46 ff.

<sup>210</sup> Engel, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 10 Rn. 24 ff.

<sup>211</sup> Siehe insbesondere Greger, NJW 2011, 1478, 1479 ff.

<sup>212</sup> Siehe oben Kap. 4 Fn. 220.

Verfahrensleiter jenseits des engen Mediationsbegriffs auch eine Einschätzung der Rechtslage abgibt. Diese Konstellation ist allerdings in der Praxis kaum anzutreffen, weil die Güteverfahren von Verbrauchern in der Regel allenfalls mit anwaltlicher Hilfe zur Hemmung der Verjährung nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB eingeleitet werden.<sup>213</sup> Insofern kann sich die hiesige Erörterung auf die wesentliche Feststellung beschränken, dass Gütestellen in den seltenen Fällen, in denen ein Verbraucher an einer Güteverhandlung teilnimmt, deren wesentliche Charakteristika möglichst frühzeitig klarstellen sollten, um keine falschen Erwartungen hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung im Güteverfahren zu wecken.

### III. Telefonmediation

Während die Zahl der Verbrauchermediationen wie auch der Gütestellenverfahren außerhalb der in § 15a EGZPO eröffneten Fälle überschaubar geblieben ist, hat es eine besondere Spielart des Güteverfahrens in den vergangenen Jahren zu ganz erheblichen Fallzahlen gebracht. Die so bezeichnete „Telefonmediation“ wird von Rechtsschutzversicherungen als eine Art telefonischer Shuttle-Vermittlung zwischen den Streitparteien angeboten. Nach der grundsätzlichen Zustimmung der Parteien zu diesem Verfahren kontaktiert ein Rechtsanwalt abwechselnd beide Parteien und versucht, sie zu einer gütlichen Einigung zu bewegen. Das Verfahren erreicht pro Jahr inzwischen fünfstellige Fallzahlen bei einer hohen Erledigungsquote.<sup>214</sup> Für die Versicherer ist es deswegen attraktiv, weil sich auf diese Weise viele Fälle ohne die kostenintensive Befassung von parteiberatenden Rechtsanwälten und ohne die Anrufung von Gerichten erledigen lassen. Trotz der erheblichen Befriedigungswirkung dieses Modells lohnt allerdings eine Prüfung des Verfahrens an den in Kapitel 3 entwickelten Bewertungsmaßstäben.

#### 1. Verfahrensergebnis und Verfahrensleitung

Hinsichtlich des Verfahrensergebnisses sind Telefonmediationen nur oberflächlich rechtsorientiert. Zwar agiert in aller Regel ein Rechtsanwalt und damit ein Organ der Rechtspflege als Vermittler, und dieser spricht mit den Beteiligten auch durchaus über die Erfolgsaussichten eines Rechtsstreits, legt gleichsam den Schatten des Rechts über die Verhandlungen. Allerdings ist das Ziel des Vermittlers nicht eine rechtlich aufgeklärte Entscheidung der Parteien über eine mögliche Einigung und erst recht nicht die Konkretisierung einer rechtstreuen Lösung.

---

<sup>213</sup> Empirisch *Löhner*, Die freiwillige Streitschlichtung vor Gütestellen, 2008, S. 91 ff.; weiter *May/Moeser*, NJW 2015, 1637, 1638 ff.

<sup>214</sup> *Cornelius-Winkler*, SVR 2013, 201, 203, nennt eine Erledigungsquote von 90 %.

Dem steht schon entgegen, dass den Telefonmediatoren nur ein marginales Zeitkontingent für die Vorbereitung des Verfahrens zur Verfügung steht, das in aller Regel nicht ausreichen kann, um die Rechtslage auch nur annähernd vollständig zu erfassen. Ohnehin führt die überschaubare Vergütung dazu, dass sich tendenziell auf dem sonstigen Berufsmarkt weniger erfolgreiche Anwälte als Telefonmediatoren zur Verfügung stellen.<sup>215</sup> Darüber hinaus gehen die Verhaltensanreize des Vermittlers auch nicht in Richtung der Rechtsdurchsetzung oder einer sorgfältigen, rechts- oder interessenorientierten Verhandlung. Vielmehr ist sein Ziel schlichtweg die Einigung selbst. Bisweilen drückt sich dies sogar in einem Bonus für den Telefonmediator aus, wenn dieser erfolgreich eine Einigung motiviert. Der Vermittler ist daher weder neutral noch unabhängig. Dieses Setting führt in der Praxis zu asynchronen Verhandlungen von in Summe kaum 20–30 Minuten, in denen der Telefonmediator auf beide Seiten einen erheblichen Einigungsdruck aufbaut, um sie zu einem Vergleich zu bewegen.<sup>216</sup> Sieht man die Einigung nicht als Selbstzweck an, nützt dieses Verfahren nur den Versicherern, dient indes mitnichten der Durchsetzung materieller Verbraucherrechte.

## 2. Verfahrensgestaltung

Die Gestaltung des Verfahrens einer Telefonmediation scheint vordergründig durchaus den Bedürfnissen von Verbrauchern zu entsprechen. So wirbt etwa eine Rechtsschutzversicherung bei ihren Kunden wie folgt für das Verfahren: „Sie müssen nicht direkt mit der Gegenseite sprechen! Sie müssen nirgends hin! Keine Wartezeiten vor Gerichtssälen und keine langwierigen, nervenaufreibenden Verhandlungen!“<sup>217</sup> Tatsächlich kommt es Verbrauchern sehr entgegen, wenn sie ein Verfahren aus der häuslichen Komfortzone führen können, wenn sie dabei nicht unmittelbar den Anwürfen ihres Kontrahenten ausgesetzt sind, wenn sie aber dennoch das Gefühl bekommen, ihr Gegenüber müsse sich vor einem Dritten verantworten, und wenn schließlich das gesamte Verfahren für sie kostenlos durchgeführt wird.

Eine schwerwiegende Schwäche in der Verfahrensgestaltung liegt allerdings darin, dass der Verbraucher sich nur in einem engen Zeitkorsett zu der Sache äußern kann. Während er seine Sicht der Streitigkeit artikuliert, wird ihm der Telefonmediator überdies häufig nur äußerlich zuhören, weil seine innere Aufmerksamkeit in der Praxis zumindest auch darauf gerichtet ist, für den Betroffenen unsichtbar schnelle Rechtsrecherchen im Internet durchzuführen, um die Rechtslage zumindest einigermaßen einschätzen zu können. Der Rechtsu-

---

<sup>215</sup> *Cornelius-Winkler*, SVR 2013, 201, 203.

<sup>216</sup> Ausführlich *Engel*, in: Eidenmüller/Wagner, *Mediationsrecht*, 2015, Kap. 10 Rn. 55 ff.

<sup>217</sup> <https://www.ks-auxilia.de/service/schaden/mediation-intelligente-konfliktloesung.html>.

chende hat so zwar den Eindruck, ihm werde rechtliches Gehör gewährt, tatsächlich können seine Ausführungen aber nur sehr begrenzt gewürdigt werden. Das Verfahren ist zwar hinsichtlich der Aspekte Erreichbarkeit und Kosten denkbar verbraucherfreundlich, diese Vorteile werden aber durch einen nahezu vollständigen Verzicht auf Rechtsdurchsetzung teuer erkaufte.<sup>218</sup>

### 3. Transparenz

Schließlich wirft die Telefonmediation auch hinsichtlich der Verfahrenszieltransparenz erhebliche Fragen auf. Denn die Parteien werden angesichts der Zugehörigkeit des Vermittlers zur Anwaltschaft erwarten, dass dieser sich um eine Aufklärung der Rechtslage bemüht. Tatsächlich ist dieser allerdings aufgrund seiner begrenzten Sachkunde dazu einerseits gar nicht in der Lage und hat andererseits auch gar kein Interesse an einer rechtlich aufgeklärten Entscheidung, sondern allein an einer Einigung. Die Parteien erwarten insofern eine rechtsorientierte Güteverhandlung, erhalten aber einen fast bedingungslosen Einigungsdruck.

Neben diesem Problem der Verfahrenszieltransparenz ist bei der Telefonmediation auch ein Mangel an Funktionstransparenz zu beklagen. Denn der Telefonmediator erweckt durch die Selbstbezeichnung als „Mediator“ den Eindruck, er begleite die Verhandlungen gemäß § 1 Abs. 2 und § 3 Abs. 1 S. 2 MediationsG neutral und unabhängig. Gleichzeitig erweckt er durch seine Äußerungen zur Rechtslage den Anschein, er erteile den Beteiligten einen parteiischen Rechtsrat.<sup>219</sup> Er will gleichsam Mediator und Anwalt zugleich sein.<sup>220</sup> Dabei enttäuscht er letztlich beide Erwartungen, weil er weder neutral und unabhängig ist, noch die Parteien sachgerecht über ihre Rechte und eine interessengerechte Verhandlungsstrategie beraten kann. Allein der Verbraucher wird diese Funktionsdiffusion in der Regel nicht erkennen und dem taktischen Ratschlag des Vermittlers mit hoher Wahrscheinlichkeit folgen.

Diese schon aus Transparenzgründen heikle Doppelrolle des Telefonmediators bringt auch eine berufsrechtlich problematische Komponente mit sich. Denn es macht einen erheblichen Unterschied, ob jemand die Interessen zweier Parteien miteinander auszugleichen sucht oder mit einer Seite den juristisch und

---

<sup>218</sup> Insgesamt skeptisch auch *Jaeger*, AnwBl 2015, 573, 575.

<sup>219</sup> Zur Bedeutung der Anwaltschaft für eine „sofortige, parteiisch einseitige, interessenkollisionsfreie Beratung“ *Lauda*, NJW 2014, 2208 f. Zur Vereinbarkeit der Telefonmediation mit dem Rechtsdienstleistungsverbot für Rechtsschutzversicherungen nach § 4 RDG *Fries*, in: *Behme/Fries/Stark* (Hrsg.), *Versicherungsmechanismen im Recht*, 2016, S. 1, 8 ff.

<sup>220</sup> Siehe etwa die Beschreibung bei *Wendt*, in: *HK-MediationsG*, 2014, Teil 3.8 Rn. 10, der Telefonmediationen als „teilweise mediative, teilweise konfliktberatende Verfahren“ bezeichnet. Demgegenüber spricht sich *Spindler*, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, 2006, Rn. 391 ff., 394 f. für eine klare Trennung der Versicherer zwischen Prozess- und Mediationsrechtsschutz aus.

verhandlungstaktisch besten Weg zur Verwirklichung seiner individuellen Interessen sucht.<sup>221</sup> Indem aber ein Telefonmediator die Erwartungen beider Seiten hinsichtlich ihrer rechtlichen Erfolgsaussichten dämpft, berät er beide zur Rechtslage. Zwar mag es häufig durchaus sachgerecht sein, den Überoptimismus der Betroffenen durch eine Analyse der Prozessrisiken zu mäßigen. Wenn dies allerdings durch einen Rechtsanwalt geschieht, der den Eindruck erweckt, beide Parteien ihren Interessen entsprechend zu beraten, handelt es sich um die Vertretung<sup>222</sup> widerstreitender Interessen, die Anwälten nach § 43a BRAO bzw. § 3 Abs. 1 BORA untersagt und nach § 356 StGB als Parteiverrat strafbar ist.

Aus diesen Überlegungen folgt nicht zwingend, dass die Telefonmediation als solche keine Zukunft haben kann. Allerdings sind die Versicherer aufgerufen, jeglicher Irreführung der Erwartungen der Verbraucher an die Tätigkeit des Telefonmediators vorzubeugen.<sup>223</sup> Dazu sollten sie jedenfalls das Verfahrensziel und die Verhaltensanreize des Vermittlers eindeutig offenlegen. Zudem erscheint es zwingend erforderlich, dass der Verbraucher vorab darüber informiert wird, dass er einen eigenen Anwalt konsultieren kann.<sup>224</sup> Ohne eine vorausgehende Beratung zur Rechtslage riskieren Verbraucher, sich in der Telefonmediation über Rechte zu vergleichen, an deren Bestehen kein vernünftiger Zweifel bestehen kann.<sup>225</sup> Mangelnde Transparenz geht im Zweifel auch hier zu Lasten des Verbrauchers.

## D. Anwaltliche Rechtsdienstleistung

Neben dem Schiedsverfahren, der Schlichtung und dem Güteverfahren als strukturierte außergerichtliche Verfahren zur Lösung von Verbraucherkonflikten kann auch die anwaltliche Rechtsdienstleistung einen Beitrag zur Durchsetzung materieller Verbraucherrechte leisten. Zwar ist ein Anwalt parteiischer Konfliktberater seines Mandanten, der mit ihm die materielle Rechtslage wie auch Chancen und Taktiken unterschiedlicher Vorgehensweisen erörtert. Gleichzeitig ist der Anwalt indes auch gemäß § 1 BRAO ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, das verpflichtet ist, den Interessen seines Mandanten

<sup>221</sup> Vgl. *Cornelius-Winkler*, NJW 2014, 588, 590.

<sup>222</sup> Auch die rechtliche Beratung ist bereits eine „Vertretung“ im Sinne des § 43a Abs. 4 BRAO; siehe oben Kap. 5 Fn. 177.

<sup>223</sup> Das LG Frankfurt am Main v. 7. Mai 2014, 2–06 O 271/13, NJW 2014, 2204, 2207, sah in der durch eine *Rechtsschutzversicherung* festgelegten obligatorischen Vorschaltung eines *Mediationsverfahrens* keine Irreführung nach §§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 5a UWG; in der Folgeinstanz bestätigt durch OLG Frankfurt am Main v. 9. April 2015, 6 U 110/14; anderer Auffassung ist *Lauda*, NJW 2014, 2208, 2209.

<sup>224</sup> Eine solche aktive Information seitens der Versicherung unterbleibt gegenwärtig meistens, vgl. *Eberhardt*, ZKM 2014, 83, 86.

<sup>225</sup> So nunmehr auch OLG Frankfurt am Main v. 9. April 2015, 6 U 110/14.

allein auf dem gesetzlichen Wege zu dienen.<sup>226</sup> Insoweit nimmt er eine öffentliche Aufgabe wahr.<sup>227</sup> In dieser Rolle setzt der Anwalt auch außerhalb der Gerichte Recht durch, indem er – abhängig vom Ziel des Mandanten – berechnete Ansprüche geltend macht oder aber von der Geltendmachung unberechtigter Ansprüche abrät. Auch die anwaltliche Rechtsdienstleistung soll im Folgenden an den Bewertungsmaßstäben für die Durchsetzung materieller Verbraucherrechte gemessen werden.

### I. Verfahrensergebnis

Als Organ der Rechtspflege ist ein Anwalt ebenso wie ein staatlicher Richter dazu verpflichtet, das materielle Recht zu prüfen und anzuwenden. Allerdings muss er die Sachverhaltsaufklärung überwiegend nur zugunsten seines eigenen Mandanten betreiben und auch rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten nur zu dessen Gunsten ausschöpfen. Das führt im Ergebnis dazu, dass die Dienstleistung eines Rechtsanwalts gleichsam einseitig rechtsorientiert ist: Er ist nicht verpflichtet, ein streitiges Rechtsverhältnis universal einer rechtsorientierten Lösung zuzuführen, sondern er ist nur für die Durchsetzung der Ansprüche seines Mandanten verantwortlich. Dem Mandanten allerdings schuldet er einen sachorientierten Rechtsrat.

Dieses Idealbild einer durchaus strengen Rechtsbindung anwaltlicher Tätigkeit erfährt freilich in der Praxis eine nicht unerhebliche Relativierung, die das Ergebnis anwaltlicher Mandatsarbeit hinsichtlich ihrer Rechtstreue deutlich hinter die Rechtsdurchsetzungsqualität etwa der Justiz zurücktreten lässt. Dies liegt zum einen daran, dass Anwälte ihre Mandanten auch als Organ der Rechtspflege insoweit parteiisch vertreten, als sie für diese ungünstige Umstände nicht unbedingt von sich aus in die Lösungsfindung einbringen müssen. Zum anderen steht und fällt die Rechtstreue anwaltlicher Rechtsdienstleistung mit der juristischen Qualifikation der konkret beteiligten Rechtsanwälte selbst.

### II. Verfahrensleitung

So wie die Qualität der Entscheidungsinstanz eines von einem Dritten geleiteten Konfliktlösungsverfahrens von der Qualifikation, Unabhängigkeit und Autorität des Verfahrensleiters abhängt, steht und fällt auch die Qualität des anwaltlichen Rechtsrats mit dessen persönlicher Eignung. Während die juristische

---

<sup>226</sup> *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481, 1482 f. m.w.N.; *Kilian*, Rechtliche Grundlagen der anwaltlichen Tätigkeit, 2005, S. 75 ff.; *Schautes*, Anwaltliche Unabhängigkeit, 2005, S. 27 ff.; *Hellwig*, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I, 2009, S. 163, 171 f.

<sup>227</sup> *Brüggemann*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, 2016, § 1 Rn. 6.



Qualifikation durch das Zulassungsverfahren überprüft wird und die Autorität an seinem Stand haftet, verdient seine Unabhängigkeit eine nähere Betrachtung. Hier erscheint insbesondere als wichtig, dass die anwaltliche Vergütung ungefähr seinem Arbeitsaufwand entspricht. Nur so lässt sich ausschließen, dass der Anwalt zu einem Vorgehen rät, das für seinen Mandanten nicht vorteilhaft ist oder auch rechtlich unzulässig ist, nur weil er selbst davon am meisten profitiert.

Vor diesem Hintergrund erscheint insbesondere die Einigungsgebühr nach Nr. 1000, 1003 f. VV RVG problematisch. Sie gibt Rechtsanwältinnen einen Anreiz dazu, sich vor Gericht zu einigen.<sup>228</sup> Dies scheint vordergründig im Einklang mit § 278 Abs. 1 ZPO zu stehen, wonach die gütliche Beilegung einer Streitigkeit in jeder Lage des Verfahrens als vorzugswürdig gilt. Zusammen mit der Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG ergibt sich daraus aber ein Anreiz, schwache Fälle vor Gericht zu tragen und dort einvernehmlich beizulegen.<sup>229</sup> Zwar trägt es in der Tat zur Entlastung der Gerichte bei, wenn diese die ihnen vorgetragenen Fälle vergleichen können und nicht entscheiden müssen. Noch entlastender wäre und den Interessen der Rechtsuchenden an Kostenvermeidung wesentlich besser entspräche es jedoch, wenn diese Fälle gar nicht erst vor Gericht kämen. Wären Anwälte einem Vergütungsschema ausgesetzt, dem zufolge ihnen eine Einigung nur außerhalb des Gerichts etwas bringt und der Umfang ihrer Terminsgebühr davon abhängt, inwieweit sie in der Sache obsiegen, so würden sie Fälle mit schwachen oder diffusen Erfolgsaussichten tendenziell außergerichtlich beilegen. Darin läge zwar eine teilweise Einführung eines gesetzlichen Erfolgshonorars, mit dem anwaltlichen Berufsrecht wäre dies allerdings unproblematisch vereinbar und aus Anreizgesichtspunkten sehr zu begrüßen.<sup>230</sup> Zusätzlich könnte sogar die Reputation der Gerichte davon profitieren, weil es auf diese Weise vermutlich weniger Fälle gäbe, in denen Anwälte nach einer Prozessniederlage gegenüber dem Mandanten das Gericht für Fehler der eigenen Prozessführung verantwortlich machten.<sup>231</sup>

Indem die skizzierten Fälle heute häufig vor Gericht landen und dort verglichen werden, wird zwar infolge der gerichtlichen Prüfung und der richterlichen Hinweise zur Rechtsauffassung des Gerichts nicht unbedingt Unrecht durchge-

<sup>228</sup> Klees, in: Mayer/Kroiß, RVG, 2013, Nr. 1000 VV RVG Rn. 2.

<sup>229</sup> Weiterführend zu Anreizen von Rechtsanwältinnen im Prozess *Egli*, Vergleichsdruck im Zivilprozess, 1996, S. 46 ff.

<sup>230</sup> Entgegen *Teubel*, in: Mayer/Kroiß, RVG, 2013, § 4a Rn. 32, dürfte infolge einer solchen Anpassung des Gebührenrechts nicht unbedingt eine „Zockermanier“ bei Anwälten zu befürchten sein, wenn die Gebühren auch im Erfolgsfall verhältnismäßig blieben. Schließlich hatte bereits das BVerfG in seinem Urteil zu anwaltlichen Erfolgshonoraren v. 12. Dezember 2006, 1 BvR 2576/04, BVerfGE 117, 163, 185 f., 192, klargestellt, dass das damals entschärfte Verbot von Erfolgshonoraren durchaus sogar weiter gelockert werden könnte, und dass es keinen Grund für die Befürchtung gebe, die Zulassung von Erfolgshonoraren werde eine Prozessflut auslösen.

<sup>231</sup> Dieses Phänomen kritisiert nachdrücklich *Koch*, Verbraucherprozessrecht, 1990, S. 25.

setzt. Allerdings werden durch einen Vergleich erzielte Vorteile zugunsten der Betroffenen häufig durch die hohen anwaltlichen Gerichtsgebühren wieder nivelliert, so dass der wesentliche wirtschaftliche Vorteil aus der Rechtsdurchsetzung nicht der Mandant, sondern der Anwalt zieht. Das gilt sogar dann, wenn der Anwalt eine grundsätzlich berechnete, aber im Betrag überhöhte Forderung einklagt: Spricht das Gericht etwa einem Unfallopfer nur einen Teil des beantragten Schadensersatzes zu, so wird dieser Teil durch die teilweise negative Kostenfolge nach § 92 Abs. 1 ZPO regelmäßig erheblich dezimiert oder sogar aufgefressen. An der überhöhten Forderung verdient dann nur der Anwalt, dessen unverminderte Gebühren sich aus dem höheren Streitwert berechnen. Weil Rechtsuchende wiederum gegen solcherlei Misserfolg eines gerichtlichen Vorgehens berechnete, wenn auch diffuse Bedenken hegen, werden viele auch bei einer berechtigten Forderung von der Anrufung eines Gerichts absehen. Auch das läuft der Durchsetzung des materiellen Rechts zuwider.

### *III. Verfahrensgestaltung*

Da es sich bei der anwaltlichen Rechtsdienstleistung nicht um ein strukturiertes Rechtsdurchsetzungsverfahren, sondern um eine Beratung und Begleitung der Rechtsdurchsetzung handelt, können die in Kapitel 3 entwickelten Bewertungsmaßstäbe zur Verfahrensgestaltung hierfür kaum sinnvoll herangezogen werden. Gleichwohl lohnt ein genauerer Blick auf den Abschluss des Mandatsvertrags einschließlich der Dokumentation der anwaltlichen Beratung sowie auf die Kosten der anwaltlichen Rechtsdienstleistung.

Anwälte unterliegen inzwischen weitreichenden Formalitäten bei Abschluss und Durchführung des Mandats. Kern der Dokumentationspflichten ist § 50 BRAO, der den Anwalt zur Führung einer Handakte verpflichtet. Darüber hinaus wäre die Dokumentation anwaltlicher Empfehlungen erwägenswert – nicht in erster Linie, um Haftungsprozesse gegen Rechtsanwälte zu erleichtern, sondern um einen Anreiz für wenn schon nicht ausführlich begründete, dann doch zumindest pragmatische Empfehlungen und deutliche Risikobelehrungen zu setzen. Vor allem aber gestaltet sich schon der Abschluss eines Mandatsvertrags insbesondere im Bereich des Fernabsatzes seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie als überaus kompliziert und dringend reformbedürftig. Denn im Fernabsatz steht Verbrauchern nun auch bei Mandatsverträgen nach §§ 312c, 312g BGB ein Widerrufsrecht zu. Das führt dazu, dass Anwälte telefonische Spontanberatungen schon aufgrund der umfangreichen vorvertraglichen Informationspflichten nach § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 EGBGB nicht mehr vergütungssicher durchführen können, und auch eine Beratung per E-Mail verlangt nun einen umfangreichen Dokumentenaustausch, der die Beratung im Zweifel

für mehrere Wochen aussetzt.<sup>232</sup> Gerade für fristgebundene Angelegenheiten sind Betroffene, die sich nicht bereits vorab in einer stehenden Mandatsbeziehung zum Anwalt befinden, damit auf einen persönlichen Besuch in den Kanzleiräumlichkeiten angewiesen. Das erscheint gerade in Zeiten zunehmender Digitalisierung des Rechtsdienstleistungsmarkts als ein Anachronismus; eine Aufnahme der anwaltlichen Beratung in den Katalog des § 312g Abs. 2 BGB ist insofern dringend geboten.<sup>233</sup>

Hinsichtlich der Kosten der anwaltlichen Rechtsdienstleistung befindet sich der Gesetzgeber in einem Dilemma: Will er das Maß der Rechtsdurchsetzung durch Rechtsanwälte stärken, muss er einerseits die Kostenbeiträge der Verbraucher minimal halten, um diese nicht von der Mandatierung eines Anwalts abzuhalten. Gleichzeitig muss die Vergütung auch bei geringen Streitwerten hoch genug sein, damit die Bearbeitung dieser Mandate für Anwälte wirtschaftlich ist. Um diesen Spagat zu schaffen, geht der Gesetzgeber aktuell einen Mittelweg, über den zumindest einige Anwälte auch kleine Forderungen durchsetzen und zumindest einige Betroffene zu einer entsprechenden Gebühreninvestition bereit sind.

Einen ebenso wichtigen Beitrag leisten Rechtsschutzversicherer, welche die Kostenhürde für ihre Versicherungsnehmer weitgehend eliminieren und über ein System von Vertragsanwälten die rechtliche Betreuung der Rechtsstreitigkeiten sicherstellen. Um deren Rechtsschutz auf die Gesamtheit der Verbraucher auszuweiten, ist vereinzelt eine Rechtsschutzpflichtversicherung vorgeschlagen worden; dagegen sprechen allerdings vor allem Gesichtspunkte der Selbstbestimmung und Effizienz.<sup>234</sup> Auch die systematische Ausweitung der Rechtsberatung durch Studenten im Rahmen so genannter Legal Clinics erscheint nicht unproblematisch, weil die Qualitätskontrolle durch Volljuristen tendenziell weniger sorgfältig als die Fallprüfung im Rahmen der anwaltlichen Rechtsberatung sein dürfte und weil die zu sorgfältiger Überwachung der beratenden Studenten bereiten Volljuristen nur punktuell zur Verfügung stehen.<sup>235</sup> Überzeugender erscheint es, die Digitalisierung der anwaltlichen Rechtsdienstleistung überlegt zu fördern, um insbesondere unnötige Kosten von Formalien zu

<sup>232</sup> Ausführlich *Härtling/Thiess*, AnwBl 2014, 906 f.

<sup>233</sup> Dieser Vorschlag erscheint zwar *prima facie* nicht mit dem weiten Anwendungsbereich von Art. 3 der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU vereinbar, insofern müsste womöglich der europäische Gesetzgeber nachsteuern. Allerdings sprechen auch gute Gründe dafür, dass der EuGH die Richtlinie wegen der unverhältnismäßigen Sanktionen für die Nichterfüllung vorvertraglicher Informationspflichten ohnehin als nichtig verwerfen müsste; siehe dazu *Wendehorst*, GPR 2015, 55, 64 ff.

<sup>234</sup> Siehe oben Kap. 4 Fn. 138.

<sup>235</sup> *Piekenbrock*, AnwBl 2011, 848 ff.; optimistischer *Dastis/Udich*, AnwBl 2013, 721 ff. Grundsätzlich kritisch gegenüber einem Übergewicht der Praxisausbildung im Studium *Lorenz*, in: Hof/Götz von Olenhusen (Hrsg.), *Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen*, 2012, S. 132, 135 ff.

reduzieren. Dabei können interaktive Rechtsprüfungsmodelle zumindest in der Erstprüfung durchaus eine Rolle spielen.<sup>236</sup> Darüber hinaus erscheint es erwägenswert, die Durchsetzung materieller Verbraucherrechte durchaus auch über Kollektivverfahren sowie womöglich auch über Behörden zu suchen.<sup>237</sup>

#### IV. Transparenz

Bei der Rechtsdurchsetzung leistet die Anwaltschaft eine häufig hilfreiche, wenn auch nicht unbedingt notwendige Hilfestellung. Die Rolle des Anwalts besteht dabei insbesondere darin, dem Mandanten eine Einschätzung über die rechtlichen Aussichten seines Begehrens zu geben und ihn bei der Wahl des adäquaten Verfahrens zur bestmöglichen Verwirklichung seiner Interessen zu beraten. Dazu gehört namentlich eine transparente Aufklärung darüber, was der Mandant von einem Gerichtsverfahren erwarten kann und welche Erwartungen dort nicht erfüllt werden.

Auf diese Weise stellen Rechtsanwälte auch einen Sicherungsmechanismus für mangelnde Transparenz anderer Rechtsdurchsetzungsinstitutionen dar. Soweit diese die potenziellen Verfahrensnutzer nicht ausreichend informieren, welche Ziele das jeweilige Verfahren verfolgt, welche Rolle der Verfahrensleiter einnimmt und welche Resultate das Verfahren typischerweise zeitigt, steht es in der Verantwortung des beratenden Anwalts, diese Charakteristika umfassend darzustellen. Diese Verdoppelung der Transparenzpflicht ist dabei im Sinne der Betroffenen, weil Schadensersatzansprüche infolge von Aufklärungspflichtverletzungen ohnehin schwierig durchzusetzen sind und weil eine Information aus verschiedenen Richtungen eine besser fundierte Verfahrenswahl ermöglicht. Das gilt unabhängig von der konkreten Zielsetzung des Verbrauchers: Unabhängig davon, ob er ausschließlich seine Rechte durchsetzen möchte oder auch außerrechtliche Ziele verfolgt, kommen für ihn in aller Regel unterschiedliche Konfliktlösungsverfahren in Betracht, deren Vor- und Nachteile im konkreten Fall sich nur bei ausreichender Kenntnis der wesentlichen Entscheidungsparameter sachgerecht gegeneinander abwägen lassen.

---

<sup>236</sup> Engel, JZ 2014, 1096, 1099 f.; Frese, NJW 2015, 2090 ff. Zweifelsohne müssen Vorläufigkeit und Überschlägigkeit einer automatischen Rechtsprognose maximal transparent sein, um eine Irreführung der Verbraucher zu vermeiden. Nachgerade skeptisch dennoch Kotsooglou, JZ 2014, 451 ff., und Kotsooglou, JZ 2014, 1100 ff.

<sup>237</sup> Siehe unten Kapitel 6 C.

## E. Konfliktlösung durch Handelsintermediäre

Den jüngsten Mechanismus zur Konfliktlösung bei Verbraucherstreitigkeiten stellen Konfliktlösungssysteme von Intermediären im Online-Handel dar. Dazu zählen einerseits die Streitbeilegungsinstrumente von Plattformen wie eBay und Amazon, andererseits aber auch die Systeme von Zahlungsdienstleistern wie Kreditkartenunternehmen<sup>238</sup> oder dem eBay-Ableger PayPal.<sup>239</sup> Diese Unternehmen wickeln tagtäglich Millionen von Kaufverträgen im elektronischen Handel ab und haben hier den faktisch ersten Zugriff auf Probleme, die sich bei behaupteter Schlechtleistung insbesondere von Seiten des Verkäufers ergeben.<sup>240</sup> Mit dem steten Wachstum des E-Commerce steigt auch die Bedeutung dieser Formen der Konfliktlösung entsprechend an. Das liegt nicht zuletzt daran, dass allein die hier tätigen Anbieter bisher die technologisch innovativen wie auch kostenarmen Instrumente der Online-Streitbeilegung konsequent entwickelt und implementiert haben. Sie sind damit der staatlichen Gerichtsbarkeit wie auch den verbandlichen Schlichtungsstellen weit voraus.

Mit ihren Online-Streitbeilegungsmechanismen operieren die Handelsintermediäre bislang weitgehend im unregulierten Raum.<sup>241</sup> Zwar hat die Europäische Union zwischenzeitlich die Bedeutung der Online-Konfliktlösung beim Handel mit geringwertigen Gütern erkannt und im Jahr 2011 eine Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten erlassen.<sup>242</sup> Dieser Rechtsakt betrifft allerdings nur die Online-Vernetzung der in der ADR-Richtlinie vorgesehenen Schlichtungsstellen und geht damit an den Rechtstatsachen des E-Commerce weitgehend vorbei.<sup>243</sup> Die ADR-Richtlinie bzw. die Umsetzungsgesetze der Mitgliedstaaten müssen die Online-Plattfor-

---

<sup>238</sup> Die Konfliktlösung durch Kreditkartenanbieter wird im Folgenden nicht näher in Betracht genommen, weil es im sog. Chargeback-Verfahren im Wesentlichen nur um die Frage geht, ob der kartenbelastende Händler einen Vertragsschluss nachweisen kann.

<sup>239</sup> Ein Überblick findet sich bei *Hofmeister*, Online Dispute Resolution bei Verbraucherverträgen, 2012, S. 70 ff. Zur Entstehung der Online-Streitbeilegung *Katsh/Rifkin*, Online Dispute Resolution, 2001; ausführlicher *Rule*, Online Dispute Resolution For Business, 2002; *Kaufmann-Kohler/Schultz*, Online Dispute Resolution, 2004; *Cortés*, Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union, 2011.

<sup>240</sup> Der Käufer geht im E-Commerce üblicherweise in Vorleistung, so dass die unzureichende Erfüllung seiner Leistungspflichten selten Anlass für einen Konflikt gibt.

<sup>241</sup> Auf internationaler Ebene gab es zwar mehrfach Versuche zur Definition von Best-Practice-Standards, vgl. etwa die sehr allgemein gehaltenen OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce aus dem Jahr 1999. Zu rechtlich bindenden Verhaltensmaßregeln hat dies jedoch bislang nicht geführt. Siehe auch *Hofmeister*, Online Dispute Resolution bei Verbraucherverträgen, 2012, S. 179 ff.

<sup>242</sup> Verordnung (EU) Nr. 524/2013 über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (ODR-Verordnung).

<sup>243</sup> *Grupp*, AnwBl 2015, 186, 193.

men nicht beachten, solange sie sich nicht in das dadurch initiierte Schlichtungsnetzwerk eingliedern möchten.

Technisch handelt es sich bei den Konfliktlösungsmechanismen im elektronischen Handel in der Regel um eine Schlichtung. Diese unterscheidet sich freilich insofern grundlegend von der in Kapitel 5 B. erörterten Methode, als Handelsintermediäre überwiegend nicht den Anspruch formulieren, materiellen Rechten zur Durchsetzung zu verhelfen. Deswegen stellt sich auch die Frage nach der Eignung ihrer Verfahren für die Rechtsdurchsetzung allenfalls dann, wenn man aus dem Geltungsanspruch des zwingenden Verbraucherrechts das Postulat ableitet, dass die nämlichen Verfahren sich auch am Recht orientieren sollten.<sup>244</sup> Nur mit Zurückhaltung kann an dieser Stelle deswegen eine Bewertung der Konfliktlösungsangebote von Handelsintermediären vorgenommen werden.

### *I. Verfahrensergebnis*

Die von Handelsintermediären organisierten Konfliktlösungsverfahren zielen auf eine einvernehmliche Streitbeilegung im Wege eines außergerichtlichen Vergleichs gemäß § 779 BGB. Der dem Verfahren zugrunde liegende Ergebnismaßstab wird von dessen Organisatoren allerdings nicht einheitlich gehandhabt. In der Kommunikation nach außen ist etwa von einer Konfliktlösung nach Treu und Glauben<sup>245</sup> oder von einer Absicherung der Kunden gegen unseriöse Vertragspartner<sup>246</sup> die Rede. Dahinter kann sich allerdings im Einzelfall durchaus ein Entscheidungsmechanismus verbergen, der dem materiellen Verbraucherrecht nachgebildet ist.

Am konkretesten lässt sich der angewendete Entscheidungsmaßstab am Beispiel des Zahlungsdienstleisters PayPal nachvollziehen. Denn PayPal hat eine Käuferschutzrichtlinie veröffentlicht, der sich weitgehend entnehmen lässt, nach welchen Grundsätzen die Beschwerde eines Kunden behandelt wird.<sup>247</sup> Man könnte auch sagen: Die Käuferschutzrichtlinie ist das in die Form einer Garantie gemäß § 443 Abs. 1 BGB gekleidete materielle Recht, das PayPal seiner Entscheidung zu Grunde legt. Probleme mit einer Nichtleistung oder Schlechtleistung in einem Kaufvertrag entscheidet PayPal danach zugunsten des Käufers, solange nicht der Verkäufer über eine Sendungsverfolgung den Zugang ei-

---

<sup>244</sup> Zu den Grenzen des Geltungsanspruchs des materiellen Rechts siehe oben Kapitel 2 C. I. 1.

<sup>245</sup> So etwa beim Käufer-Schlichtungsprogramm der Amazon-Tochter Amazon Payments.

<sup>246</sup> Damit wirbt der Zahlungsdienstleister PayPal.

<sup>247</sup> Spiegelbild der Käuferschutzrichtlinie ist die Verkäuferschutzrichtlinie, die entsprechende Regeln im Verhältnis von PayPal zum Verkäufer festlegt.

ner Sendung beim Käufer nachweist. Damit bildet PayPal insbesondere die Regelung der §§ 474 Abs. 4, 475 Abs. 1 BGB nach, wonach die Preisgefahr beim Verbrauchsgüterkauf beim Verkäufer bleibt. Jenseits der Käuferschutzrichtlinie entscheidet PayPal im Wesentlichen nach dem Grundsatz, dass Ware und Geld nie bei derselben Partei sein dürfen, und wendet in Zweifelsfällen schlicht eigenes Ermessen an.

Diese Vorgehensweise trifft in vielen Fällen das geltende Recht, etwa wenn die Kaufsache auf dem Versandweg untergeht oder wenn ein Verbraucher den Vertrag widerruft und den Artikel zurücksendet. In anderen Fällen weicht PayPal allerdings durchaus vom geltenden Recht ab, etwa wenn Rücksendekosten nach Art. 5.2. der Käuferschutzrichtlinie pauschal dem Käufer auferlegt werden,<sup>248</sup> wenn der Käufer die Ware retourniert, obwohl wegen Verfristung seines Widerrufs oder in Ermangelung eines Rücktrittsgrundes kein Rückabwicklungs-schuldverhältnis entstanden ist, oder wenn der Rückerstattungsanspruch des Käufers durch Aufrechnung erloschen ist. Zudem behandelt PayPal gewerbliche Verkäufer und Privatverkäufer gleich und wandelt damit den gesetzlichen Verbraucherschutz innerhalb seines Konfliktlösungssystems in einen allgemeinen Käuferschutz um. Mit Blick darauf mag man zumindest bei einigen Handelsintermediären durchaus von rechtsorientierten, aber allenfalls zufällig rechtstreuen Verfahrensergebnissen sprechen. Es bedürfte einer Verfeinerung der angewandten Entscheidungsregeln, um eine bessere Näherung an das materielle Recht zu erreichen. Da der von PayPal unterbreitete Einigungsvorschlag automatisiert vorbereitet wird, erscheint die Anwendung eines komplexeren Regelsystems immerhin nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>249</sup>

## II. Verfahrensleitung

Die Leitung der von Handelsintermediären betreuten Konfliktlösungsverfahren liegt nach zwischenzeitlichen Experimenten mit Freiwilligengremien<sup>250</sup> heute in der Hand von juristisch kaum qualifizierten Sachbearbeitern. Soweit in die Definition der Algorithmen für die automatische Fallvorbereitung bereits juristische Expertise eingeflossen ist, kommt diese auch bei der Konfliktlösung zum Tragen. Soweit eine Entscheidung wegen der Besonderheiten des Falles al-

<sup>248</sup> § 357 Abs. 6 S. 1 BGB weist dem Verbraucherkäufer die Kosten der Rücksendung nur zu, wenn er über diese Pflicht gemäß Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EGBGB korrekt unterrichtet wurde.

<sup>249</sup> Zum Für und Wider einer automatisch vorbereiteten Regelanwendung siehe bereits die Nachweise oben in Kap. 5 Fn. 236.

<sup>250</sup> So hat etwa eBay zu Beginn des 21. Jahrhunderts vorübergehend einen *community court* erprobt, in dem ein aus verdienten Plattformnutzern zusammengesetztes Board über Kundenbeschwerden entschied; ausführlich *Rule*, AC Resol. Mag. 2008, 8 ff.; *Rule/Nagaranjan*, AC Resol. Mag. 2010, 4 ff.

lerdings dem Ermessen des Sachbearbeiters anheim gegeben ist, sind von dort juristische Erwägungen nicht zu erwarten.

Auch die Bewertung der Unabhängigkeit und Neutralität der Handelsintermediäre fällt ambivalent aus. Im Grundsatz haben Plattformanbieter wie auch Zahlungsdienstleister ein erhebliches Eigeninteresse daran, dass der Handel auf ihrer Plattform zur Zufriedenheit beider Parteien funktioniert, denn dies bildet die Grundlage für ihren zukünftigen unternehmerischen Gewinn.<sup>251</sup> In Gefahr gerät gerade die Unabhängigkeit des Intermediärs aber dann, wenn eine Partei einseitig vom Handel auf seiner Plattform abhängig ist. In der gegenwärtigen Praxis des E-Commerce sind dies am ehesten die gewerblichen Händler. Denn während Verbraucher vergleichsweise einfach auf andere Plattformen oder auf den stationären Handel ausweichen können, sind Unternehmer häufig auf den Absatz im E-Commerce spezialisiert. Da die Plattformanbietern im Oligopol und die Zahlungsdienstleister teilweise sogar im Monopol agieren, ist ein Plattformwechsel für Händler nur begrenzt und auch dann wegen des notwendigen Reputationsaufbaus nur mit erheblichem Aufwand möglich. Hinzu kommt, dass Zahlungsdienstleister wie PayPal den vom Kunden gezahlten Kaufpreis häufig vorübergehend als Treuhänder verwalten und damit im konkret streitigen Fall ein erhebliches Druckmittel gegen den Verkäufer in der Hand haben. Daraus resultiert zwar keine rechtliche, wohl aber eine erhebliche faktische Autorität bei der Durchsetzung der getroffenen Entscheidung, selbst wenn diese technisch nur einen Vorschlag zur Beilegung der Streitigkeit darstellt.

Was schließlich die Verantwortlichkeit der Intermediäre für den geäußerten Einigungsvorschlag angeht, versuchen diese in der Regel, sich der Haftung durch eine Bestimmung im Kleingedruckten zu entziehen. So heißt es etwa in Art. 4.5. der PayPal-Käuferschutzrichtlinie pauschal, der Rechtsweg wegen der Entscheidung sei ausgeschlossen. Ungeachtet dessen kann sich eine Haftung des Intermediärs durchaus aus einem Dienstleistungsvertrag<sup>252</sup> oder aus einer Garantie ergeben, dem Betroffenen für bestimmte Fälle Schutz zu gewähren.<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> Zwar ist Kundenzufriedenheit mit einem Verfahrensergebnis nicht gleichbedeutend mit dessen Gesetzestreue, für die Unabhängigkeit der Verfahrensleiter ist allerdings zumindest *beiderseitige* und *langfristige* Zufriedenheit der Parteien ein Indikator.

<sup>252</sup> Inwieweit ein Vertragsverhältnis zwischen dem Intermediär und dem Käufer einer online gehandelten Ware anzunehmen ist, ist *a priori* durchaus nicht eindeutig; bei Zahlungsdienstleistern wie PayPal kommt eine Nebenpflicht zum Zahlungsdienstleistungsvertrag i.S.d. § 675f Abs. 2 BGB oder auch der Abschluss eines eigenen Streitbeilegungs-Organisationsvertrags in Betracht; zu letzterem *Hofmeister*, Online Dispute Resolution bei Verbraucherverträgen, 2012, S. 310 ff.

<sup>253</sup> Unzutreffende öffentliche Aussagen über Zuschnitt und Reichweite eines Kundenschutzinstruments können überdies als irreführende Werbung nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG abgemahnt werden.



### III. Verfahrensgestaltung

Der Ablauf der von Handelsintermediären betreuten Konfliktlösungsverfahren erfolgt üblicherweise ausschließlich über das Internet. Anspruchsteller können nach vergeblichem Kontakt zum Vertragspartner eine Beschwerde erheben. Der Anspruchsgegner erhält von der Beschwerde Nachricht und wird automatisiert aufgefordert, sich binnen einer kurzen Frist dazu zu äußern. Erkennt er den Anspruch an oder zieht der Kunde seinen Anspruch nach Rückmeldung durch den Händler zurück, wird das Verfahren automatisch beendet, ohne dass ein Sachbearbeiter mit dem Fall befasst wird. Wehrt sich der Händler gegen den Anspruch, wird er automatisch zur Beibringung von Nachweisen aufgefordert. Typischerweise liegt die Sache erst danach einem Sachbearbeiter vor, der im Einzelfall noch weitere Nachweise von beiden Parteien anfordern oder aber die Sache sogleich nach den operatoreigenen Regeln entscheiden kann.<sup>254</sup>

Beim beschriebenen Vorgehen findet der Kunde rechtliches Gehör, sofern sein Anspruch nicht sogleich anerkannt wird. Eine mündliche Anhörung ist zwar nicht vorgesehen, allerdings ist das Verfahren üblicherweise eng mit dem Kundenservice des Handelsintermediärs verknüpft, so dass der Anspruchsteller sich auch mündlich artikulieren kann, wenn er Sorge hat, sein Vorbringen in der standardisierten Formularkommunikation nicht ausreichend darstellen zu können. Weiter wird ihm das Verfahren in aller Regel auf der Webseite des Anbieters verbrauchergerecht erklärt, es ist durch die Online-Abwicklung auch problemlos erreichbar<sup>255</sup> und für beide Seiten kostenfrei. Dass die Konfliktlösung unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet, mag man mit Blick auf dessen private Finanzierung verschmerzen. Problematisch erscheint indes, dass das Verfahrensergebnis abhängig vom Anbieter zur Vermeidung von Aufwand mitunter an streitige Behauptungen und nur teilweise an nachgewiesene Tatsachen anknüpft. So verlangt etwa die PayPal Konfliktlösung vom Verkäufer einen Zustellnachweis, ist die ausgelieferte Ware aber unvollständig oder beschädigt, kann der Käufer zum Nachweis dafür nicht etwa ein Foto vorlegen, sondern wird auf die Möglichkeit der Beibringung eines Gutachtens verwiesen.<sup>256</sup> Zwar kann ein geschickter Käufer das Beweisproblem auf den Verkäufer verschieben, indem er die schadhafte Sache retourniert. Dies verstärkt freilich nur den Befund, dass Beweislast und Beweismittel nicht überzeugend aufein-

---

<sup>254</sup> Siehe auch den noch weitgehend aktuellen Überblick bei *Calliess*, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.), *Responsible Business*, 2008, S. 225, 235.

<sup>255</sup> Zwar gibt es einen nicht zu unterschätzenden Anteil der Bevölkerung, der mit der Nutzung des Internet überfordert ist. Demgegenüber wird man gerade bei Teilnehmern des E-Commerce ausreichende Vertrautheit, wenn nicht sogar eine Präferenz für eine Online-Konfliktlösung unterstellen können.

<sup>256</sup> So die schriftliche Äußerung der PayPal Kundenbetreuung am 10. September 2015 gegenüber dem Verfasser.

ander abgestimmt sind und das Verfahrensergebnis insofern bei einem streitigen Sachverhalt nicht zuletzt davon abhängt, welcher der Beteiligten den Konfliktlösungsmechanismus zufällig am besten durchschaut.

#### IV. Transparenz

Das Transparenzpostulat<sup>257</sup> erfüllen die Handelsintermediäre bei ihren Konfliktlösungsangeboten in unterschiedlichem Umfang. Anders als die bereits in Kapitel 5 B. beschriebenen Schlichtungsstellen erwecken die Instrumente von Handelsplattformen und Zahlungsdienstleistern kaum den Eindruck, die Rechte der Marktteilnehmer durchsetzen zu wollen. Vereinzelt ist zwar die Rede davon, Kunden könnten Ansprüche geltend machen oder der Handelsintermediär werde den Fall prüfen. Aus der überwiegend verwendeten Terminologie, mit der das Konfliktlösungsangebot beschrieben wird, lässt sich allerdings klar entnehmen, dass der Intermediär nur als Vermittler tätig werden und gerade keine Justizfunktionen übernehmen möchte.<sup>258</sup> In diesem Licht erscheinen die Vertraulichkeit des Verfahrens und seiner Ergebnisse wie auch die Defizite bei der Ausrichtung auf das materielle Recht, bei der Qualifikation der Sachbearbeiter und beim Umgang mit streitigen Tatsachen hinnehmbar. Denn ein nicht auf die Rechtsdurchsetzung ausgerichtetes Verfahren kann im Grundsatz beliebigen Regeln folgen, solange es die Parteien nicht in die Irre führt.

Mehr noch: Gerade im Vergleich zu den Schlichtungsstellen des von der ADR-Richtlinie favorisierten Zuschnitts erscheint die Online-Konfliktlösung der Handelsintermediäre in vielfacher Hinsicht beispielhaft. Denn die Plattformbetreiber kommunizieren das Verfahrensziel einer schlichten Kompromissfindung transparent, sie agieren vergleichsweise unabhängig, vor allem aber sind sie der klassischen Verbraucherschlichtung wie auch der Justiz im Hinblick auf die Digitalisierung der Konfliktlösung weit voraus. Sie haben sich als ein verbraucherfreundliches Konfliktlösungsinstrument etabliert, obwohl sie nicht durch eine komplexe Bürokratie überwacht werden, wie sie die Gesetzgeber der ADR-Richtlinie und des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes für unabdingbar halten.

Gegenüber den beschriebenen Formen der nicht-rechtsorientierten Konfliktlösung im E-Commerce verbleiben danach vor allem dann noch Bedenken, wenn man – womöglich unter Berufung auf einen oben<sup>259</sup> bereits ver-

---

<sup>257</sup> Für Handelsplattformen bereits formuliert bei *Calliess*, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.), *Responsible Business*, 2008, S. 225, 247.

<sup>258</sup> So stellt etwa PayPal in Art. 6.5. seiner Käuferschutzrichtlinie klar: „Die PayPal-Käuferschutzrichtlinie berührt die gesetzlichen und vertraglichen Rechte zwischen Käufer und Verkäufer nicht und ist separat von diesen zu betrachten.“

<sup>259</sup> Kapitel 2 C. I. 1.

neinten unbegrenzten Geltungsanspruch des Rechts – nicht-rechtsorientierte Konfliktlösungsformen generell zurückdrängen wollte, um einen Bedeutungsschwund des zwingenden Verbraucherschutzes und der staatlichen Justiz zu verhindern.<sup>260</sup> Dies widerspräche jedoch der gesetzgeberischen Intention und dem konzeptionellen Fundament der materiellen Verbraucherrechte, die der Gesetzgeber als Individualrechte, nicht aber als Einforderungspflichten ausgestaltet hat.

Vor diesem Hintergrund erscheint es allenfalls denkbar, den Anbietern von Konfliktlösungsplattformen in Anlehnung an die ADR-Richtlinie Mindeststandards speziell für die Online-Streitbeilegung gesetzlich vorzugeben.<sup>261</sup> Ein ähnliches Ziel verfolgen supranationale Organisationen, die sich auf Modellregeln für die Konfliktlösung im E-Commerce zu verständigen suchen. So hat etwa die OECD bereits im Jahr 1999 Leitlinien für den Verbraucherschutz im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr formuliert.<sup>262</sup> Gegenwärtig entwirft eine Arbeitsgruppe der UN-Kommission für Internationales Handelsrecht (UNCITRAL) Mustervorschriften für die Online-Streitbeilegung im grenzüberschreitenden E-Commerce.<sup>263</sup> Alternativ zu solchen Regelwerken kommt in Betracht, die teilweise bereits existenten Gütesiegel für kundenfreundliches Beschwerdemanagement ihrerseits auf nationaler oder supranationaler Ebene zu zertifizieren.<sup>264</sup> All diese Ansätze zur Regulierung privater Konfliktlösungsanbieter wären allerdings als Eingriffe in die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer noch zu begründen und mit Blick auf ihre Effektivität noch zu plausibilisieren.

Überzeugender erscheint es, gegenüber den Handelsintermediären das gegenwärtig verfügbare Instrumentarium des nationalen und europäischen Wettbewerbs- und Kartellrechts zu nutzen und damit gegen irreführende Verfahrensbeschreibungen wie auch gegen eine überzogene Sanktionierung abhängiger Händler vorzugehen. Schließlich sollte bei der Konfliktlösung im E-Commerce auch das Datenschutzrecht nicht vernachlässigt werden, denn die Anbieter dürften mit wachsender Fallzahl versucht sein, von einer Schlichtung nach fest-

---

<sup>260</sup> Sorge für einen *race to the bottom* durch private Regelsetzung im E-Commerce äußert etwa Calliess, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.), *Responsible Business*, 2008, S. 225, 240 f.; ähnlich ohne konkreten Bezug zum E-Commerce Wechsler/Tripković, in: Micklitz/Wechsler (Hrsg.), *The Transformation of Enforcement*, 2016, S. 377, 395 f.

<sup>261</sup> Cortés, 19 Int. J. L. Inf. Technol. 2011, 1, 20 ff.; Busch/Reinhold, 4 EuCML 2015, 50, 53 ff.

<sup>262</sup> Siehe oben Kap. 5 Fn. 241.

<sup>263</sup> Der aktuell zirkulierte Entwurf der UNCITRAL-Verfahrensregeln für Staaten, die unternehmerische Schiedsklauseln gegenüber Verbrauchern invalidieren (sog. Track II), stammt von Oktober 2014 und enthält sehr zurückhaltend formulierte Bestimmungen über ein faires Verfahren, Transparenz, Verantwortlichkeit und Neutralität der Verfahrensleiter.

<sup>264</sup> Calliess, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.), *Responsible Business*, 2008, S. 225, 242 ff.

gelegten Regeln Abstand zu nehmen und stattdessen mit Hilfe eines Algorithmus' aus den Nutzerdaten vergangener Fälle den Einigungsvorschlag mit der höchsten Wahrscheinlichkeit beidseitiger Annahme auszurechnen. Auch wenn ein solcher Individualzuschnitt des Lösungsvorschlags nicht *per se* kritikwürdig erscheint, muss die Verwertung der dazu genutzten Daten doch zulässig und für die Teilnehmer des Verfahrens vorab transparent erkennbar sein.

## Kapitel 6

# Verzahnung gerichtlicher und außergerichtlicher Konfliktlösungsmechanismen

Die Analyse in den vorangegangenen Kapiteln hat gezeigt, inwieweit sich verschiedene Verfahren der gerichtlichen und außergerichtlichen Konfliktlösung zur Durchsetzung von Verbraucherrechten eignen. Nun kann man dem materiellen Recht an sich zwar einen objektiven Wert zuschreiben,<sup>1</sup> dennoch obliegt es den Betroffenen, für sich zu entscheiden, ob sie ihr Recht durchsetzen möchten oder andere Ziele verfolgen. Insofern gilt es, Rechtsdurchsetzungsmechanismen kohärent in das Gesamtsystem des Konfliktmanagements einzubinden, damit Verbraucher ihre Rechte dann effektiv durchsetzen können, wenn ihnen daran gelegen ist, andererseits aber nicht vor den staatlichen Gerichten landen, wenn dafür kein Bedürfnis besteht.

### A. Justiz und Schlichtung als Komplementäre

Die größte Bedeutung bei der Behandlung von Verbraucherstreitigkeiten haben gegenwärtig die staatliche Ziviljustiz und die Verbraucherschlichtung.<sup>2</sup> Über die Frage, in welchem Verhältnis beide idealerweise zueinander stehen, herrscht fast schon überraschende Einigkeit: Beide Verfahren sollen Komplementäre sein.<sup>3</sup> Uneinigkeit besteht jedoch hinsichtlich der Frage, wie sich diese

---

<sup>1</sup> Siehe oben Kap. 1 Fn. 129.

<sup>2</sup> Von nicht-strukturierten Verfahren wie der Verbraucherberatung in Verbraucherzentralen oder durch Rechtsanwälte sei hier einmal abgesehen.

<sup>3</sup> *Hirsch*, NJW 2013, 2088, 2094; *Stürner*, in: BMELV (Hrsg.), *Alternative Streitbeilegung*, 2013, S. 9, 24 („Aufgabenteilung“); *Caponi*, in: FS Gottwald, 2014, S. 65, 70; *Nöhre/Ruge*, BRAK-Mitt. 2015, 274, 275. Problematisch zwar noch die in einem Vorläufer zu den aktuellen Rechtsakten geäußerte Ansicht der Kommission, die Verbraucherstreitbeilegung könne eine Art „Alternativ-Justiz“ darstellen; Grünbuch KOM(93) 576 endg., S. 94. Später heißt es aber in der Empfehlung 98/257/EG: „Außergerichtliche Verfahren dürfen nicht zum Ziel haben, an die Stelle des gerichtlichen Systems zu treten.“ Ähnlich nunmehr *Steffek/Unberath*, *Regulating Dispute Resolution*, 2013, S. 18, wonach der Staat sich seiner Justizgewährungspflicht nicht durch Delegation an außergerichtliche Mechanismen entziehen sollte. Demgegenüber sieht *Hodges*, GPR 2015, 263, 270 f., die von ihm beschriebene „Abkehr von den Gerichten“ nach britischem Vorbild sehr positiv.

Komplementarität auch in der Praxis verwirklicht.<sup>4</sup> Naturgemäß hängt die Beantwortung dieser Frage entscheidend davon ab, wo die Grenzlinie zwischen beiden Verfahren verläuft und wie sie sich faktisch einhalten lässt.

### I. Schlichtung als entformalisierte Vorverfahren

Eine mögliche Perspektive auf die Verbraucherschlichtung betrachtet die Schlichtung als ein der Justiz vorgeschaltetes unbürokratisches Testverfahren.<sup>5</sup> Schlichtungsstellen agieren danach gleichsam *unterhalb* der Gerichte und fangen damit insbesondere diejenigen Fälle auf, in denen die Anrufung eines Gerichts für die Betroffenen zu aufwändig und daher rational uninteressant ist. Das entspricht der Sicht der Europäischen Union, die mit ihrer ADR-Richtlinie den jüngsten Anstoß zur vermehrten Nutzung von Verbraucherschlichtungsstellen gegeben hat: Schlichtungsverfahren sollen denjenigen Verbrauchern zur Rechtsdurchsetzung verhelfen, die es nicht bis über die Schwelle des Gerichts schaffen. Mehr noch: Der Gesetzgeber bewirbt das Schlichtungsverfahren sogar einseitig gegenüber den Gerichten, wenn er Unternehmer in Art. 13 Abs. 3 ADR-RL bzw. § 37 VSBG verpflichtet, bei Scheitern streitiger Verhandlungen Verbraucher in Textform zu informieren, ob sie an Verbraucherschlichtungen teilnehmen und ggf. an welche Schlichtungsstelle sie sich wenden können.

Dieses Kalkül erscheint allerdings unschlüssig. Denn wenn die Schlichtung Verbrauchern *denselben Nutzen* wie die Justiz zu einem günstigeren Preis und bei einem geringeren Aufwand verspricht, führt dies denknotwendig zu einer Konkurrenzsituation,<sup>6</sup> in der sich die Schlichtung als günstigerer Rechtsdurchsetzungsmechanismus behaupten müsste. Die Crux liegt freilich darin, dass der Nutzen von Schlichtung und Rechtsprechung faktisch gerade nicht identisch ist, weil die Schlichtung ihr Rechtsdurchsetzungsversprechen gezeigtermaßen<sup>7</sup> nur begrenzt einlösen kann.<sup>8</sup> Denjenigen Verbrauchern, die es ohnehin nicht

---

<sup>4</sup> Eine auch faktisch echte Komplementarität sieht *Hirsch*, in: FS Lorenz, 2014, S. 159, 162 ff.; zumindest optimistisch auch *Zekoll/Elser*, in: Althammer (Hrsg.), Verbraucherstreitbeilegung, 2015, S. 55, 66; skeptisch *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704, 1707 f.; *Roth*, JZ 2013, 637 ff. Bemerkenswert allerdings, dass *Hirsch*, NJW 2013, 2088, 2094, von einer Entlastung der Justiz sprach und insofern offenbar davon ausging, dass sich die Marktanteile doch zugunsten der Verbraucherschlichtung und zu Lasten der Gerichte verschieben; ähnlich *Hodges*, GPR 2015, 263, 270 f. Zum unstreitigen Bedarf nach empirischer Forschung in diesem Bereich siehe oben Kap. 5 Fn. 66.

<sup>5</sup> In diesem Sinne *Jaeger*, AnwBl 2015, 573, 574 („Probephöhne“), kritisch *Engel*, AnwBl 2013, 478, 482.

<sup>6</sup> *Althammer*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Alternative Streitschlichtung, 2015, S. 117, 134 f.

<sup>7</sup> Siehe oben Kapitel 5 B.

<sup>8</sup> Siehe auch den Hinweis von *Meller-Hannich/Höland/Krausbeck*, ZEuP (22) 2014, 8, 32, wonach die EU selbst noch vor einiger Zeit nur den Gerichten die Rechtsdurchsetzung zutraute.

bis zu den Gerichten schaffen, mag die kursorische Rechtsverfolgung einer Schlichtung zwar zupass kommen, weil diese anderenfalls ihre Rechte überhaupt nicht durchsetzen würden. Der klagewillige Rest der Betroffenen aber müsste aufgrund der Kostenvorteile des Schlichtungsverfahrens rationalerweise von einer Anrufung der Justiz absehen, sofern er der Schlichtung ihr Rechtsdurchsetzungsversprechen abnimmt. Auch im Falle eines abschlägigen Schlichterspruches wird er regelmäßig nicht vor Gericht ziehen, weil er vom Schlichter eines Besseren belehrt wurde. Dies gilt umso mehr, wenn die frühere Richterfähigkeit des leitenden Schlichters den Kopf des ablehnenden Schlichterspruches schmückt.<sup>9</sup>

## II. Schlichtung als unternehmerische Selbstkontrolle

Scheitert das Verständnis der Schlichtung als Vorverfahren zur Rechtsdurchsetzung daran, dass sie strukturell nicht als Rechtsdurchsetzungsverfahren ausgestaltet ist, so drängt es sich geradezu auf, die Grenzlinie zwischen Schlichtung und Justiz an den unterschiedlichen faktischen Verfahrenszielen zu orientieren und danach zu differenzieren, welchen Zweck die Betroffenen bei der Konfliktlösung verfolgen.<sup>10</sup> Geht es ihnen um die Durchsetzung materieller Verbraucherrechte, so erscheint der staatliche Gerichtsprozess als das ganz vorrangig geeignete Verfahren zur Verwirklichung dieses Ziels. Möchte der Verbraucher hingegen das Verhalten des Unternehmens möglichst kostenfrei durch eine verbandliche Stelle überprüfen lassen und von dort womöglich einen Vorschlag zur Beilegung des Rechtsstreits oder eine Geste der Kulanz erhalten, so wird er in der Verbraucherschlichtung gut aufgehoben sein. Diese Unterscheidung sollten all diejenigen Institutionen, die Verbraucher bei ihrer Verfahrenswahl beraten, transparent darstellen.<sup>11</sup> Eine Beeinflussung dieser Wahl – etwa durch einseitige Informationen, wie dies in Art. 13 ADR-RL sowie in §§ 36 f. VSBG vorgesehen ist<sup>12</sup> – verbietet sich.

<sup>9</sup> So etwa beim Ombudsmann der genossenschaftlichen Bankengruppe und beim Schlichter der Sparkassen-Finanzgruppe Baden-Württemberg. Die nämlichen Bedenken gegenüber der Werbung für Schlichtungsstellen mit früheren justiziellen Funktionen äußern auch *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704, 1707; *Stürner*, ZZP (127) 2014, 271, 319 mit Fn. 237.

<sup>10</sup> *Stürner*, ZZP (127) 2014, 271, 318.

<sup>11</sup> Wenig überzeugend demgegenüber der Vorschlag von *Conen/Gramlich*, NJ 2014, 494, 501, Verfahrenswahlberatung und Schlichtung in „ADR-Verbraucherzentren“ zu kombinieren, weil die Ansiedlung der Beratung bei einer Schlichtungsstelle einer ergebnisoffenen Beratung nicht dienlich sein dürfte.

<sup>12</sup> Siehe dazu *Lederer*, CR 2015, 380, 383, die auch darauf hinweist, dass Verstöße gegen diese unternehmerische Informationspflicht nach §§ 3 Abs. 1, 3a UWG (damals noch § 4 Nr. 11 UWG) abmahnfähig sind und nach § 8 UWG bzw. § 2 Abs. 2 UKlaG Unterlassungsklagen nach sich ziehen können.

Bei diesem Funktionsverständnis kommen sich Schlichtung und Justiz nicht gegenseitig in die Quere, sondern konzentrieren sich auf ihre jeweiligen Kernaufgaben. Das entspricht auch dem Prinzip des *judicial self-restraint*, wonach die Justiz nicht solche Aufgaben übernehmen sollte, die Private ebenso gut bewältigen können.<sup>13</sup> Spiegelbildlich dazu stehen privaten oder verbandlichen Schlichtern auch Aufgaben der Rechtsdurchsetzung nicht gut zu Gesicht. Vielmehr sollten sie sich auf eine Selbstkontrolle der Unternehmenschaft auf die Rechtmäßigkeit unternehmerischen Handelns beschränken.

Dagegen mag man einwenden, auf diesem Wege verliere man diejenigen Verbraucher, die zwar ein Interesse an der Rechtsdurchsetzung, nicht aber an einem förmlichen Verfahren haben. Allerdings zeigt die Analyse in Kapitel 5, dass nicht-staatliche Verfahren den Bewertungsmaßstäben für Rechtsdurchsetzungsmechanismen nicht gerecht werden und insofern kaum eine echte Rechtsdurchsetzung leisten können. Rechtsdurchsetzungslücken, die infolge des rationalen Desinteresses von Verbrauchern verbleiben, sollten nicht durch eine oberflächlichere und parteiisch verzerrte Handhabung des Verfahrens, sondern besser durch Mechanismen außerhalb des Individualrechtsschutzes ausgeglichen werden.<sup>14</sup> Gleiches gilt auch für Güteverfahren zur Lösung von Verbraucherkonflikten wie insbesondere die von Rechtsschutzversicherern ins Leben gerufene Telefonmediation: Ohne Rechtskenntnis oder unparteiische Rechtsanwendung ist Rechtsdurchsetzung nicht möglich.

Vor allem aber: Solange die Verbraucher nicht wissen, worauf sie sich einlassen und wessen Interessen das Verfahren dient, lässt sich hier kaum von einem verbrauchergerechten Verfahren sprechen. Wenn es denn Wettbewerb zwischen Justiz und Verbraucherschlichtung gibt,<sup>15</sup> dann sollte dieser von unverzerrten Tatsachen ausgehen und zwingend mit den Zielen der jeweiligen Verfahren verknüpft sein. Private und Unternehmensverbände dürfen dafür werben, Probleme in der Vertragsdurchführung zunächst einer für den Verbraucher kostenlosen unternehmerischen Selbstkontrolle zu überantworten. Die Schlichtung muss dabei aber im Verhältnis zum staatlichen Gerichtsverfahren als *Aliud* und darf nicht als Ersatz dargestellt werden. Diesem Petitum wird die Praxis vieler Schlichtungsorganisationen gegenwärtig nicht gerecht. Das führt den Verbraucher nicht nur in die Irre, sondern trägt dadurch auch zur Systemineffizienz bei, weil Ressourcen, die in den Gerichten gebraucht würden, entgegen

---

<sup>13</sup> *Motsch*, in: FS Söllner, 1990, S. 403, 406: Komplementäre seien daher geradezu vorgesehen, terminologisch unglücklich bezeichnet als Justiz am runden Tisch oder Barfußjustiz; teilweise anders *Koch*, Verbraucherprozeßrecht, 1990, S. 1, der nur dort intensiv nach Alternativen suchen möchte, wo die Möglichkeiten der Gerichte ausgeschöpft sind.

<sup>14</sup> Siehe dazu sogleich in Kapitel 6 C.

<sup>15</sup> *Stadler*, ZZP (128) 2015, 165 f., warnt in diesem Zusammenhang vor einem *race to the bottom*. Demgegenüber sehen *Zekoll/Elser*, in: Althammer (Hrsg.), Verbraucherstreitbeilegung, 2015, S. 55, 60, 66, jedenfalls keinen kontraproduktiven Wettbewerb und „eher ein Mehr an Rechtsdurchsetzung“.



den Zielen des Verbrauchers in die Schlichtung umgeleitet werden. Das englische Beispiel lehrt, welche Folgen es zeitigt, wenn man die Schlichtung als verbrauchergerechtes Verfahren der ersten Wahl konzipiert und nicht als ein Aliud zur staatlichen Gerichtsbarkeit ausgestaltet: Es verblasst dann nämlich die Notwendigkeit, auch die Gerichtsbarkeit für Einmalprozessierer offen zu halten.<sup>16</sup> Damit verliert die Justiz letztlich nicht weniger als den Zugriff auf das Verbraucherrecht.

## B. Zugang zum Recht

Zu Beginn dieser Untersuchung wurde erläutert, dass der Zugang zum Recht dann nicht denknotwendig über die Justiz führt, wenn andere Institutionen eine ähnlich effektive Rechtsdurchsetzung ins Werk setzen können.<sup>17</sup> Der weitere Fortgang der Arbeit hat freilich gezeigt: Zumindest in Verbrauchersachen lässt sich der Zugang zum Recht im Wesentlichen nur durch den Zugang zur Justiz gewährleisten.<sup>18</sup> Dieser Zugang zur Justiz ist vor allem für Verbraucher, teilweise aber auch für Unternehmer gefährdet, wo die Betroffenen durch das Gesetz, durch vertragliche Klauseln oder durch institutionelle Konfliktberater ohne Ansehung der Konflikteignung systematisch von der Anrufung der Gerichte abgedrängt werden.<sup>19</sup>

### I. Zugang der Verbraucher zum Recht

Die Klagbarkeit eines zivilrechtlichen Anspruchs kann im Grundsatz entweder dauerhaft oder aber nur zeitweilig während der Dauer eines Streitbeilegungsverfahrens ausgeschlossen werden.

<sup>16</sup> Stadler, ZZP (128) 2015, 165, 167.

<sup>17</sup> Siehe oben Kapitel 1 B. I.

<sup>18</sup> So auch Genn, *Judging Civil Justice*, 2010, S. 114 ff. Meller-Hannich, in: Althammer (Hrsg.), *Verbraucherstreitbeilegung*, 2015, S. 19, 41, formuliert: „ADR statt Zugang zum Recht, letztlich als Kapitulation vor nicht funktionsfähiger Justiz, wäre eine mehr als bedenkliche Entwicklung.“ Noch deutlicher Roth, DRiZ 2015, 24, der in der außergerichtlichen Verbraucherstreitbeilegung eine „flächendeckende Vertreibung der Verbraucher aus dem Recht“ sieht.

<sup>19</sup> Die durch die ADR-Richtlinie vorgegebene Gewährleistung außergerichtlicher Streitbeilegung macht insoweit die verfassungsrechtlich gebotene Justizgewährleistung nicht redundant; Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Alternative Streitschlichtung*, 2015, S. 9, 26.

## 1. Peremptorischer Klageausschluss

Ein vollständiger Ausschluss des Rechtswegs zu Lasten von Verbrauchern lässt sich wegen der staatlichen Justizgewährleistungspflicht nicht gesetzlich festlegen. Allerdings erreichen Unternehmer dasselbe Ergebnis über vertragliche Schiedsklauseln, die der Zulässigkeit einer Klage gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO als Einrede dauerhaft entgegenstehen.<sup>20</sup> In den USA leisten Schiedsklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Verbraucherverträgen einen wirksamen Beitrag zum Ziel vieler Unternehmer, keinen Kollektivklagen von Verbraucherseite ausgesetzt zu sein.<sup>21</sup> Um dabei den Rechtsweg für die betroffenen Verbraucher nicht gänzlich zu versperren, halten manche dieser Klauseln den Weg zu den *small claims courts* offen. Das ist aus Unternehmersicht ein hinnehmbares Übel, weil aus der Masse der Verbraucher infolge deren rationalen Desinteresses ohnehin nur wenige den Weg zu den Gerichten oder Schiedsgerichten finden werden.

Das europäische Privatrecht stand Schiedsklauseln in AGB bisher grundsätzlich offen gegenüber: Gemäß Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie 93/13/EWG unterlagen diese Klauseln zwar einer Inhaltskontrolle, diese überließ der EuGH aber den mitgliedstaatlichen Gerichten.<sup>22</sup> Mit der ADR-Richtlinie hat der europäische Gesetzgeber hier nun den Verbraucherschutz verstärkt: Nach deren Art. 10 Abs. 1 binden Schiedsvereinbarungen unabhängig von ihrem etwaigen AGB-Charakter den Verbraucher nur noch dann, wenn sie *ad hoc*, mithin *nach* dem Entstehen der Streitigkeit getroffen wurden. Im deutschen Recht gab es eine ähnliche Regelung zuvor nur in § 37h WpHG für Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäften.<sup>23</sup>

Unter diesen Rahmenbedingungen ist das Nadelöhr für Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern so eng geworden, dass sie zumindest im Anwendungsbereich der ADR-Richtlinie praktisch nicht mehr relevant sind. Denn kaum ein Verbraucher wird bereit sein, nach Auftreten eines Konflikts auf den staatlichen Rechtsweg zu verzichten. Zwar führt sein rationales Desinteresse faktisch dazu, dass er die Justiz mit großer Wahrscheinlichkeit ohnehin nicht anruft. Aber dass jemand bereit ist, sich dieser Option gänzlich zu entledigen und sich statt-

---

<sup>20</sup> Saenger, in: Saenger, ZPO, 2015, § 1029 Rn. 24; Wolf/Eslami, in: BeckOK-ZPO, 2015, § 1032 Rn. 23.

<sup>21</sup> Hensler, 108 Penn St. L. Rev. 2003, 165, 181 ff.

<sup>22</sup> EuGH v. 1. April 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209, Slg. 2004 I-03403, Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v. Ludger und Ulrike Hofstetter, NJW 2004, 1647.

<sup>23</sup> Dazu skeptisch Quinke, Börsenschiedsvereinbarungen und prozessualer Anlegerschutz, 2005, S. 381 ff.; kritisch hinsichtlich der dadurch bewirkten Erschwerung von Schiedsverfahren Jordans, EuZW 2007, 655 ff.

dessen in eine nicht-staatliche Blackbox zu begeben, erscheint selbst dann unwahrscheinlich, wenn diese den Verbraucher mit einem kostenfreien Verfahren lockt. Kommt es dennoch dazu, dass eine Unternehmer einem Verbraucher nach Konfliktenstehung eine Schiedsklausel formularmäßig vorlegt und gemäß § 1031 Abs. 5 ZPO unterschreiben lässt, so ist eine Klauselkontrolle nach § 307 BGB durchzuführen, die sich insbesondere auf die Ausgestaltung des Schiedsverfahrens bezieht.<sup>24</sup>

Außerhalb des Anwendungsbereichs der ADR-Richtlinie – mithin gemäß Art. 2 ADR-RL insbesondere bei Streitigkeiten, die weder aus Kaufverträgen noch aus Werk- oder Dienstverträgen herrühren, sowie bei von Unternehmern gegen Verbraucher eingeleiteten Verfahren – kann eine Schiedsklausel nach europäischem Recht den Verbraucher in den Grenzen des Art. 3 Abs. 1 der RL 93/13/EWG durchaus binden.<sup>25</sup> Das deutsche Recht zieht hier wesentlich engere Grenzen: Gemäß § 1030 Abs. 1 und 2 ZPO sind nichtvermögensrechtliche Rechtsstreitigkeiten sowie Streitigkeiten über den Bestand von Wohnraummietverhältnissen nicht schiedsfähig; vor allem aber müssen Schiedsvereinbarungen auch außerhalb dessen gemäß § 1031 Abs. 5 ZPO vom Verbraucher eigenhändig in einem separaten Dokument unterzeichnet werden.

## 2. Dilatorischer Klageausschluss

Während die Festlegung auf ein Schiedsverfahren den Weg zu den staatlichen Gerichten dauerhaft abschneidet, führen gesetzliche oder vertragliche Schlichtungspflichten nur zur vorübergehenden Unzulässigkeit einer Klage.

### a) Gesetzliche Anordnung einer Schlichtungspflicht

Ein gesetzlicher Schlichtungszwang für Verbraucherstreitigkeiten ist gegenwärtig in Deutschland nicht vorgesehen. Der Gesetzgeber hat zwar im Bereich beziehungsaffiner Streitigkeiten in § 15a EGZPO und den dazu ergangenen Länderschlichtungsgesetzen mit einem obligatorischen Güteverfahren bei beziehungsensiblen Konflikten experimentiert,<sup>26</sup> demgegenüber sind Verbraucherstreitigkeiten aber gerade nicht von einer persönlichen Beziehung der Beteiligten geprägt. Vielmehr besteht in Verbraucherkonflikten in aller Regel ein

<sup>24</sup> BGH v. 13. Januar 2005, III ZR 265/03, BGHZ 162, 9; dazu *Hau*, LMK 2005, 68 f.; ausführlich *Weibe*, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, S. 181 ff.

<sup>25</sup> EuGH v. 16. Oktober 2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675, Slg. 2006 I-10421, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, wonach Verbraucher zwar mit Einwänden gegen die Wirksamkeit einer Schiedsklausel nicht präkludiert sein dürfen, die dann folgende Prüfung aber durchaus zu einer Wirksamkeit der Klausel führen kann. Eingehend zur EuGH-Entscheidung *Wagner*, SchiedsVZ 2007, 49 ff.

<sup>26</sup> Ausführlich oben Kapitel 5 C. II.

erhebliches Machtungleichgewicht, das die Eignung eines konsensorientierten Verfahrens zur Konfliktlösung sehr zweifelhaft erscheinen lässt.<sup>27</sup>

So sieht denn auch der Gesetzgeber die Schlichtung von Verbraucherstreitigkeiten gegenwärtig mit guten Gründen eher als eine zusätzliche Chance für Verbraucher an, die zu nutzen ihnen freistehen soll.<sup>28</sup> Ferner gibt es – anders als noch vor wenigen Jahrzehnten – weniger ein Bemühen um eine Entlastung der Justiz, sondern eher die Sorge um einen Erhalt der Bedeutung der staatlichen Gerichtsbarkeit. Auch deswegen erscheint eine gesetzliche Schlichtungspflicht für Verbraucher nicht sachgerecht.<sup>29</sup>

### b) Vertragliche Schlichtungsklauseln

Steht danach eine gesetzliche Schlichtungspflicht für Verbraucher derzeit nicht im Raum, kann sich die Notwendigkeit eines Schlichtungsversuchs vor Anrufung der Gerichte für Verbraucher sehr wohl aus vertraglichen Vereinbarungen ergeben. In diesem Zusammenhang kommt die größte Bedeutung unternehmerischen Schlichtungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu. Solche Klauseln finden zwar gegenwärtig kaum Verwendung, gerade die flächendeckende Verfügbarkeit von Verbraucherschlichtungsstellen könnte aber zukünftig zu einer erheblich gesteigerten Nutzung von Schlichtungsklauseln führen.<sup>30</sup>

Da man ein Schlichtungsverfahren theoretisch sogleich nach dessen Einleitung abbrechen kann, steht den Parteien eines mit einer Schlichtungsklausel versehenen Vertrages der Rechtsweg technisch fast unmittelbar offen. Infolgedessen liegen die mit Schlichtungsklauseln verbundenen Probleme vorwiegend auf der *faktischen* Ebene. Insoweit besteht Sorge vor Pfadabhängigkeiten, die dazu führen, dass ein in die Schlichtung gedrängter Verbraucher faktisch den Spurwechsel zur staatlichen Gerichtsbarkeit nur selten vornimmt. Diese faktische Bindungswirkung vertraglicher Schlichtungsklauseln ist subtiler, führt aber womöglich zu ähnlichen Effekten wie die peremptorische Unzulässigkeit einer Klage infolge einer Schiedsklausel.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Eidenmüller, JZ 2015, 539, 544; vorsichtiger Nelle, Ohio. St. J. on Disp. Resol. 1992, 287, 297 f. Demgegenüber sehen Art. 197 ff. der 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen ZPO in Fortführung der Aussöhnungsversuche vor kantonalen Friedensrichtern für das Gros zivilrechtlicher Streitigkeiten einen obligatorischen Schlichtungsversuch bei einer Schlichtungsbehörde vor.

<sup>28</sup> So etwa die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/5089, S. 40.

<sup>29</sup> Weiterführend Eidenmüller/Engel, ZZZP (128) 2015, 149, 154 f.

<sup>30</sup> Eidenmüller/Engel, ZZZP (128) 2015, 149, 161.

<sup>31</sup> Eidenmüller/Engel, ZIP 2013, 1704, 1707. Auch Prütting, JZ 1985, 261, 267, wies seinerzeit schon darauf hin, dass die Parteien eines Schlichtungsverfahrens den Schlichterspruch weit seltener als ein Urteil angreifen dürften, weil man Verfahrensergebnisse eher als akzeptabel wahrnimmt, wenn man zuvor dem Verfahren zugestimmt hat. Das wiederum ist auch der zentrale Gedanke von Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1983.

Der EuGH hat im Fall *Alassini* geurteilt, ein obligatorischer Streitbeilegungsversuch als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage verstoße nicht gegen Art. 3 Abs. 3 oder Annex (1) (q) der Klausel-RL 93/13/EWG und verletze nicht das Gebot effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes.<sup>32</sup> Danach obliegt es den Mitgliedstaaten zu entscheiden, ob sie eine derartige Einschränkung des Zugangs zur Justiz zulassen wollen. Nach gegenwärtiger deutscher Rechtslage sind Schlichtungsklauseln in AGB jedenfalls nicht von vornherein unzulässig: Sie mögen vorübergehend noch überraschend entgegen § 305c Abs. 1 BGB sein, ansonsten gibt es aber kein gesetzgeberisches Leitbild der judiziellen Konfliktlösung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, insofern käme es auf die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung des Verbrauchers nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB an, um Schlichtungsklauseln in AGB zu invalidieren.<sup>33</sup> Vor diesem Hintergrund spricht viel für eine gesetzgeberische Klarstellung durch ein Verbot von Schlichtungsklauseln, die der Gesetzgeber 2016 mit der Einführung eines § 309 Nr. 14 BGB schließlich auch vorgenommen hat; nur so lässt sich die faktische Bindung an ein nicht rechtsorientiertes Ergebnis wirksam vermeiden.<sup>34</sup> Für die parallele Problematik von Schlichtungsklauseln in Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung wäre ein Klauselverbot in § 127a VVG zu erwägen.<sup>35</sup> Diese strikte Handhabung von Schlichtungsklauseln schuldet der Staat den Verbrauchern infolge seiner Justizgewährleistungspflicht aus Art. 20 Abs. 3 GG.

Man mag der Forderung nach Streitbeilegungsklauselverboten entgegenhalten, solche Vorgaben von Seiten der Unternehmer bzw. Rechtsschutzversicherer seien in der gegenwärtigen Klauselpraxis kaum zu beobachten.<sup>36</sup> Dieser Einwand lässt indes die US-amerikanischen Erfahrungen mit der Verbreitung von Schiedsklauseln<sup>37</sup> außer Acht und verkennt, dass die wesentliche Tragweite des Problems durch die systematische Förderung der Verbraucherschlichtung im Zuge der Umsetzung der europäischen ADR-Richtlinie erst geschaffen wird. Hinzu kommen kalkulatorische Anreize, die – im Rahmen des gesetzlich Erlaubten – für den zukünftig vermehrten Einsatz von Streitbeilegungsklauseln sprechen: Rechtsschutzversicherer können durch die vorrangige Nutzung der

<sup>32</sup> EuGH v. 18. März 2010, C 317/08, ECLI:EU:C:2010:146, Rosalba Alassini v. Telecom Italia SpA, EuZW 2010, 550, 553 f.

<sup>33</sup> *Eidenmüller/Engel*, ZZP (128) 2015, 149, 157 ff. m.w.N. Eine unangemessene Benachteiligung sieht das OLG Frankfurt v. 9. April 2015, 6 U 110/14, WRP 2015, 755.

<sup>34</sup> *Eidenmüller/Engel*, ZIP 2013, 1704, 1707 f. Dem folgt auf Anregung des Rechtsausschusses des Bundesrates (BR Drs. 258/1/15, S. 56) und sodann des Bundesrates (BR Drs. 258/15 (B), S. 37 ff.) inzwischen auch die Bundesregierung (BT-Drs. 18/5760, S. 21 f.).

<sup>35</sup> Eingehend *Eidenmüller/Engel*, ZZP (128) 2015, 149, 161 m.w.N.

<sup>36</sup> So noch die Ratio des RefE VSBG und des RegE VSBG, die auf die Problematik nicht näher eingingen.

<sup>37</sup> Siehe oben Kap. 5 Fn. 8.

einvernehmlichen Streitbeilegung erhebliche Anwalts- und Gerichtskosten sparen.<sup>38</sup> Aber auch Unternehmen dürften sich jedenfalls dann erhebliche Vorteile aus einer Meidung der staatlichen Gerichte versprechen, wenn sich die Kompromisse vor den außergerichtlichen Stellen nennenswert von den materiellen Verbraucherrechten entfernen. Denn Unternehmen haben häufig ein Interesse daran, die wenigen rechtssensiblen Kunden unter Ausschluss der Öffentlichkeit abzufinden, ohne dass die Masse der Verbraucher davon Kenntnis nimmt. Das in § 309 Nr. 14 BGB nunmehr geregelte gesetzgeberische Verbot von Schlichtungsklauseln ist daher trotz deren gegenwärtig geringer Bedeutung zu begrüßen.

## II. Zugang der Unternehmer zum Recht

Dass es eine nennenswerte Zahl von Unternehmern geben könnte, die Verbrauchern die Nutzung der alternativen Streitbeilegung systematisch vorzuschreiben suchen, bedeutet nicht, dass es nicht auch solche Unternehmen geben kann, die sich jeglicher Teilnahme an den außergerichtlichen Verfahren verweigern. Das wiederum hat in der Vergangenheit in Einzelfällen den Gesetzgeber auf den Plan gerufen, der in bestimmten Branchen Unternehmer einseitig zur Teilnahme an der außergerichtlichen Streitbeilegung verpflichtet hat. So müssen sich etwa Energieversorgungsunternehmen gemäß § 111b Abs. 1 S. 2 EnWG bei der Beschwerde eines Verbrauchers auf eine Schlichtung einlassen, während Verbrauchern im selben Kontext die sofortige Anrufung der Gerichte freisteht. Im Entstehungsprozess des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes hat sich das Bundesjustizministerium die Einführung einer Schlichtungspflicht für Unternehmer ausdrücklich vorbehalten für den Fall, dass die Informationspflicht nach § 37 VSBG nicht zu einer ausreichenden Teilnahmebereitschaft der Unternehmer führen sollte.<sup>39</sup> Daraus ergibt sich die Frage, wie es um den Zugang *der Unternehmer* zum Recht bestellt ist.

Offenkundig betrachtet der Gesetzgeber die Verbraucherstreitbeilegung als einen Compliance-Mechanismus, dessen Einsatz man Unternehmern zur Not auch vorschreiben kann. Beispiele für gesetzlich verordnete Compliance-Instrumente gibt es durchaus. Dazu zählen etwa die für Wertpapierdienstleistungsunternehmen vorgeschriebene Einrichtung einer Compliance-Funktion nach § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 WpHG und im weiteren Sinne auch die in der Rechtsprechung entwickelte und in § 91 Abs. 2 AktG angeknüpfte Pflicht der Lei-

---

<sup>38</sup> Siehe bereits oben Kapitel 5 C. III.

<sup>39</sup> So äußerte sich etwa *Rdn Ulrike Janzen* während einer Tagung an der Universität Freiburg am 28. November 2014.

tungsorgane einer Aktiengesellschaft zur Etablierung eines Compliance-Management-Systems.<sup>40</sup>

Freilich bestehen entscheidende Unterschiede zwischen der Verbraucherschlichtung und den beschriebenen Compliance-Mechanismen: Während nämlich Compliance-Beauftragte nur intern an die Geschäftsführung berichten,<sup>41</sup> delegiert eine Schlichtung die Befassung mit einem Sachverhalt an unternehmensexterne Dritte, deren Bestellung weder vom betroffenen Unternehmer noch vom Staat maßgeblich beeinflusst wird. Hinzu kommt der Umstand, dass der betroffene Unternehmer die Kosten des Schlichtungsverfahrens üblicherweise auch dann zu tragen hat, wenn er in einem sich anschließenden Gerichtsverfahren obsiegt und somit letztendlich keine Veranlassung für den Rechtsstreit gegeben hat.<sup>42</sup> Dies führt zu einem Fehlanreiz für Verbraucher, weil die Unternehmer ihnen das Verfahren auch bei denkbar schwachen Fällen bezahlen müssen.<sup>43</sup>

All das wäre womöglich hinnehmbar, wenn zu erwarten wäre, dass die Schlichtung im Wesentlichen rechtstreue Verfahrensergebnisse hervorbrächte. Dies aber ist gezeigtermaßen nicht der Fall. Umso weniger sinnvoll erscheint es, den rechtsfernen Kompromissmechanismus der Verbraucherschlichtung als Compliance-Instrument anzusehen, zu dem man Unternehmer verpflichten sollte.<sup>44</sup> Wie eine Compliance-Einheit kann auch die Schlichtung ein Unternehmen durchaus zu einer Verhaltensänderung anspornen. Im Falle der Schlichtung wird das Unternehmen aber nicht zur Rechtstreue, sondern dazu animiert, mehr auf Kundenzufriedenheit bedacht zu sein. Beides hat seinen Reiz, aber es sind unterschiedliche Dinge.

## C. Effektive Verbraucherrechtsdurchsetzung

Wenn es gelingt, das Zusammenspiel von Justiz und Schlichtung in dieser Weise auszutarieren, verbleibt schließlich noch die Frage, wie diese beiden Grundpfeiler in ein Konfliktmanagementsystem eingebunden werden können, das die Durchsetzung materieller Verbraucherrechte auch jenseits des rationalen Desinteresses sicherstellt.

---

<sup>40</sup> LG München v. 10. Dezember 2013, 5 HK O 1387/10, ZIP 2014, 570, nicht rechtskräftig, Berufung anhängig beim OLG München, 7 U 113/14; siehe auch *Stück*, MDR 2014, 1117 ff.

<sup>41</sup> Vgl. § 33 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 WpHG.

<sup>42</sup> So etwa vorgesehen in § 111b Abs. 6 EnWG.

<sup>43</sup> Ausführlich *Eidenmüller/Engel*, ZZP (128) 2015, 149, 155 f.

<sup>44</sup> Anderer Auffassung ist *Tonner*, ZKM 2015, 132, 135.

## I. Systemeffizienz durch friktionsfreie und erschöpfende Konfliktbehandlung

Um effektiv zu sein, muss ein System der Rechtsdurchsetzung im Zweifel effizient sein. Denn jedenfalls bei einer Begrenzung der im System verfügbaren Mittel führen Ineffizienzen zu einer Verschwendung von Ressourcen, die besser anderweitig genutzt worden wären. Deswegen ist Effizienz nicht nur innerhalb von Verfahren, sondern auch innerhalb von Systemen ein wichtiges Gestaltungsziel. Sie ist dann gewährleistet, wenn sich die verschiedenen Konfliktlösungsverfahren einerseits nicht gegenseitig überlagern, sie andererseits aber die entstehenden Konflikte möglichst erschöpfend behandeln.

Friktionen zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Methoden lassen sich zeigeitermaßen minimieren, indem man klar zwischen rechtlichen und außerrechtlichen Interessen der Streitbeteiligten differenziert.<sup>45</sup> Überschneidungen zwischen individuellen und kollektiven Rechtsschutzmechanismen sind jedenfalls im Idealfall dadurch vermeidbar, dass Fälle mit gleichartigen Sachverhalten und identischen Rechtsfragen in zentralen Verfahren gebündelt werden. Das gilt insbesondere für rechtlichen Streitfragen aus Massengeschäften, bei denen es um die Rechtmäßigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, um mögliche Fehler in Widerrufsbelehrungen oder um die Kausalität einer einzigen Pflichtverletzung für eine Vielzahl potenzieller Schadensersatzberechtigter geht, wo die vielfache Inanspruchnahme der Justiz zu erheblichen Ineffizienzen führt.<sup>46</sup>

## II. Administrativer Rechtsschutz als Lückenfüller

Dieses Allokationsschema gerichtlicher und außergerichtlicher, individueller und kollektiver Konfliktlösungsmechanismen darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine erkleckliche Vielzahl von Fällen den Weg in keines dieser Verfahren findet, insbesondere weil das Schlichtungsverfahren nicht zur Rechtsdurchsetzung geeignet erscheint und weil das rationale Desinteresse die Betroffenen von der Nutzung selbst kollektiver Rechtsschutzmechanismen abhält. Zwar könnte man die verbandliche Rechtsdurchsetzung durch eine erheblich verbesserte Finanzausstattung intensivieren, allerdings erscheint selbst die Gewinnabschöpfung als schärfstes Schwert der Verbände als noch zu stumpf für eine Marktberreinigung, weil der dafür erforderliche Vorsatz schwer nachzuweisen ist<sup>47</sup> und das Verfolgungsrisiko vermutlich dennoch ge-

<sup>45</sup> Siehe oben Kapitel 6 A.

<sup>46</sup> *Gsell*, in: Schulze (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint*, 2014, S. 179, 182. Siehe auch schon oben Kapitel 4 C. II.

<sup>47</sup> *Micklitz*, DJT-Gutachten A, 2012, S. 100; siehe aber auch oben Kap. 4 Fn. 324.



ring bliebe.<sup>48</sup> Dieses Defizit in der Rechtsdurchsetzung, das durch intelligente Ausgestaltung der erörterten Verfahren minimierbar, aber nicht eliminierbar ist, führt für potenzielle Anspruchsgegner zu einem rationalen Anreiz zum Rechtsbruch, soweit sie antizipieren, dass gegen sie bestehende materielle Ansprüche faktisch nur in begrenztem Umfang durchgesetzt werden.

Diesen Befund einer fortbestehenden Rechtsdurchsetzungslücke kann der Staat schulterzuckend hinnehmen, insbesondere wenn er materielle Rechte nicht für durchsetzungswert hält, soweit sie bei den Betroffenen keinen Empörungsimpuls<sup>49</sup> auslösen.<sup>50</sup> Es mag hingegen ein Störgefühl verbleiben, weil sich die meisten Rechtsdurchsetzungslücken durch geschickte Unternehmer eben auch systematisch ausnutzen lassen<sup>51</sup> und weil dem gerade die besonders schwachen Verbraucher trotz der ihnen gewährleisteten Justiz faktisch hilflos gegenüberstehen.<sup>52</sup> Verwirft man dann den Gedanken einer weitergehenden Verhaltenssteuerung durch das Privatrecht,<sup>53</sup> insbesondere durch die Etablierung von Strafschadensersatznormen im materiellen Recht,<sup>54</sup> so gelangt man zu der Frage, ob der Staat selbst diese Lücken durch administrative Interventionen beseitigen möchte.<sup>55</sup> Administrativer Rechtsschutz ist insbesondere bei nur partiellem Vollzug mit Blick auf das Gleichheitsgebot und das Rechtsstaatsprinzip

<sup>48</sup> Siehe oben Kapitel 4 B. III.

<sup>49</sup> Zu diesem Begriff siehe oben Kap. 2 Fn. 136.

<sup>50</sup> Engel, JZ 1995, 213, 215, weist darauf hin, dass die Betroffenen ihre Rechte meist willensstärker verfolgen, als dies von einem behördlichen Schreibtisch aus möglich ist.

<sup>51</sup> Weber, VuR 2013, 323 ff.; Engel, ZRP 2015, 33.

<sup>52</sup> Ben-Shabar, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, 2013, S. 447, 458 ff.

<sup>53</sup> Wagner, AcP (206) 2006, 352, 360, 422 ff. weist darauf hin, dass die Verhaltenssteuerung in keinem Rechtsgebiet willkommen sei; insofern komme es womöglich auf ein Zusammenwirken verschiedener Rechtsgebiete an, wobei allerdings auch das Privatrecht nicht ausgeblendet werden dürfe.

<sup>54</sup> Über das Für und Wider von Strafschadensersatz lässt sich trefflich streiten. In Europa werden punitive Elemente im Schadensersatz überwiegend unter Verweis auf US-amerikanische Erfahrungen mit diesem Instrument abgelehnt (siehe die Nachweise oben bei Kap. 4 Fn. 279 und 280). Dabei sollte man allerdings im Blick haben, dass ein Gutteil des Unbehagens daher rührt, dass in den USA einerseits Rechtsanwälte einen großen Teil der eingeklagten Summen abschöpfen und andererseits das Opfer eine Überkompensation nicht „verdient“ hat. Geringeren Bedenken begegnet daher eine Einbindung punitiver Elemente mit Auszahlungen zugunsten des Staates. Vor diesem Hintergrund offen gegenüber überkompensierendem Schadensersatz Wagner, AcP (206) 2006, 352, 469 ff. Ähnlich zumindest für offensichtlich unlautere Geschäftspraktiken auch Grundmann, in: FS Wulf-Henning Roth, 2015, S. 181, 196, der sich dafür auf Art. 13 S. 2 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken beruft.

<sup>55</sup> Tur, 2 Leg. Stud. 1982, 135, 137 f., der sogleich auch drei Schwächen des administrativen Rechtsschutzes nennt: Erstens ist eine behördliche Entscheidung weniger präzedenzfähig als ein gerichtliches Judiz, zweitens ist mit behördlichem Handeln noch nicht den betroffenen Individuen geholfen, drittens steht administratives Einschreiten immer unter der Haushaltsrestriktion.

zwar keineswegs unproblematisch.<sup>56</sup> Seine Anwendung erscheint dennoch dort zumindest erwägenswert, wo illegal agierende Unternehmer bis zum Abschluss eines Zivilverfahrens längst in die Insolvenz gegangen oder sonst vom Markt verschwunden sind und die Reputationsmechanismen des Marktes im Verbund mit der privaten Rechtsdurchsetzung versagen.<sup>57</sup> Die europäische Entwicklung geht bereits seit einiger Zeit in diese Richtung.<sup>58</sup>

Die behördliche Rechtsdurchsetzung kann eine Reihe unterschiedlicher Formen annehmen: In Betracht kommt etwa eine Übernahme der Prozessführung in Revisionsverfahren bei besonderem Präzedenzinteresse der Allgemeinheit – unter Inkaufnahme von Friktionen mit dem auf Individualschutz ausgelegten System der Zivilprozessordnung.<sup>59</sup> Denkbar sind auch behördlich organisierte Maßnahmen wie etwa eine Stärkung der gegenwärtig beim Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) angesiedelten, europäisch motivierten Rechtsdurchsetzungskapazitäten<sup>60</sup> oder die Schaffung einer Verbraucherschutzbehörde analog zum Bundeskartellamt, die mit Bußgeldern<sup>61</sup> und Klagen gegen kalkulierten Rechtsbruch vorgeht.<sup>62</sup> Im Vergleich mit den Verbraucherzentralen hätten Behörden nicht nur den – argumentativ schwachen – Vorteil einer besseren Finanzausstattung, sondern sie ließen sich auch mit einer dichteren juristischen Kompetenz ausstatten<sup>63</sup> und ihnen könnten weiter reichende Ermittlungs- und sonstige Exekutivbefugnisse übertragen werden. Ein noch tieferer Einschnitt wäre die ebenfalls denkbare Ausweitung des § 263 StGB auf fahrlässigen<sup>64</sup> gewerbsmäßigen Betrug oder die Einführung

<sup>56</sup> *Baehr*, Verhaltenssteuerung durch Ordnungsrecht, 2005, S. 94 ff.

<sup>57</sup> Die Flüchtigkeit illegal agierender Unternehmen ist gerade bei bewusstem Rechtsbruch durchaus typisch; *Weber*, VuR 2013, 323, 329.

<sup>58</sup> *Micklitz*, DJT-Gutachten A, 2012, S. 100 ff.

<sup>59</sup> Siehe oben Kapitel 4 A. I. 1. a) aa) (3).

<sup>60</sup> Das BVL agiert bislang zurückhaltend auf Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz bzw. des diese umsetzenden deutschen VSchDG; vgl. *Weber*, VuR 2013, 323, 324 f., 330.

<sup>61</sup> *Micklitz*, DJT-Gutachten A, 2012, S. 100, zufolge legen Erfahrungen aus anderen Ländern die Vermutung nahe, dass Bußgelder jedenfalls im Vergleich zu Unterlassungsklagen deutlich effektiver sind. Die erforderlichen Bußgeldvorschriften wären vorzugsweise im WiStG anzusiedeln. Zur Schwierigkeit, innovatives betrügerisches Marktverhalten in Straf-tatbestände zu fassen, *Schrickler*, ZHR (139) 1975, 208, 214 ff.

<sup>62</sup> *von Hippel*, ZRP 2001, 145; *Mundt*, WRP 2014, Editorial 3/2014. Ähnlich das Plä-doyer für die Einführung eines Verbraucherstaatsanwalts in den USA bei *Gilles/Friedman*, 79 U. Chi. L. Rev. 2012, 623, 660 ff. Differenzierend *Koch*, Prozeßführung im öffentlichen Interesse, 1983, S. 1 ff. – Derweil weist *Bruns*, in: Stürner/Bruns (Hrsg.), Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, 2014, S. 255, 273, darauf hin, dass Behörden- wie auch Verbandsklagen jedenfalls insoweit wesentlich einfacher zu handhaben sind, als sie als Zweiparteienprozesse geführt werden können.

<sup>63</sup> Gegenwärtig befindet sich nur ein Teil der Verbraucherzentralen unter juristischer Lei-tung, was sich unvermeidlich auf die institutionelle Steuerung auswirkt.

<sup>64</sup> Die Anwendung des gewerbsmäßigen Betruges nach § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1

eines Unternehmensstrafrechts in einem VerbStrG<sup>65</sup>.<sup>66</sup> Freilich steht die Einführung von Strafvorschriften stets unter dem Vorbehalt der Angemessenheit der Strafe; bei zurückhaltender Bemessung aber ist eine spürbare generalpräventive Wirkung empirisch unsicher und jedenfalls in ihrem Ausmaß begrenzt.<sup>67</sup>

Diese Bedenken sprechen nicht schlechthin gegen eine Installation neuer administrativer Rechtsschutzmöglichkeiten. Sie weisen aber darauf hin, dass der Gesetzgeber behutsam vorgehen und die Effekte unterschiedlicher Instrumente sorgfältig empirisch beobachten sollte. Nach aller Voraussicht wird sich die bestehende Rechtsdurchsetzungslücke auch durch ein ausgewogenes Zusammenspiel verschiedener Mechanismen aus individueller, kollektiver und administrativer Rechtsdurchsetzung signifikant verringern, wenngleich nicht gänzlich schließen lassen.

### III. Wegweiser Verbraucherrechtsdurchsetzung

Dieses Allokationsmuster für Verbraucherkonflikte verdient die Beachtung vornehmlich derjenigen Professionen, die Verbraucher bei ihrer Verfahrenswahl beraten. Dazu gehören insbesondere Rechtsanwälte, Verbraucherzentralen und Rechtsschutzversicherungen. Dabei ist zu beachten, dass sich die Grenzen der Anwendungsbereiche unterschiedlicher Verfahren der Konfliktlösung in Verbraucherstreitigkeiten nicht an konkreten Wertgrenzen festmachen lassen. Das Interesse oder Desinteresse von Verbrauchern an der Durchsetzung ihrer Rechte ist individuell sehr verschieden, deswegen erschöpft sich die Darstellung der Eignung verschiedener Konfliktlösungsmechanismen in Tendenzaussagen.

Deutlich präziser lassen sich die Verfahren hinsichtlich der Zielsetzung der Betroffenen unterscheiden: Geht es Verbrauchern um die Rechtsdurchsetzung, bleiben sie im Wesentlichen auf den klassischen Weg der mit anwaltlicher Vertretung geführten Verhandlungen und nötigenfalls der Anrufung eines staatlichen Gerichts verwiesen. Liegt ihnen demgegenüber an einer Selbstkontrolle des Unternehmens, die durchaus parteiisch sein kann, so erhalten die heute häu-

---

StGB scheitert vielfach daran, dass der subjektive Tatbestand der Vorschrift nicht nachzuweisen ist.

<sup>65</sup> Der nordrhein-westfälische Landtag hat im Jahr 2013 einen Entwurf für ein Gesetz zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden (VerbStrG) formuliert. Siehe dazu *Witte/Wagner*, BB 2014, 643 ff.; kritisch *Leipold*, NJW Spezial 2013, 696; *Hein*, CCZ 2014, 75 ff.; differenzierend *Pieth*, KritJ 2014, 276, 280 ff.; zuvor bereits grundlegend *Polinsky/Shavell*, 111 Harv. L. Rev. 1998, 869, 948 ff.; dem folgend *Wagner*, AcP (206) 2006, 352, 362 f.

<sup>66</sup> Mit guten Gründen offen gegenüber einer staatlichen Abstützung des Verbraucherschutzes *Weber*, VuR 2013, 323, 331 f.

<sup>67</sup> Das liegt *Becker*, 76 J. Pol. Econ. 1968, 169, 207, zufolge unter anderem an der mäßigen Elastizität der Rechtsbruchrate; *Wagner*, AcP (206) 2006, 352, 443, weist im Anschluss daran insbesondere auf die zu geringe Strafwahrscheinlichkeit hin.

fig als Schlichtung bezeichneten Beschwerdeverfahren eine sinnvolle Anwendung. Güteverfahren sind hingegen allenfalls dort ratsam, wo der Vermittler nicht den Eindruck erweckt, er berate die Parteien auch zur Rechtslage.

Wo Verbraucher an der Rechtsdurchsetzung desinteressiert sind und sich die Möglichkeiten individueller Rechtsdurchsetzung nicht ohne Verlust an notwendiger Rechtsstaatlichkeit entformalisieren lassen, kommt der kollektiven Rechtsdurchsetzung und schließlich auch dem administrativen Rechtsschutz eine Auffangfunktion zu. Die anwaltliche Rechtsdienstleistung nimmt jeweils eine im Schaubild nicht aufgeführte, vorgelagerte Rolle ein.

## Zusammenfassende Thesen

1. Verbraucherkonflikte betreffen typischerweise geringwertige Forderungen aus Sachverhalten mit geringer tatsächlicher Komplexität. Häufig besteht eine große räumliche Distanz zwischen den Konfliktparteien.

2. Verbraucher ziehen in der Regel wegen einer Vielzahl von Alternativanbietern im Markt kaum Vorteile aus der Fortsetzung einer konflikthaften Vertragsbeziehung. Dennoch ist ihr Interesse an der Durchsetzung ihrer Rechte rational begrenzt. Wo die konkrete Grenze zwischen Interesse und Desinteresse an der Rechtsverfolgung verläuft, hängt vom individuellen Anspruchsinhaber wie auch von der Ausgestaltung der zur Verfügung stehenden Konfliktlösungsmechanismen ab.

3. Bewertungsmaßstäbe, die einheitlich für gerichtliche wie für außegerichtliche Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung gelten, lassen sich nicht konstitutionell rechtfertigen und nur teilweise aus dem geltenden Verfahrensrecht induktiv ableiten. Eine Reihe solcher Maßstäbe lässt sich allerdings unmittelbar aus dem Verfahrensziel der Durchsetzung materieller Verbraucherrechte herleiten.

4. Vorrangige und notwendige Bewertungsmaßstäbe für ein Rechtsdurchsetzungsverfahren sind die Rechtstreue des Verfahrensergebnisses sowie die Rechtskunde, Unabhängigkeit und Neutralität der Verfahrensleiter. Zur Unabhängigkeit der Entscheidungsträger gehört namentlich, dass Vergütung und Arbeitspensum von der Art der getroffenen Entscheidungen unabhängig sind.

5. Wichtige weitere Bewertungsmaßstäbe für Verfahren der Verbraucherrechtsdurchsetzung sind grundlegende Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens. Dazu gehören dessen Tatsachenfundierung, das rechtliche Gehör, die Option einer mündlichen Anhörung, die Verständlichkeit und Erreichbarkeit des Verfahrens sowie angemessene Verfahrenskosten.

6. Insbesondere aus Sicht von Verbrauchern als Einmalprozessierern ist Transparenz hinsichtlich der Verfahrensziele, der Funktion des Verfahrensleiters und der erzielten Verfahrensergebnisse von eminenter Bedeutung für eine sachgerechte Verfahrenswahl. Dieses Kriterium ist nicht nur für Rechtsdurchsetzungsverfahren, sondern für Konfliktlösungsverfahren generell bedeutsam.

7. Im Zivilprozess ist die Durchsetzung des materiellen Rechts vorrangiger Verfahrenszweck. Rechtsfrieden kann in verschiedener Ausprägung Folge der

Rechtsdurchsetzung sein, ist aber im Verbraucherverfahren wie auch im sonstigen Zivilverfahren kein eigenständiges Prozessziel. Dieser Zwecksetzung läuft es zuwider, wenn Richter den Parteien nicht nur Gelegenheit zur Einigung geben, sondern sie zu einem Kompromiss drängen.

8. Der Gesetzgeber sollte dafür Sorge tragen, dass das Arbeitspensum eines Richters nach § 21e und § 21g GVG nicht von der Art der Verfahrensbeendigung abhängt. Denn eine unsachgemäße Entscheidung, insbesondere das Vermeiden eines Urteils im entscheidungsreifen Streit, verhindert die Durchsetzung materieller Rechte und schafft vor allem für nachfolgende Fälle Fehlanreize zur Anrufung von Gerichten. Der Gesetzgeber sollte ferner durch eine Klarstellung in § 139 ZPO richterliche Hinweise im entscheidungsreifen Streit unterbinden, um Rechtsberatung und Rechtsprechung klar voneinander zu trennen.

9. Im zivilprozessualen Klageverfahren besteht kein Bedarf nach einem speziellen Verbraucherverfahrensrecht, sondern aus der Warte der Verbraucher vor allem nach einfachen Möglichkeiten zur Durchsetzung geringwertiger Forderungen. Der Vereinfachungsbedarf betrifft insbesondere die Gestaltung der Klageerhebung. Der Gesetzgeber hat in §§ 496, 129a bzw. 253 Abs. 4, 130a ZPO bereits die Möglichkeit geschaffen, eine Klage auf elektronischem Wege einzureichen. Mit Blick darauf, dass Verbraucher vor dem Amtsgericht auch ohne Anwalt postulationsfähig sind, sollte die Vorschrift des § 496 ZPO dahingehend erweitert werden, dass Amtsgerichte verpflichtet werden, ein einfach strukturiertes Online-Klageformular zur Verfügung zu stellen, mit Hilfe dessen insbesondere Verbraucher Klagen einreichen können. Gleiches gilt für das Mahnverfahren nach §§ 688 ff. ZPO, das europäische Mahnverfahren sowie das europäische Verfahren zur Durchsetzung geringwertiger Forderungen.

10. Nach der zivilprozessualen *lex lata* können Unternehmer einer für sie nachteiligen Präzedenz entgehen, indem sie Verbrauchern ihren Revisionserfolg abkaufen. Um dies zu verhindern, kommt eine Weiterführung des Prozesses durch einen Staats-Anwalt in Betracht. Eine Begrenzung des Revisionsrücknahmerechts würde demgegenüber unverhältnismäßig in die Verfahrensautonomie der Parteien eingreifen.

11. Bei geringstwertigen Streitigkeiten können auch schlanke Individualverfahren keine ausreichende Rechtsdurchsetzung sicher stellen. Hier sind zusätzlich Mechanismen der kollektiven Verbraucherrechtsdurchsetzung erforderlich. Die Verbandsklage in ihrer heutigen Form kann nur dann einen erheblichen Teil des verbleibenden Rechtsdurchsetzungsdefizits beheben, wenn die aktivlegitimierten Verbände über ausreichende Mittel für eine erhebliche Ausweitung ihrer Prozesstätigkeit verfügen.

12. Die Möglichkeit zur Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG krankt daran, dass den klagenden Verbänden selten der Vorsatznachweis gelingt. Die verbandliche Prozesstätigkeit wäre demgegenüber weit effektiver, wenn man im mate-

riellen Recht einen generellen Folgenbeseitigungsanspruch verankern würde, der in seiner Funktionsweise der speziellen lauterkeitsrechtlichen Norm des § 8 Abs. 1 UWG folgt.

13. Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes sollten die Freiwilligkeit der Beteiligung an gerichtlichen Verfahren respektieren und einzelne Verbraucher nicht zur Teilnahme am Prozess animieren. Kollektivmechanismen können das rationale Desinteresse von Anspruchsinhabern nur eingeschränkt überwinden; sie leisten aber einen wichtigen Beitrag zur Justizeffizienz.

14. Weder gerichtliche noch außergerichtliche Verfahren müssen für Verbraucher kostenfrei sein. Die Verfahrenskosten müssen aber in einem angemessenen Verhältnis zum Streitwert stehen. Werden Verbraucher von Verfahrenskosten gänzlich freigestellt, ergibt sich daraus ein problematischer Anreiz zum Verfahrensmisbrauch.

15. Obgleich sie sich teilweise die Rechtsdurchsetzung zum Ziel setzen, sind die aktuell verfügbaren *außergerichtlichen* Konfliktlösungsverfahren für die Durchsetzung materieller Rechte nur sehr eingeschränkt geeignet. Namentlich das Schlichtungsverfahren ist nicht auf rechtstreue Ergebnisse, sondern auf Kompromisse angelegt. Auch fehlende juristische Qualifikation und mangelnde Unabhängigkeit der Verfahrensleiter, vor allem aber irreführende Anleihen an der Reputation der staatlichen Justiz nähren Zweifel an einer sachgerechten und verbraucherfreundlichen Ausgestaltung dieser Verfahren.

16. Wenn der Gesetzgeber die Verbraucherschlichtung als Rechtsdurchsetzungsmechanismus begreift, muss er den Schlichtungsstellen Vorgaben machen, welche die genannten Bewertungsmaßstäbe berücksichtigen. Insbesondere wenn eine Schlichtungsstelle eine Orientierung an Recht und Gesetz ankündigt, sollte das Verfahren ausschließlich in den Händen von Personen mit der Befähigung zum Richteramt liegen; die Besetzung der Entscheidungsträger muss auch für Außenstehende transparent sein; ferner sollten die Einrichtungen nicht einseitig von Unternehmen finanziert werden, sondern Verbraucher abhängig vom Erfolg ihrer Beschwerde auch für die Verfahrenskosten einstehen müssen. Anleihen an der Reputation der staatlichen Justiz sind geeignet, Verbraucher in die Irre zu führen, und verbieten sich deswegen.

17. Aufgrund der eingeschränkten Eignung der Verbraucherschlichtung zur Rechtsdurchsetzung lässt sich der Zugang zum Recht vorrangig nur durch den Zugang zur Justiz sicherstellen. Das Schlichtungsverfahren sollte nicht als niederschwellige Vorstufe zur Justiz, sondern als eigenständiges Verfahren der unternehmerischen Selbstkontrolle verstanden und ausgestaltet werden. Als solches kann es unproblematisch darauf verzichten, den Bewertungsmaßstäben eines rechtstreuen Ergebnisses und juristisch qualifizierter wie unabhängiger Verfahrensleiter zu genügen, weil die Verfahrensnutzer dann erkennen können, dass es sich um ein Aliud gegenüber der staatlichen Justiz handelt. Die Kon-

fliktlösungssysteme von Handelsintermediären im E-Commerce können für die Ausgestaltung der Verbraucherschlichtung in vielerlei Hinsicht als Vorbild gelten.

18. Verbraucher müssen außerhalb individuell getroffener Vereinbarungen frei darin sein, die staatlichen Gerichte jederzeit anzurufen. Der Gesetzgeber hat insofern gut daran getan, Schlichtungszwang in Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Einführung eines neuen § 309 Nr. 14 BGB zu unterbinden.

19. Die Anwaltschaft nimmt bei der Durchsetzung materieller Verbraucherrechte eine nicht zu unterschätzende Rolle ein. Als Organe der Rechtspflege sind Rechtsanwälte der Rechtsdurchsetzung ohnehin verpflichtet. Rechtsberatung bei geringwertigen Streitigkeiten scheitert gegenwärtig häufig an den prohibitiv hohen Kosten. Auch wenn der Rechtsdienstleistungsmarkt auf technische Innovationen traditionell träge reagiert, wird die Rechtsberatung nach den Register- und Mahnsachen der nächste Bereich der Rechtspflege sein, der durch Automatisierung revolutioniert wird. Dabei können die Anwaltschaft wie auch die Justiz aus der lange Zeit vernachlässigten rechtsinformatischen Forschung des ausgehenden 20. Jahrhunderts schöpfen.

20. Zum Nutzen einer Effizienz des Gesamtsystems sollten Verfahren der individuellen Verbraucherrechtsdurchsetzung überlegt mit den Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes verzahnt werden. Wo gleichwohl noch Rechtsdurchsetzungslücken verbleiben, die als nicht hinnehmbar bewertet werden, sind diese durch Sanktionsmechanismen auf der materiellen Ebene zu regulieren und durch staatliche Behörden durchzusetzen.





## Literaturverzeichnis

- Adams, Michael*, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses (Königstein: Athenäum, 1981).
- Ahrens, Hans-Jürgen*, Kollektivschadensersatz wegen Wettbewerbsbeschränkungen oder unlauteren Wettbewerbs? – Über Mythen und Problemignoranz, Wettbewerb in Recht und Praxis 2015, S. 1040–1046.
- Albin, Wolf*, Güteverhandlung und Mediation: Evaluierung der ZPO-Reform von 2002 (Münster: Monsenstein und Vannerdat, 2007).
- Alderman, Richard M.*, Pre-Dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform, 38 Houston Law Review 2001, S. 1237–1268.
- Alderman, Richard M.*, Consumer Arbitration: The Destruction of the Common Law, 2 Journal of American Arbitration 2003, S. 1–18.
- Alderman, Richard M.*, The Future of Consumer Law in the United States – Hello Arbitration, Bye-Bye Courts, So-Long Consumer Protection, elektronisch verfügbar unter <http://ssrn.com/id=1015517>.
- Alexander, Christian*, Nutzen und Zukunft der Gewinnabschöpfung in der Diskussion, Wettbewerb in Recht und Praxis 2012, S. 1190–1197.
- Alexy, Robert*, Begriff und Geltung des Rechts (Freiburg: Karl Alber, 3. Auflage 2005).
- Althammer, Christoph*, Mindeststandards im Zivilprozess, in: 126 Zeitschrift für den Zivilprozess 2013, S. 3.
- Althammer, Christoph*, Die Stellung des Streitmittlers, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Alternative Streitschlichtung (Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2015), S. 117–139.
- Althammer, Christoph*, Mindeststandards und zentrale Verfahrensgrundsätze im deutschen Recht, in: Althammer, Christoph/Weller, Matthias (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht: Grundvoraussetzung für gegenseitiges Vertrauen (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), S. 3–29.
- Amtrup, Willers*, Verbraucherrechtsberatung, in: Rasehorn, Theo (Hrsg.), Rechtsberatung als Lebenshilfe (Neuwied: Luchterhand, 1979), S. 157–169.
- Armbrüster, Christian*, Fremdsprachen in Gerichtsverfahren, Neue Juristische Wochenschrift 2011, S. 812–818.
- Arnold, Stefan*, Zum Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren, in: Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A./Garber, Thomas (Hrsg.), Europäische und internationale Dimension des Rechts (Wien: LexisNexis, 2012), S. 11–27.
- Arnold, Stefan*, Englisch als Verfahrenssprache vor deutschen Zivilgerichten, in: Clavara, Selena/Garber, Thomas (Hrsg.), Sprache und Zivilverfahrensrecht (Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2013), S. 161–181.
- Assmann, Heinz-Dieter*, Trojaner (vulgo: Räuberische Aktionäre) ohne Ende? Ein Plädoyer für ein neuartiges Antivirenprogramm im Kampf gegen missbräuchliche Anfechtungsklagen, Die Aktiengesellschaft 2008, S. 208–212.

- Auer, Marietta*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014).
- Bacher, Klaus*, Der elektronische Rechtsverkehr im Zivilprozess, *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, S. 2753–2760.
- Bachmann, Birgit*, Historische Aspekte – Die Entwicklung der ZPO, in: Blaurock, Uwe (Hrsg.), *Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2005), S. 1–28.
- Bachmann, Gregor*, *Private Ordnung: Grundlagen ziviler Regelsetzung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006).
- Baehr, Thomas*, *Verhaltenssteuerung durch Ordnungsrecht: Das Vollzugsdefizit als Verfassungsproblem* (Baden-Baden: Nomos, 2005).
- Bahnsen, Frauke*, Verbraucherschutz im Zivilprozess: Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der DDR-Novelle der Zivilprozeßordnung vom 29. Juni 1990 (Neuried: Ars Una, 1997).
- Bälz, Kilian/Moelle, Henning/Zeidler, Finn*, Rechtsberatung pro bono publico in Deutschland – eine Bestandsaufnahme, *Neue Juristische Wochenschrift* 2008, S. 3383–3388.
- Bar-Gill, Oren*, The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation, *22 Journal of Law, Economics & Organization* 2006, S. 490–507.
- Basedow, Jürgen*, Der Versicherungsombudsmann und die Durchsetzung der Verbraucherrechte in Deutschland, *Versicherungsrecht* 2008, S. 750–752.
- Basedow, Jürgen*, Postmoderner Rechtsschutz und der Dialog mit dem Gerichtshof der Europäischen Union, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2015, S. 1–2.
- Basedow, Jürgen et al.*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999).
- Baumgärtel, Gottfried*, Chancengleichheit vor Gericht durch Pflichtrechtsschutzversicherung oder Prozeßhilfe?, *Juristenzeitung* 1975, S. 425–435.
- Baumgärtel, Gottfried*, Gleicher Zugang zum Recht für alle: Ein Grundproblem des Rechtsschutzes (Köln u.a.: Heymann, 1976).
- Baur, Fritz*, Armenrecht und Rechtsschutzversicherung, *Juristenzeitung* 1972, S. 75–78.
- Baur, Fritz*, *Zivilprozeßrecht* (Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 3. Auflage 1979).
- Bayer, Walter/Hoffmann, Thomas*, Fünf Jahre ARUG: Rückblick und Ausblick, *Die Aktiengesellschaft* 2014, S. R283–R286.
- Bebchuk, Lucian Arye/Roe, Mark J.*, A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance, *52 Stanford Law Review* 1999, S. 127–170.
- Becker, Gary*, Crime and Punishment: An Economic Approach, *76 Journal of Political Economy* 1968, S. 169–217.
- Ben-Shahar, Omri*, Arbitration and Access to Courts: Economic Analysis, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (München: C. H. Beck et al., 2013), S. 447–470.
- Benda, Ernst*, Richter im Rechtsstaat, *Deutsche Richterzeitung* 1979, S. 357–363.
- Benda, Ernst*, Formerfordernisse im Zivilprozeß und das Prinzip der Fairneß, in: *98 Zeitschrift für Zivilprozeß* 1985, S. 365–377.
- Bender, Rolf*, Einige Aspekte zu den Erfolgsbarrieren in der Justiz, *40 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1976, S. 718–726.
- Bender, Rolf*, Konsequenzen für die Rechtsprechung und für den Gesetzgeber, in: Bender, Rolf (Hrsg.), *Rechtstatsachen zum Verbraucherschutz* (Konstanz: Universitätsverlag Konstanz, 1988), S. 101–149.

- Bender, Rolf*, Vollendung von Wirtschaftsdelikten durch gutgläubige Zivilgerichte – Erfahrungen und Folgerungen aus zwölf Jahren Vorsitz im Senat für Verbraucherrecht am Oberlandesgericht Stuttgart, in: Bender, Rolf (Hrsg.), *Rechtstatsachen zum Verbraucherschutz* (Konstanz: Universitätsverlag Konstanz, 1988), S. 85–99.
- Bender, Rolf/Schumacher, Rolf*, Erfolgsbarrieren vor Gericht (Tübingen: Mohr, 1980).
- Benöbr, Iris*, Consumer Dispute Resolution after The Lisbon Treaty: Collective Actions and Alternative Procedures, 36 *Journal of Consumer Policy* 2013, S. 87–110.
- Bercher, Anne/Engel, Martin*, Richtungsentscheidungen für die Mediation in Deutschland, *Juristenzeitung* 2010, S. 226–231.
- Berlin, Christof*, Alternative Streitbeilegung in Verbraucherkonflikten: Qualitätskriterien, Interessen, Best Practice (Baden-Baden: Nomos, 2014).
- Bernhardt, Wilfried*, Die deutsche Justiz im digitalen Zeitalter: Entwicklung und Entwicklungsperspektiven von E-Justice, *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, S. 2775–2781.
- Bien, Florian*, Die neue französische Action de groupe der Verbraucherschutzverbände, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2014, S. 507–510.
- Bierbrauer, Günter/Falke, Josef/Koch, Klaus-Friedrich*, Konflikt und Konfliktbeilegung. Eine interdisziplinäre Studie über Rechtsgrundlage und Funktion der Schiedsmanninstitution, in: Bierbrauer, Günter/Falke, Josef/Giese, Bernhard/Koch, Klaus-Friedrich/Rodingen, Hubert (Hrsg.), *Zugang zum Recht* (Bielefeld: Gieseking, 1978), S. 141–192.
- Blankenburg, Erhard*, Mobilisierung von Recht, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1980, S. 33–64.
- Blankenburg, Erhard*, Mehr Justiz, aber weniger Gerechtigkeit?, in: Blankenburg, Erhard/Klages, Helmut/Strempel, Dieter (Hrsg.), *Überlegungen zu einer Strukturanalyse der Justiz* (Speyer: Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung, 1987), S. 89–103.
- Bollweg, Hans-Georg*, Schlichtung im Luftverkehr, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2015, S. 361–366.
- Böni, Franz*, Europäische Richtlinie zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung – Maß aller Dinge für Privatgeschädigte?, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2014, S. 324–331.
- Borgmann, Brigitte/Jungk, Antje/Schwaiger, Michael*, *Anwaltshaftung: Systematische Darstellung der Rechtsgrundlagen für die anwaltliche Berufstätigkeit* (München: C. H. Beck, 5. Auflage 2014).
- Bötticher, Eduard*, Gleichbehandlung und Waffengleichheit: Überlegungen zum Gleichheitssatz (Heidelberg u.a.: R. v. Decker & C. F. Müller, 1979).
- Brand, Peter-Andreas*, US-Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz in der EU, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, S. 1116–1121.
- Braun, Felix*, Verbraucherstreitigkeiten und Online-Schlichtung, *Zeitschrift für Konfliktmanagement* 2013, S. 168–170.
- Bräutigam, Frank*, Lasst den BGH sprechen!, *Anwaltsblatt* 2012, S. 533.
- Brehm, Wolfgang*, Rechtsfortbildungszweck des Zivilprozesses, in: Gottwald, Peter/Roth, Herbert (Hrsg.), *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001), S. 57–69.
- Briner, Robert/von Schlabrendorff, Fabian*, Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration, in: Briner, Robert/Fortier, L. Yves/Berger, Klaus Peter/Bredow, Jens (Hrsg.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century* (Köln u.a.: Carl Heymanns, 2001), S. 89–109.

- Brömmelmeyer, Christoph*, Der Ombudsmann im Finanzsektor, Wertpapierrechtliche Mitteilungen 2012, S. 337–342.
- Brömmelmeyer, Christoph*, Die EU-Sammelklage (Baden-Baden: Nomos, 2013).
- Bruns, Alexander*, Der Zivilprozess zwischen Rechtsschutzgewährleistung und Effizienz, in: 124 Zeitschrift für Zivilprozess 2011, S. 29–43.
- Bruns, Alexander*, Die zivilprozessuale Dimension der Justizgewährleistung, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph/Münch, Joachim/Piekenbrock, Andreas/Stadler, Astrid/Tsikrikas, Dimitrios (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013) S. 257–271.
- Bruns, Alexander*, Gruppenklagen als Erscheinungsformen eines sozialen Zivilprozesses in der Marktgesellschaft?, in: Stürner, Rolf/Bruns, Alexander (Hrsg.), Globalisierung und Sozialstaatsprinzip (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014), S. 255–274.
- Bruns, Alexander*, Maximendenken im Zivilprozessrecht, in: Bruns, Alexander/Münch, Joachim/Stadler, Astrid (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014), S. 53–67.
- Bübring-Uhle, Christian/Eidenmüller, Horst/Nelle, Andreas*, Verhandlungsmanagement: Intuition – Strategie – Effektivität (München: C. H. Beck, 2009).
- Bundesgerichtshof*, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2014 – Jahresstatistik (Karlsruhe: Bundesgerichtshof, 2015).
- Busch, Christoph/Reinhold, Simon*, Standardisation of Online Dispute Resolution Services: Towards a More Technological Approach, 4 Journal of European Consumer and Market Law 2015, S. 50–58.
- Bush, Robert A.*, The Economic Significance of Access to Justice: An Analysis of Resource Allocation to Dispute-Resolution Services, in Relation to Public Policy-Making and the Public Interest, in: Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant (Hrsg.), Access to Justice (Mailand et al.: Giuffrè/Sijthoff and Noordhoff, 1979), S. 191–256.
- Buß, Thomas*, De minimis non curat lex, Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 337–344.
- Cafaggi, Fabrizio/Micklitz, Hans-Wolfgang*, New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement (Antwerpen: Intersentia, 2009).
- Cahn, Andreas*, Prozessuale Dispositionsfreiheit und zwingendes materielles Recht, in: 198 Archiv für die civilistische Praxis 1998, S. 35–71.
- Calabresi, Guido*, The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis (New Haven und London: Yale University Press, 1970).
- Calliess, Gralf-Peter*, Online Dispute Resolution: Consumer Redress in a Global Market Place, 7 German Law Journal 2006, S. 647–660.
- Calliess, Gralf-Peter*, Transnational Consumer Law: Co-Regulation of B2C E-Commerce, in: Dilling, Olaf/Herberg, Martin/Winter, Gerd (Hrsg.), Responsible Business: Self-Governance in Transnational Economic Transaction (Oxford: Hart, 2008), S. 225–258.
- Calliess, Gralf-Peter*, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß? Gutachten A zum 70. Deutschen Juristentag (München: C. H. Beck, 2014).
- Caponi, Remo*, Adjudication, Alternative Dispute Resolution and Fair Trial Guarantee, in: Adolphsen, Jens/Goebel, Joachim/Haas, Ulrich/Hess, Burkhard/Kolmann, Stephan/Würdinger, Markus (Hrsg.), Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag (München: C. H. Beck, 2014), S. 65–72.
- Cappelletti, Mauro*, Laienrichter – heute?, in: Grunsky, Wolfgang/Stürner, Rolf/Walter, Gerhard/Wolf, Manfred (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur (Tübingen: Mohr Siebeck, 1981), S. 313–327.

- Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant*, Access to justice: A world survey (Alphen aan den Rijn: Sijthoff and Noordhoff, 1978/1979).
- Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant/Trocker, Nicolò*, Access to Justice: Comparative General Report, 40 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1976, S. 669–717.
- Chemnitz, Jürgen*, *Rechtsberatungsgesetz* (Münster: Aschendorff, 9. Auflage 1991).
- Conen, Claudia/Gramlich, Ludwig*, Das geplante Gesetz zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten – Die Umsetzung der ADR-Richtlinie 2013/11/EU: Meilenstein oder Bevormundung für deutsche Verbraucher?, *Neue Justiz* 2014, S. 494–502.
- Cornelius-Winkler, Joachim*, Schadenmanagement der Rechtsschutzversicherer im Verkehrsrecht, *Straßenverkehrsrecht* 2013, S. 201–208.
- Cornelius-Winkler, Joachim*, Schadenfreiheitsrabatte und „aktives Schadenmanagement“ – Paradigmenwechsel in der Rechtsschutzversicherung?, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, S. 588–591.
- Cortés, Pablo*, Developing Online Dispute Resolution for Consumers in the EU: A Proposal for the Regulation of Accredited Providers, 19 *International Journal of Law and Information Technology* 2011, S. 1–28.
- Cortés, Pablo*, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union* (London: Routledge, 2011).
- Creutzfeldt, Naomi*, How Important is Procedural Justice for Consumer Dispute Resolution? A Case Study of an Ombudsman Model for European Consumers, 37 *Journal of Consumer Policy* 2014, S. 527–546.
- Damm, Reinhard*, *Privatautonomie und Verbraucherschutz*, *Versicherungsrecht* 1999, S. 129–141.
- Dastis, Juan Carlos M./Udich, Julian*, Gutes pro bono leisten: Wie gründet man eine Law Clinic?, *Anwaltsblatt* 2013, S. 721–730.
- de Hoon, Machteld/Mak, Vanessa*, Consumer Empowerment Strategies – A Rights-Oriented Approach Versus a Needs-Oriented Approach, in: 19 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2011, S. 518–532.
- Deckenbrock, Christian/Hensler, Martin*, *Rechtsdienstleistungsgesetz*, (München: C. H. Beck, 4. Auflage 2015).
- Deckert, Martina Renate*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung* (München: C. H. Beck, 1995).
- Demaine, Linda J./Hensler, Deborah R.*, „Volunteering“ to Arbitrate Through Predispute Arbitration Clauses: The Average Consumer’s Experience, 67 *Law and Contemporary Problems* 2004, S. 55–74.
- Denkinger, Fleur*, *Der Verbraucherbegriff: Eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa* (Berlin: De Gruyter, 2007).
- Derleder, Peter/Knops, Kai-Oliver/Bamberger, Heinz Georg*, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, (Berlin: Springer, 2. Auflage 2009).
- Deutmoser, Ralf*, Die Büchse der Pandora: Kollektiver Rechtsschutz in Europa, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2013, S. 652–657.
- di Fabio, Udo*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, *Juristenzeitung* 1999, S. 585–592.
- Domej, Tanja*, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, in: 125 *Zeitschrift für Zivilprozess* 2012, S. 421–458.

- Doré, Laurie Kratky*, Public Courts Versus Private Justice: It's Time to Let Some Sun Shine in on Alternative Dispute Resolution, 81 Chicago-Kent Law Review 2006, S. 463–520.
- Dötsch, Wolfgang*, Internet und Offenkundigkeit, Monatsschrift für Deutsches Recht 2011, S. 1017–1018.
- Dreher, Meinrad*, Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, Juristenzeitung 1997, S. 167–178.
- Dreier, Horst*, Grundgesetz Kommentar, III. Band, Artikel 83–146 (Tübingen: Mohr Siebeck, 3. Auflage 2008).
- Drucker, Peter F.*, Managing for Business Effectiveness, 41 Harvard Business Review 1963, S. 53–60.
- Durner, Wolfram*, Der Gesetzesvollzugsanspruch des Gesetzgebers gegenüber der Exekutive, Juristenzeitung 2015, S. 157–163.
- Dütz, Wilhelm*, Funktionswandel des Richters im Zivilprozeß?, in: 87 Zeitschrift für Zivilprozess 1974, S. 361–405.
- Duve, Christian/Eidenmüller, Horst/Hacke, Andreas*, Mediation in der Wirtschaft: Wege zum professionellen Konfliktmanagement (Köln: Frankfurter Allgemeine Buch, 2. Auflage 2011).
- Eberhardt, Ulrich*, Rechtsschutzversicherung und außergerichtliche Konfliktlösung, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2014, S. 83–87.
- Eckel, Philipp*, Kollektiver Rechtsschutz gegen kartellrechtliche Streuschäden: Das Vereinigte Königreich als Vorbild?, Wirtschaft und Wettbewerb 2015, S. 4–14.
- Egli, Urs*, Vergleichsdruck im Zivilprozeß: Eine rechtstatsächliche Untersuchung (Berlin: Duncker & Humblot, 1996).
- Eichenberger, Kurt*, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, in: Frank, Richard (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindung des Richters (Basel und Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 2. Auflage 1997), S. 69–98.
- Eidenmüller, Horst*, Prozeßrisikoanalyse, in: 113 Zeitschrift für den Zivilprozeß 2000, S. 5–23.
- Eidenmüller, Horst*, Effizienz als Rechtsprinzip (Tübingen: Mohr Siebeck, 4. Auflage 2015).
- Eidenmüller, Horst*, Obligatorische außergerichtliche Streitbeilegung: Eine *conradictio in adiecto*?, Juristenzeitung 2015, S. 539–547.
- Eidenmüller, Horst/Engel, Martin*, Die Schlichtungsfall: Verbraucherrechtsdurchsetzung nach der ADR-Richtlinie und der ODR-Verordnung der EU, ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, S. 1704–1710.
- Eidenmüller, Horst/Engel, Martin*, Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe, 29 Ohio State Journal on Dispute Resolution 2014, S. 261–297.
- Eidenmüller, Horst/Engel, Martin*, Schlichtungszwang in Verbraucherstreitigkeiten, in: 128 Zeitschrift für Zivilprozess 2015, S. 149–163.
- Eidenmüller, Horst et al.*, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Juristenzeitung 2012, S. 269–289.
- Eidenmüller, Horst/Prause, Matthias*, Die europäische Mediationsrichtlinie – Umsetzungsstrategien und Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland, Neue Juristische Wochenschrift 2008, S. 2737–2743.
- Eidenmüller, Horst/Wagner, Gerhard*, Mediationsrecht (Köln: Otto Schmidt, 2015).
- Eisenmenger, Sven*, Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht (Köln: Heymanns, 2012).

- Engel, Christoph*, Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln, Juristenzeitung 1995, S. 213–218.
- Engel, Martin*, Iustitia Bona Mediatix?, in: Kreuzt, Peter/Renftle, Norbert/Faber, Erasmus/Arndt, Dominik/Huber, Nikolaus/Schellhase, Hans-Martin/Steuer, Markus (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2011: Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts (Stuttgart: Boorberg, 2012), S. 343–355.
- Engel, Martin*, Die stille Revolution der EU: Alternative zum Zivilprozess für Verbraucher, Anwaltsblatt 2013, S. 478–482.
- Engel, Martin*, Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, Juristenzeitung 2014, S. 1096–1100.
- Engel, Martin*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Mehr Zugang zu weniger Recht, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1633–1637.
- Engel, Martin*, Wie ist er, der Verbraucher?, Zeitschrift für Rechtspolitik 2015, S. 33.
- Engel, Martin/Hornuf, Lars*, Vexierbild Richtermediation: Eine Studie zur Wahrnehmung verschiedener Mediationsformen in Deutschland, in: 124 Zeitschrift für Zivilprozess 2011, S. 505–518.
- Engel, Martin/Stark, Johanna*, Verbraucher in Europa – Eine Geschichte der Identitätsdiffusion, in: Binder, Kathrin/Eichel, Florian (Hrsg.), Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts (Baden-Baden: Nomos, 2013), S. 27–44.
- Engel, Martin/Stark, Johanna*, Buttons, Boxes, Ticks, and Trust – The Limits of Consumer Choice, in: Mathis, Klaus (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics (Berlin: Springer, 2015), S. 107–123.
- Engel, Martin/Stark, Johanna*, Verbraucherrecht ohne Verbraucher?, in: 23 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2015, S. 32–51.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian*, Beck'scher Online-Kommentar GG, (München: C. H. Beck, 26. Auflage 2015).
- Esser, John P.*, Evaluations of Dispute Processing: We Don't Know What We Think and We Don't Think What We Know: Working Paper No. 8 from the Disputes Processing Research Program Working Papers (Madison, WI: Institute for Legal Studies, 1988).
- Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: KOM(2010) 171 endg. (Brüssel: Europäische Union, 2010).
- Europäische Kommission*, Binnenmarktakte: Zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen: KOM(2011) 206 endg. (Brüssel: Europäische Union, 2011).
- Europäische Kommission*, European contract law in consumer transactions: Flash Eurobarometer 321 (Brüssel: Europäische Union, 2011).
- Europäische Kommission*, Special Eurobarometer 342: Consumer empowerment (Brüssel: Europäische Union, 2011).
- Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: KOM(2011) 635 (Brüssel: Europäische Union, 2011).
- Europäische Kommission*, Consumer Attitudes Towards Cross-Border Trade and Consumer Protection: Flash Eurobarometer 358 (Brüssel: Europäische Union, 2013).
- Europäische Kommission*, Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013: Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten ABl L 201, 26.7.2013 (Brüssel: Europäische Union, 2013).



- Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung 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 und der Verordnung (EG) Nr. 2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei der Beförderung von Fluggästen und deren Gepäck im Luftverkehr: COM(2013) 130 final (Brüssel: Europäische Union, 2013).
- Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens: COM(2013) 794 final (Brüssel: Europäische Union, 2013).
- Europäische Kommission*, The 2015 EU Justice Scoreboard: COM(2015) 116 final (Brüssel: Europäische Union, 2015).
- eurostat*, Consumers in Europe (Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009).
- Fauvarque-Cosson, Bénédicte*, Der neue Mechanismus zur kollektiven Rechtsdurchsetzung in Frankreich: eine Merkwürdigkeit?, *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht* 2014, S. 143–145.
- Feuerich, Wilhelm E./Weyland, Dag*, Bundesrechtsanwaltsordnung, (München: Franz Vahlen, 9. Auflage 2016).
- Fischer, Christian*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht (Tübingen: Mohr Siebeck, 2007).
- Fischer, Nikolaj*, Überlegungen zu einem sozialen elektronischen Zivilprozess, *Kritische Justiz* 2005, S. 152–163.
- Fiss, Owen M.*, Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1984, S. 1073–1090.
- Fleischer, Holger/Zimmer, Daniel*, Effizienzorientierung im Handels- und Wirtschaftsrecht, in: Fleischer, Holger/Zimmer, Daniel (Hrsg.), *Effizienz als Regulierungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht* (Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2008), S. 9–42.
- Focken, Niels*, Sperrmüll im Rechner – eine Polemik zu „forum STAR“, *Deutsche Richterzeitung* 2014, S. 62–65.
- Frerichs, Sabine*, Zwischen Gerechtigkeit und Wahrheit. Das Rechtssubjekt in der Marktgemeinschaft, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2010, S. 231–250.
- Frese, Yorck*, Recht im zweiten Maschinenzeitalter, *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, S. 2090–2092.
- Freudenberg, Ulrich*, Das Verhältnis von Richter und Verfahrensbeteiligten: Überlegungen zur „Kundenzufriedenheit“ mit der Rechtsprechung, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2002, S. 79–83.
- Fries, Martin*, Rechtsschutzversicherung und Rechtsdienstleistung, in: Behme, Caspar/Fries, Martin/Stark, Johanna (Hrsg.), *Versicherungsmechanismen im Recht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), S. 1–13.
- Gaier, Reinhard*, Der moderne liberale Zivilprozess, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, S. 2871–2876.
- Gaier, Reinhard*, Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2015, S. 101–105.

- Galanter, Marc*, Why the „Haves“ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, 9 *Law & Society Review* 1974, S. 95–160.
- Gaul, Hans Friedhelm*, Die Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, in: 68 *Archiv für die civilistische Praxis* 1968, S. 27–62.
- Geiger, Caroline*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess: Die Gruppenklage zur Durchsetzung von Massenschäden und ihre Auswirkungen (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015).
- Geisler, Herbert*, Die Gewährleistung rechtlichen Gehörs in den Tatsacheninstanzen, *Anwaltsblatt* 2010, S. 149–154.
- Genn, Hazel*, *Judging Civil Justice* (Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2010).
- Genn, Hazel*, What Is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice, 24 *Journal of Law & the Humanities* 2012, S. 397–417.
- Gessner, Volkmar*, Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko (Tübingen: Mohr, 1976).
- Gilad, Sharon*, Juggling Conflicting Demands: The Case of the UK Financial Ombudsman Service, 19 *Journal of Public Administration Research and Theory* 2009, S. 661–680.
- Gilles, Myriam/Friedman, Gary*, After Class: Aggregate Litigation in the Wake of AT&T Mobility v. Concepcion, 79 *University of Chicago Law Review* 2012, S. 623–675.
- Gilles, Peter*, Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht, in: 98 *Zeitschrift für Zivilprozeß* 1985, S. 1–31.
- Gläßer, Ulla*, Linking ADR Discourses – Nine Lessons learned from Mediation Development for the Implementation of the EU Directive on Consumer ADR, in: Stürner, Michael/Gascón Inchausti, Fernando/Caponi, Remo (Hrsg.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice* (München: Sellier, 2015), S. 115–127.
- Glunz, Benjamin*, Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik: Eine empirische und rechtsvergleichende Untersuchung zum US-amerikanischen, australischen und deutschen Zivilprozess (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012).
- Goldschmidt, James*, Der Prozeß als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens (Berlin: Springer, 1925).
- Gottwald, Peter*, Class actions auf Leistung von Schadensersatz nach amerikanischem Vorbild im deutschen Zivilprozeß?, in: 91 *Zeitschrift für Zivilprozess* 1978, S. 1–38.
- Gottwald, Walther/Treuer, Wolf-Dieter*, Verhandeln und Vergleichen im Zivilprozess: Taktik und Strategien für Rechtsanwälte und Richter (Stuttgart: Richard Boorberg, 2. Auflage 2005).
- Götz von Olenhusen, Peter*, Tagungsbericht: Der 70. Deutsche Juristentag vom 16. bis 19. September 2014 in Hannover – Abteilung Prozessrecht, *Juristenzeitung* 2015, S. 607–608.
- Graf-Schlicker, Marie Luise*, Der Zivilprozess vor dem Aus?, *Anwaltsblatt* 2014, S. 573–577.
- Greger, Reinhard*, Vom „Kampf ums Recht“ zum Zivilprozess der Zukunft, *Juristenzeitung* 1997, S. 1077–1083.
- Greger, Reinhard*, Justizreform? Ja, aber ..., *Juristenzeitung* 2000, S. 842–851.
- Greger, Reinhard*, Kooperation als Prozessmaxime, in: Gottwald, Peter/Greger, Reinhard/Prütting, Hanns (Hrsg.), *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa* (Bielefeld: Gieseking, 2000), S. 77–84.
- Greger, Reinhard*, Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung, in: 113 *Zeitschrift für Zivilprozess* 2000, S. 399–412.

- Greger, Reinhard*, Die von der Landesjustizverwaltung anerkannten Gütestellen: Alter Zopf mit Zukunftschancen, *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, S. 1478–1482.
- Greger, Reinhard*, Der surfende Richter: Sachverhaltsaufklärung per Internet, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph/Münch, Joachim/Piekenbrock, Andreas/Stadler, Astrid/Tsikrikas, Dimitrios (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013), S. 289–299.
- Greger, Reinhard*, Infrastruktur der künftigen Verbraucherstreitbeilegung: Zugang und Organisation, in: *128 Zeitschrift für Zivilprozess* 2015, S. 137–148.
- Greger, Reinhard/Unberath, Hannes*, *Mediationsgesetz* (München: C. H. Beck, 2012).
- Greve, Holger/Schärdel, Florian*, Der digitale Pranger – Bewertungsportale im Internet, *MultiMedia und Recht* 2008, S. 644–650.
- Gross, Norbert*, Visitenkarten der Justiz, in: Büscher, Wolfgang/Erdmann, Willi/Haedicke, Maximilian/Köhler, Helmut/Loschelder, Helmut (Hrsg.), *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag* (München: C. H. Beck, 2014), S. 1035–1044.
- Grotlüschen, Anke/Riekmann, Wibke/Buddeberg, Klaus*, Hauptergebnisse der leo. – Level-One Studie, in: Grotlüschen, Anke/Riekmann, Wibke (Hrsg.), *Funktionaler Analphabetismus in Deutschland* (Münster: Waxmann, 2012), S. 13–53.
- Grundmann, Stefan*, Funktionaler Verbraucherschutz, in: Ackermann, Thomas/Köndgen, Johannes (Hrsg.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa: Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag* (München: C. H. Beck, 2015), S. 181–199.
- Grundmann, Stefan*, Schatten des Rechts und soziale Einbettung, in: Grundmann, Stefan/Micklitz, Hans-Wolfgang/Renner, Moritz (Hrsg.), *Privatrechtstheorie* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), S. 1998–2018.
- Grunsky, Wolfgang*, Wert und Unwert der Relationstechnik, *Juristische Schulung* 1972, S. 29–35.
- Grunsky, Wolfgang et al.*, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2. Band (Tübingen: Mohr Siebeck, 19. Auflage 1972).
- Grupp, Michael*, Auf dem Weg zu einer Privatjustiz: Eine neue europäische Streitkultur?, *Anwaltsblatt* 2015, S. 186–195.
- Gsell, Beate*, Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel, *Juristenzeitung* 2012, S. 809–818.
- Gsell, Beate*, Entwicklungen im Europäischen Verbraucherzuständigkeitsrecht – Reform der EuGVO und Rechtsprechung des EuGH zum Merkmal des „Ausrichtens“ in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVO, in: *127 Zeitschrift für Zivilprozess* 2014, S. 431–460.
- Gsell, Beate*, Kollektiver Rechtsschutz im deutschen Zivilprozessrecht und gebündelte treuhänderische Einziehung von Schadensersatzforderungen durch Dritte, in: Schulze, Götz (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint: Der modernisierte Zivilprozess in Europa* (München: Sellier, 2014), S. 179–198.
- Gsell, Beate*, Die Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung – Juristisches Fachwissen der streitbelegenden Personen und Rechtstreue des Verfahrensergebnisses, in: *128 Zeitschrift für Zivilprozess* 2015, S. 189–213.
- Gundlach, Eva*, *Europäische Prozessrechtsangleichung: Gegenstand – Struktur – Methode* (Tübingen: Köhler, 2005).
- Haft, Fritjof*, Mündlich, schriftlich, digital, in: Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A./Garber, Thomas (Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts* (Wien: LexisNexis, 2012), S. 197–204.

- Haft, Fritjof*, Von der Akte zur Information, in: Busch, Dörte/Kutscha, Martin (Hrsg.), Recht, Lehre und Ethik der öffentlichen Verwaltung (Baden-Baden: Nomos, 2013) S. 15–33.
- Haibach, Georg*, Zur Einführung des ersten europäischen Zivilprozessverfahrens: Verordnung (EG) Nr. 861/2007, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, S. 137–140.
- Halfmeier, Axel*, Popularklagen im Privatrecht: Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006).
- Halfmeier, Axel/Wimalasena, Philip*, Rechtsstaatliche Anforderungen an Opt-out-Sammelverfahren: Anerkennung ausländischer Titel und rechtspolitischer Gestaltungsspielraum, Juristenzeitung 2012, S. 649–658.
- Hammacher, Peter*, Vertraulichkeit versus Öffentlichkeit in der Konfliktbearbeitung, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2014, S. 607–609.
- Hansen, Niels*, Der Richter in der Schweiz, Deutsche Richterzeitung 1965, S. 221–226.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (München: C. H. Beck, 3. Auflage 2013).
- Härting, Niko/Thiess, Lars*, Anwälte müssen dazulernen: Vorsicht Verbraucherschutz, Anwaltsblatt 2014, S. 906–907.
- Hartstang, Gerhard*, Anwaltsrecht (Köln: Carl Heymanns, 1991).
- Hassemer, Winfried*, Über die Öffentlichkeit gerichtlicher Verfahren – heute, Zeitschrift für Rechtspolitik 2013, S. 149–151.
- Hau, Wolfgang*, Kompetenz-Kompetenz und AGB-Kontrolle bei Schiedsvereinbarungen im Verbrauchergeschäft, Lindenmaier-Möhring 2005, S. 68–69.
- Hau, Wolfgang*, Das neue europäische Verfahren zur Beitreibung geringfügiger Forderungen, Juristische Schulung 2008, S. 1056–1059.
- Hau, Wolfgang*, Zur Fortentwicklung des europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen – die große Zukunft der kleinen Münze?, in: Adolphsen, Jens/Goebel, Joachim/Haas, Ulrich/Hess, Burkhard/Kolmann, Stephan/Würdinger, Markus (Hrsg.), Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag (München: C. H. Beck, 2014), S. 255–266.
- Hedderich, Katharina Sophie*, Pflichtversicherung (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011).
- Hegenbarth, Rainer*, Illusions perdues, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1981, S. 34–52.
- Hein, Oliver*, Verbandsstrafgesetzbuch (VerbStrG-E) – Bietet der Entwurf Anreize zur Vermeidung von Wirtschaftskriminalität in Unternehmen?, Corporate Compliance Zeitschrift 2014, S. 75–81.
- Heinze, Christian*, Zivilprozessrecht unter europäischem Einfluss, Juristenzeitung 2011, S. 709–716.
- Heister-Neumann, Elisabeth*, „Große Justizreform“ – Der Weg zu einer zukunftsfähigen Justiz, Zeitschrift für Rechtspolitik 2005, S. 12–15.
- Hellwig, Hans-Jürgen*, Die Anwaltschaft zwischen Rechtspflege und kommerziellem Wettbewerb, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I (München: C. H. Beck, 2009), S. 163–177.
- Hellwig, Hans-Jürgen*, Effective Justice Systems in the EU: Some proposals how to enhance judicial cooperation in the EU (2013).
- Hempel, Rolf*, Ende des kollektiven Rechtsschutzes im deutschen Kartellrecht?, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 2077–2080.
- Henckel, Wolfram*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1966).

- Henckel, Wolfram*, Prozeßrecht und materielles Recht (Göttingen: Otto Schwartz, 1970).
- Henke, Horst Eberhard*, Die aufklärende Prozeßleitung des Zivilrichters, Juristenzeitung 2005, S. 1028–1034.
- Henning, Torsten*, Haftung der eine Beteiligung an einem Filmfonds finanzierenden Bank, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2012, S. 153–157.
- Hensler, Deborah R.*, Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Reshaping Our Legal System, 108 Penn State Law Review 2003, S. 165–197.
- Hensler, Deborah R.*, Alternative Courts? Litigation-Induced Claims Resolution Facilities, 57 Stanford Law Review 2005, S. 1429–1439.
- Hensler, Deborah R.*, The Private in Public, the Public in Private: The Blurring Boundary between Public and Private Dispute Resolution, in: Zekoll, Joachim/Bälz, Moritz/Amelung, Iwo (Hrsg.), Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution (Leiden: Brill, 2014), S. 45–68.
- Hess, Burkhard*, Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland, Juristenzeitung 2000, S. 373–382.
- Hess, Burkhard*, Verbrauchermediation, in: 118 Zeitschrift für den Zivilprozess 2005, S. 427–458.
- Hess, Burkhard*, Europäisches Zivilprozessrecht: Ein Lehrbuch (Heidelberg: C. F. Müller, 2010).
- Hess, Burkhard*, Kartellrechtliche Kollektivklagen in der Europäischen Union – Aktuelle Perspektiven, Wirtschaft und Wettbewerb 2010, S. 493–502.
- Hess, Burkhard*, Kommunikation im europäischen Zivilprozess, Anwaltsblatt 2011, S. 321–326.
- Hess, Burkhard*, Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland, in: 124 Zeitschrift für Zivilprozess 2011, S. 137–162.
- Hess, Burkhard*, „Private law enforcement“ und Kollektivklagen, Juristenzeitung 2011, S. 66–74.
- Hess, Burkhard*, Zivilprozessrecht (München: C. H. Beck, 30. Auflage 2011).
- Hess, Burkhard*, Prozessuale Mindestgarantien in der Verbraucherschlichtung, Juristenzeitung 2015, S. 548–554.
- Hess, Burkhard*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren (Bundestagsdrucksache 18/1464) (Luxemburg: Max Planck Institute Luxembourg, 2015).
- Hess, Burkhard*, Unionsrechtliche Synthese: Mindeststandards und Verfahrensgrundsätze im *acquis communautaire*/Schlussfolgerungen für European Principles of Civil Procedure, in: Althammer, Christoph/Weller, Matthias (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht: Grundvoraussetzung für gegenseitiges Vertrauen (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), S. 221–235.
- Hess, Burkhard/Pelzer, Nils*, Rechtsstaatlichkeit und Transparenz verbessern, in: Gelsinsky, Katja (Hrsg.), Schlichten statt Richten? (Sankt Augustin und Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2015), S. 35–44.
- Hesselbarth, Franziska*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts (Lichtenberg: Harland, 2004).
- Hill, Nikolas*, 40 Vorschläge für einen effektiveren Zivilprozess, Deutsche Richterzeitung 2015, S. 46–49.
- Hirsch, Günter*, Reform im Interesse des Rechts, Neue Juristische Wochenschrift 2012, Editorial 12/2012.

- Hirsch, Günter*, Außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten – ein alternativer Zugang zum Recht entsteht, *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, S. 2088–2094.
- Hirsch, Günter*, Rechtsschutz durch außergerichtlichen Zugang zum Recht, *Verbraucher und Recht* 2014, S. 204–206.
- Hirsch, Günter*, Streit um die außergerichtliche Streitbeilegung, in: Wandt, Manfred/Reiff, Peter/Looschelders, Dirk/Bayer, Walter (Hrsg.), *Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht* (Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 2014), S. 159–174.
- Hirsch, Günter*, Alternative Streitbeilegung – Zwischenruf, *Zeitschrift für Konfliktmanagement* 2015, S. 141–143.
- Hirsch, Günter/Gerhardt, Rudolf*, Kein „Kampf ums Recht“, sondern Suche nach Befriedung: Außergerichtliche Streitbeilegung ist keine Konkurrenz zur Justiz, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2014, S. 152–153.
- Hirtz, Bernd*, Plädoyer für den Prozess, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, S. 1686–1689.
- Hirtz, Bernd*, Die Zukunft des Zivilprozesses, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, S. 2529–2534.
- Hodges, Christopher*, Consumer ADR in Europe, *Zeitschrift für Konfliktmanagement* 2012, S. 195–197.
- Hodges, Christopher*, Collective Redress: A Breakthrough or a *Damp Sqibb*?, *37 Journal of Consumer Policy* 2014, S. 67–89.
- Hodges, Christopher*, Unlocking Justice and Markets: The Promise of Consumer ADR, in: Zekoll, Joachim/Bälz, Moritz/Amelung, Iwo (Hrsg.), *Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution* (Leiden: Brill, 2014), S. 336–368.
- Hodges, Christopher*, Verbraucher-Ombudsstellen: Bessere Regulierung und Beilegung von Streitigkeiten, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 2015, S. 263–273.
- Hodges, Christopher/Benöhr, Iris/Creutzfeldt-Banda, Naomi*, *Consumer ADR in Europe* (Oxford: Hart, 2012).
- Hoffmann, Hermann*, Kammern für internationale Handelssachen: Eine juristisch-ökonomische Untersuchung zu effektiven Justizdienstleistungen im Außenhandel (Baden-Baden: Nomos, 2011).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1997, S. 190–198.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Justizdienstleistungen im kooperativen Staat, *Juristenzeitung* 1999, S. 421–430.
- Hofmann, Franz*, Prozessökonomie – Rechtsprinzip und Verfahrensgrundsatz der ZPO, in: *126 Zeitschrift für Zivilprozess* 2013, S. 83–110.
- Hofmeister, Lisa Katharina*, Online Dispute Resolution bei Verbraucherverträgen: Rechtlicher Rahmen und Gestaltungsmöglichkeiten (Baden-Baden: Nomos, 2012).
- Höland, Armin*, Wie wirkt Rechtsprechung?, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2009, S. 23–46.
- Holzhauser, Heinz*, Minima non curat praetor, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2010, S. 236.
- Hörmann, Günter*, Unrecht ohne Folgen?, *Verbraucher und Recht* 2014, S. 245–246.
- Howe, Volker*, Wikipedia allein reicht nicht, *Dispute Resolution* 2015, S. 2/19–21.
- Hubbard, William H. J.*, Another Look at the Eurobarometer Surveys, *50 Common Market Law Review* 2013, S. 187–206.

- Huber, Stefan*, Der Kommissionsvorschlag zur Reform der EU-Mahn- und der EU-Bagatellverordnung: Fortentwicklung oder Paradigmenwechsel?, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 2014, S. 242–249.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Wettbewerbsrecht, 2. Band, *GWB/Teil 1* (München: C. H. Beck, 5. Auflage 2014).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, II. Band, Verfassungsstaat (Heidelberg: C. F. Müller, 3. Auflage 2004).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, IV. Band, Aufgaben des Staates (Heidelberg: C. F. Müller, 3. Auflage 2006).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, V. Band, Rechtsquellen, Organisation, Finanzen (Heidelberg: C. F. Müller, 3. Auflage 2007).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, X. Band, Deutschland in der Staatengemeinschaft (Heidelberg: C. F. Müller, 3. Auflage 2012).
- Ison, Terence G.*, Small Claims, 35 *Modern Law Review* 1972, S. 18–87.
- Jaeger, Renate*, Die Stärkung des Rechts durch eine gewandelte Streitkultur, *Anwaltsblatt* 2015, S. 573–577.
- Jahn, Isabel*, Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen, *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, S. 2890–2895.
- Jones, Ben/Prassl, Jeremias*, Verpflichtende Außergerichtliche Vermittlungsverfahren im Englischen Arbeitsrecht: ein erster Erfahrungsbericht, *Zeitschrift für Konfliktmanagement* 2015, S. 36–39.
- Jordans, Roman*, Zur Europarechtswidrigkeit von § 37h WpHG, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, S. 655–659.
- Junker, Abbo*, Die Steuerung des Zivilprozesses durch das Kosten- und Streitwertrecht im anglo-amerikanischen System, in: 128 *Zeitschrift für Zivilprozess* 2015, S. 3–28.
- Kablert, Heiner*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren: Eine Untersuchung nach deutschem Recht mit internationalen Bezügen (Zürich: Selbstverlag, 2014).
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk, 47 *Econometrica* 1979, S. 263–291.
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*, Choices, Values, and Frames, 39 *American Psychologist* 1984, S. 341–350.
- Kaiser, Anna-Bettina*, Bewertungsportale im Internet – Die spickmich-Entscheidung des BGH, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2009, S. 1474–1477.
- Kaiser, Joseph Heinrich*, Der Geltungsanspruch des Rechts in einer freiheitlichen Industriegesellschaft, in: Badura, Peter/Kaiser, Joseph Heinrich (Hrsg.), *Parlamentarische Gesetzgebung und Geltungsanspruch des Rechts* (Köln: J. P. Bachem, 1987), S. 39–62.
- Katsh, Ethan/Rifkin, Janet*, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace* (San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2001).
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle/Schultz, Thomas*, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice* (Den Haag: Kluwer, 2004).
- Kawamura, Hiroki*, *Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland* (Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2014).
- Kelsen, Hans*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (Aalen: Scientia, 2. Auflage 1960).
- Kemper, Rainer*, *Verbraucherschutzinstrumente* (Baden-Baden: Nomos, 1994).

- Kern, Christoph*, English as a Court Language in Continental Courts, 5 *Erasmus Law Review* 2012, S. 187–209.
- Kern, Christoph A.*, Das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen und die gemeineuropäischen Verfahrensgrundsätze, *Juristenzeitung* 2012, S. 389–398.
- Kersting, Christian/Preuß, Nicola*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU): Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft (Baden-Baden: Nomos, 2015).
- Keßler, Jürgen*, Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2016, S. 2–4.
- Kilian, Matthias*, Rechtliche Grundlagen der anwaltlichen Tätigkeit (München: C. H. Beck, 2005).
- Kilian, Matthias*, Niedrige Gegenstandswerte in der anwaltlichen Mandatspraxis, *Anwaltsblatt* 2014, S. 1004–1006.
- Klein, Stefanie*, Die Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit im Zivilprozeß im Spannungsfeld zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Köln: Universität Köln, 1995).
- Kleine-Cosack, Michael*, Rechtsdienstleistungsgesetz (Heidelberg: C. F. Müller, 3. Auflage 2014).
- Kleinschmidt, Jens*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte: Zulässigkeit, Verfahren und Kontrolle von Inhaltsbestimmungen und Feststellungen Dritter im Schuld- und Erbrecht (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014).
- Kleinschmidt, Jens*, Das Verhältnis der ADR-Richtlinie zu Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit, in: 128 *Zeitschrift für Zivilprozess* 2015, S. 215–248.
- Klowait, Jürgen/Gläßer, Ulla*, Mediationsgesetz (Baden-Baden: Nomos, 2014).
- Köbl, Ursula*, Die Öffentlichkeit des Zivilprozesses – eine zeitgemäße Form?, in: Hubmann, Heinrich/Hübner, Heinz (Hrsg.), *Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag* 26. Januar 1973 (Köln: Carl Heymanns, 1972), S. 235–254.
- Koch, Harald*, Prozeßführung im öffentlichen Interesse: Rechtsvergleichende Entwicklungsbedingungen und Alternativen objektiver Rechtsdurchsetzung (Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1983).
- Koch, Harald*, Alternativen zum Zweiparteiensystem im Zivilprozeß, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1989, S. 323–340.
- Koch, Harald*, Verbraucherprozeßrecht: Verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes (Heidelberg: C. F. Müller, 1990).
- Koch, Harald*, Haftung für Massenschäden – Recht, Abwicklungspraxis, rechtspolitischer Handlungsbedarf, *Juristenzeitung* 1998, S. 801–808.
- Koch, Harald*, Die Verbandsklage in Europa, in: 113 *Zeitschrift für Zivilprozess* 2000, S. 413–441.
- Koch, Harald*, Sammelklage und Justizstandorte im internationalen Wettbewerb, *Juristenzeitung* 2011, S. 438–445.
- Koch, Harald/Zekoll, Joachim*, Europäisierung der Sammelklage mit Hindernissen, in: 18 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2010, S. 107–128.
- Kocher, Eva*, Funktionen der Rechtsprechung: Konfliktlösung im deutschen und englischen Verbraucherprozessrecht (Tübingen: Mohr Siebeck, 2007).
- Kocher, Eva*, Individualklagen: Besonderheiten in Verbrauchersachen, in: Tamm, Marina/Tonner, Klaus (Hrsg.), *Verbraucherrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2012), S. 1336–1360.



- Kocher, Eva*, Kollektiver Rechtsschutz: Effektivität und Erforderlichkeit im Verbraucherrecht, in: Brömmelmeyer, Christoph (Hrsg.), Die EU-Sammelklage (Baden-Baden: Nomos, 2013), S. 71–89.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (München: C. H. Beck, 34. Auflage 2016).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Mitteilung der Kommission an den Rat über den Zugang der Verbraucher zum Recht: KOM(84) 692 endg. (Brüssel: Europäische Gemeinschaften, 1984).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch: Zugang der Verbraucher zum Recht und Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt: KOM(93) 576 endg. (Brüssel: Europäische Gemeinschaften, 1993).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Mitteilung: Aktionsplan für den Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt: KOM(96) 13 endg. (Brüssel: Europäische Gemeinschaften, 1996).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Empfehlung der Kommission vom 30. März 1998 betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten zuständig sind: ABL L 115/31, 17. 4. 1998 (Brüssel: Europäische Gemeinschaften, 1998).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Empfehlung der Kommission vom 4. April 2001 über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten beteiligte außergerichtliche Einrichtungen: ABL L 109/56, 19. 4. 2001 (Brüssel: Europäische Gemeinschaften, 2001).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht: KOM(2002) 196 endg. (Brüssel: Europäische Gemeinschaften, 2002).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse: KOM(2003) 270 endg. (Brüssel: Europäische Gemeinschaften, 2003).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher: KOM(2008) 794 endg. (Brüssel: Europäische Gemeinschaften, 2008).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Mitteilung zum Stand der Durchsetzung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz KOM(2009) 330 endg. (Brüssel: Europäische Union, 2009).
- Kotsoglou, Kyriakos N.*, Subsumtionsautomat 2.0: Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung, Juristenzeitung 2014, S. 451–457.
- Kotsoglou, Kyriakos N.*, „Subsumtionsautomat 2.0“ reloaded? – Zur Unmöglichkeit der Rechtsprüfung durch Laien, Juristenzeitung 2014, S. 1100–1103.
- Kotzorek, Andreas*, Der Einfluß nicht-pekuniärer Prozeßkosten auf die Chancen der Rechtsdurchsetzung, in: Blankenburg, Erhard/Klages, Helmut/Strempel, Dieter (Hrsg.), Überlegungen zu einer Strukturanalyse der Zivilgerichtsbarkeit (Speyer: Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung, 1987), S. 41–46.
- Kotzorek, Andreas*, Private Gerichte als Alternative zur staatlichen Zivilgerichtsbarkeit: Eine ökonomische Analyse (Tübingen: Mohr Siebeck, 1987).
- Kotzur, Jonas*, Der Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten – Fortschritt oder Rückschritt, Verbraucher und Recht 2015, S. 243–251.
- Kramer, Helmut*, Informationskrise des Rechts und Veröffentlichungspraxis, Zeitschrift für Rechtspolitik 1976, S. 84–89.

- Kritzer, Herbert M.*, Disappearing Trials? A Comparative Perspective, 1 Journal of Empirical Legal Studies 2004, S. 735–754.
- Kühne, Hans-Heiner*, Laienrichter im Strafverfahren. Eine historisch-rechtsvergleichende Betrachtung, in: Böse, Martin/Sternberg-Lieben, Detlev (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts (Berlin: Duncker & Humblot, 2009), S. 657–668.
- Kupfer Schneider, Andrea*, Building a Pedagogy of Problem-Solving: Learning to Choose Among ADR Processes, 5 Harvard Negotiation Law Review 2000, S. 113–135.
- Laibson, David*, Golden Eggs and Hyperbolic Discounting, 112 Quarterly Journal of Economics 1997, S. 443–477.
- Landes, William M./Posner, Richard A.*, Adjudication as a Private Good, 8 Journal of Legal Studies 1979, S. 235–284.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Berlin: Springer, 3. Auflage 1995).
- Lauda, Rudolf*, Anmerkung zum Urteil des LG Frankfurt am Main v. 7. Mai 2014, 2-06 O 271/13, Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 2208–2209.
- Lederer, Nadine*, Grenzüberschreitender E-Commerce und internetbasierte Streitbeilegung: Zusätzliche Informationspflichten für Online-Händler, Computer und Recht 2015, S. 380–383.
- Leible, Stefan/Terhechte, Jörg Philipp*, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, (Baden-Baden: Nomos, 2014).
- Leipold, Dieter*, Sozialer Zivilprozess, Prozessmaximen und Prozessgrundrechte im 21. Jahrhundert, in: Stürner, Rolf/Brunns, Alexander (Hrsg.), Globalisierung und Sozialstaatsprinzip (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014), S. 235–254.
- Leipold, Klaus*, Kommt das Unternehmensstrafrecht?, Neue Juristische Wochenschrift Spezial 2013, S. 696.
- Lettl, Tobias*, Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht, Wettbewerb in Recht und Praxis 2015, S. 537–545.
- Lieber, Hasso/Sens, Ursula*, Ehrenamtliche Richter: Demokratie oder Dekoration am Richtertisch? (Wiesbaden: Kommunal- und Schul-Verlag, 1999).
- Liebowitz, Stanley J./Margolis, Stephen E.*, Path Dependence, Lock-in, and History, 11 Journal of Law, Economics & Organization 1995, S. 205–226.
- Liebs, Detlef*, Das Rechtssprichwort Fiat iustitia et pereat mundus, Juristenzeitung 2015, S. 138–141.
- Limperg, Bettina*, Kann denn Schlichten Sünde sein?, Neue Juristische Wochenschrift 2015, Editorial 15/2015.
- Limperg, Bettina*, Verbraucherstreitbeilegungsgesetz – Wie viel Justiz braucht die Schlichtung?, BRAK-Mitteilungen 2015, S. 225–228.
- Löhner, Anne*, Die freiwillige Streitschlichtung vor Gütestellen: Ein neuer Anwendungsbereich für die außergerichtliche Mediation (Frankfurt am Main u.a.: Peter Lang, 2008).
- Lorenz, Egon*, Der Versicherungsombudsmann – eine neue Institution im deutschen Versicherungswesen, Versicherungsrecht 2004, S. 541–549.
- Lorenz, Stephan*, Wissenschaft und Praxis als Gegensätze? Warum Praktiker Wissenschaft und Wissenschaftler Praxis brauchen, in: Hof, Hagen/Götz von Olenhusen, Peter (Hrsg.), Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen ... (Baden-Baden: Nomos, 2012), S. 132–137.
- Lorenz, Stephan*, Was meinen Sie, Herr Lorenz?, Zeitschrift für Rechtspolitik 2015, S. 255.
- Luhmann, Niklas*, Legitimation durch Verfahren (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983).

- Lüke, Wolfgang*, Der Musterentscheid nach dem neuen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – Entscheidungsmuster bei gleichgerichteten Interessen?, in: 119 Zeitschrift für Zivilprozess 2006, S. 131–158.
- Madaus, Stefan*, Keine Effektivität einer Europäischen class action ohne „amerikanische Verhältnisse“ bei deren Finanzierung, in: 20 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2012, S. 100–116.
- Madderra, Michael J.*, The New Class Actions in Japan, 23 Pacific Rim Law & Policy Journal 2014, S. 795–830.
- Mähler, Hans-Georg/Mähler, Gisela*, Streitschlichtung – Anwaltssache, hier: Mediation, Neue Juristische Wochenschrift 1997, S. 1262–1266.
- Mankowski, Peter*, Zur Regelung von Sprachfragen im europäischen Internationalen Zivilverfahrensrecht, in: Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Recht ohne Grenzen: Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag (München: Sellier, 2012), S. 607–628.
- Mankowski, Peter*, Änderungen im Internationalen Verbraucherprozessrecht durch die Neufassung der EuGVVO, Recht der Internationalen Wirtschaft 2014, S. 625–631.
- Martinek, Michael*, Vertragliche Schuldverhältnisse, in: Willoweit, Dietmar (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert (München: C. H. Beck, 2007) S. 141–180.
- Maultzsch, Felix*, The Right to Access to Justice and Public Responsibilities – National Report: Germany, in: International Association of Procedural Law (Hrsg.), Constitution and Proceedings (International Association of Procedural Law, 2014), S. 247–264.
- Maultzsch, Felix*, Rechtsprechungsvereinheitlichung im Europäischen Privatrecht: Herausforderungen und Lösungsansätze, in: 1 Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2015, S. 282–311.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*, Grundgesetz Kommentar (München: C. H. Beck, 75. Ergänzungslieferung 2015).
- May, Andreas/Moeser, Martin*, Anerkannte Gütestellen in der anwaltlichen Praxis: Verjährungshemmung und Konfliktmanagement durch Güteanträge, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1637–1642.
- Mayer, Hans-Jochem/Kroiß, Ludwig*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (Baden-Baden: Nomos, 6. Auflage 2013).
- Mayer, Hans-Peter/Lindemann, Julia*, Einklagen von Fluggastrechten mit dem Europäischen Verfahren für geringfügige Forderungen, Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 2317–2321.
- Medicus, Dieter*, Wer ist ein Verbraucher?, in: Leser, Hans G./Isomura, Tamotsu (Hrsg.), Wege zum japanischen Recht (Berlin: Duncker & Humblot, 1992), S. 471–486.
- Meller-Hannich, Caroline*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess (Baden-Baden: Nomos, 2008).
- Meller-Hannich, Caroline*, Kollektiver Rechtsschutz in Europa und Europäischer Kollektiver Rechtsschutz, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2014, S. 92–98.
- Meller-Hannich, Caroline*, Die Grundlagen der europäischen ADR-Richtlinie, in: Althammer, Christoph (Hrsg.), Verbraucherstreitbeilegung: Aktuelle Perspektiven für die Umsetzung der ADR-Richtlinie (Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner, 2015), S. 19–42.
- Meller-Hannich, Caroline/Höland, Armin*, Die Europäische Sammelklage, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2011, S. 168–176.

- Meller-Hannich, Caroline/Höland, Armin*, Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente (Berlin: Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, 2011).
- Meller-Hannich, Caroline/Höland, Armin/Krausbeck, Elisabeth*, „ADR“ und „ODR“: Kreationen der europäischen Rechtspolitik. Eine kritische Würdigung, in: 22 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2014, S. 8–38.
- Meyer, Peter*, Wandel des Prozessrechtsverständnisses – vom »liberalen« zum »sozialen« Zivilprozess?, Juristische Rundschau 2004, S. 1–6.
- Meyer-Ladewig, Jens*, Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar (Baden-Baden: Nomos, 3. Auflage 2011).
- Meyer-Ladewig, Jens/Petzold, Herbert*, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR – Neues aus Straßburg und Karlsruhe, Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 15–20.
- Meyer-Ladewig, Jens/Petzold, Herbert*, De minimis non curat praetor, Neue Juristische Wochenschrift 2011, S. 3126–3131.
- Micklitz, Hans Wolfgang*, Schieds- und Schlichtungsstellen für Verbraucher, Deutsche Richterzeitung 1983, S. 119–127.
- Micklitz, Hans-Wolfgang*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? : Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag (München: C. H. Beck, 2012).
- Micklitz, Hans-Wolfgang*, The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bittersweet Polemic, 35 Journal of Consumer Policy 2012, S. 283–296.
- Micklitz, Hans-Wolfgang/Reich, Norbert*, Von der Klausel- zur Marktkontrolle, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, S. 457–461.
- Micklitz, Hans-Wolfgang/Stadler, Astrid*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft (Münster: Landwirtschaftsverlag, 2005).
- Mironi, Mordehai*, Mediation v. Case Settlement: The Unsettling Relations Between Courts and Mediation – A Case Study, 19 Harvard Negotiation Law Review 2014, S. 173–211.
- Mnookin, Robert H./Kornhauser, Lewis*, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 Yale Law Journal 1979, S. 950–997.
- Möbius, Simon*, Das Prinzip der Rechtsschutzgleichheit im System der Prozesskostenhilfe (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014).
- Montag, Jerzy*, Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Gesetzentwurf zur Einführung von Gruppenklagen, Zeitschrift für Rechtspolitik 2013, S. 172–175.
- Motsch, Richard*, Nichtstaatliche und halbstaatliche Schlichtungsstellen in der Bundesrepublik Deutschland, in: Köbler, Gerhard/Heinze, Meinhard/Schapp, Jan (Hrsg.), Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi (Gießen: Brühlscher Verlag, 1990), S. 403–422.
- Münch, Joachim*, Die Privatisierung der Ziviljustiz – Von der Schiedsgerichtsbarkeit zur Mediation –, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I (München: C. H. Beck, 2009), S. 179–214.
- Münch, Joachim*, Grundfragen des Zivilprozesses, in: Bruns, Alexander/Münch, Joachim/Stadler, Astrid (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014), S. 5–51.
- Mundt, Andreas*, Die wettbewerbspolitischen Vorgaben des Koalitionsvertrages, Wettbewerb in Recht und Praxis 2014, Editorial 3/2014.

- Murray, Peter L.*, Die Flucht aus der Ziviljustiz, in: 11 Zeitschrift für den Zivilprozess International 2006, S. 295–313.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang*, Zivilprozessordnung (München: C. H. Beck, 12. Auflage 2015).
- Neale, Margaret A./Bazerman, Max H.*, The Effects of Framing and Negotiator Overconfidence on Bargaining Behaviors and Outcomes, 28 Academy of Management Journal 1985, S. 34–49.
- Nelle, Andreas*, Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework, 7 Ohio State Journal on Dispute Resolution 1992, S. 287–313.
- Niedermaier, Tilman*, Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen: Ein deutsch-US-amerikanischer Rechtsvergleich mit Schlaglichtern auf weitere Rechtsordnungen (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013).
- Niewisch-Lennartz, Antje*, ADR-Richtlinie und Verbraucherstreitbeilegungsgesetz – alternative Therapie ohne Diagnose?, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2015, S. 136–140.
- Nöhre, Monika/Ruge, Sylvia*, Die Schlichtung am Beispiel der Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft – Eine Replik auf Bettina Limperg, BRAK-Mitteilungen 2015, S. 274–276.
- Noone, Mary Anne*, ADR, Public Interest Law and Access to Justice: The Need for Vigilance, 37 Monash University Law Review 2011, S. 57–80.
- Oebbeke, Janbernd*, Justiz im Wettbewerb, Die öffentliche Verwaltung 2007, S. 177–186.
- Ohly, Ansgar/Sosnitzka, Olaf*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (München: C. H. Beck, 6. Auflage 2014).
- Olzen, Dirk*, Bagatelljustiz: Eine unendliche Geschichte?, in: Bettermann, Karl August/Löwisch, Manfred/Otto, Hansjörg/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag (Tübingen: Mohr Siebeck, 1994), S. 451–466.
- Orgel, Marc*, Class Arbitration: Von der Gruppenklage zum Gruppenschiedsverfahren und zurück? Eine Untersuchung zum U.S.-amerikanischen Schiedsverfahrensrecht (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013).
- Ottofölling, Andreas*, Außergerichtliches Konfliktmanagement nach § 15 UWG, Wettbewerb in Recht und Praxis 2006, S. 410–428.
- Pache, Eckhard*, Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, S. 1342–1347.
- Palandt, Otto (Begr.)*, Bürgerliches Gesetzbuch (München: C. H. Beck, 75. Auflage 2016).
- Papier, Hans-Jürgen*, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 1089–1094.
- Pelzer, Nils*, Verbraucherschutz durch Schlichtung?, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2015, S. 43–46.
- Pfeiffer, Gerd*, Knappe Ressource Recht, Zeitschrift für Rechtspolitik 1981, S. 121–125.
- Pfeiffer, Thomas*, Was kann ein Verbraucher? Zur Relevanz von Informationsverarbeitungskapazitäten im AGB-Recht und darüber hinaus, Neue Juristische Wochenschrift 2011, S. 1–7.
- Pfeiffer, Thomas*, Transnationale Synthese: ALI/UNIDROIT Principles of Civil Procedure und rechtsvergleichende Lehren, in: Althammer, Christoph/Weller, Matthias (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht: Grundvoraussetzung für gegenseitiges Vertrauen (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), S. 115–131.
- Pflughaupt, Matthias*, Prozessökonomie: Verfassungsrechtliche Anatomie und Belastbarkeit eines gern bemühten Arguments (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011).

- Piekenbrock, Andreas*, Legal Clinics im Jura-Studium und rechtlicher Rahmen im RDG, Anwaltsblatt 2011, S. 848–853.
- Pieth, Mark*, Braucht Deutschland ein Unternehmensstrafrecht?, Kritische Justiz 2014, S. 276–282.
- Podszun, Rupprecht*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte: Evolution und Legitimation der Rechtsprechung in deregulierten Branchen (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014).
- Poelzig, Dörte*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012).
- Pohlmann, Petra*, Zivilprozessrecht (München: C. H. Beck, 3. Auflage 2014).
- Polinsky, A. Mitchell*, An Introduction to Law and Economics (New York: Wolters Kluwer, 4. Auflage 2011).
- Polinsky, A. Mitchell/Shavell, Steven*, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 Harvard Law Review 1998, S. 869–961.
- Pound, Roscoe*, The Administration of Justice in the Modern City, 26 Harvard Law Review 1913, S. 302–328.
- Prütting, Hanns*, Schlichten statt Richten?, Juristenzeitung 1985, S. 261–271.
- Prütting, Hanns*, Verfahrensgerechtigkeit: Ein Diskurs über materiale und prozedurale Gerechtigkeit, in: Dörr, Dieter/Fink, Udo/Hillgruber, Christian/Kempfen, Bernhard/Murswiek, Dietrich (Hrsg.), Die Macht des Geistes (Heidelberg: C. F. Müller, 2001), S. 445–456.
- Prütting, Hanns*, Ein Plädoyer gegen Gerichtsmediation, in: 124 Zeitschrift für Zivilprozess 2011, S. 163–172.
- Prütting, Hanns*, Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz, Anwaltsblatt 2013, S. 330–332.
- Prütting, Hanns*, Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?, Anwaltsblatt 2013, S. 401–405.
- Prütting, Hanns*, Wahrheit im Zivilprozess?, in: Adolphsen, Jens/Goebel, Joachim/Haas, Ulrich/Hess, Burkhard/Kolmann, Stephan/Würdinger, Markus (Hrsg.), Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag (München: C. H. Beck, 2014), S. 507–515.
- Prütting, Hanns*, Alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Bindungswirkungen und Vollstreckbarkeit, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Alternative Streitschlichtung (Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2015), S. 157–169.
- Prütting, Hanns*, Prozessrecht und materielles Recht, in: Münch, Joachim (Hrsg.), Prozessrecht und materielles Recht (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), S. 261–267.
- Prütting, Hanns*, Schiedsgerichtsbarkeit ist Anwaltssache!, Anwaltsblatt 2015, S. 546–551.
- Quinke, David*, Börsenschiedsvereinbarungen und prozessualer Anlegerschutz (Köln u.a.: Heymanns, 2005).
- Raiser, Ludwig*, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, Juristenzeitung 1961, S. 465–473.
- Rat der Europäischen Gemeinschaften*, Erstes Programm der EWG für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher: ABl C 92, S. 1 (Brüssel: Europäische Gemeinschaften, 1975).
- Rat der Europäischen Gemeinschaften*, Entschließung des Rates vom 25. Juni 1987 über den Zugang der Verbraucher zum Recht: ABl C 176, 4. 7. 1987 (Brüssel: Europäische Gemeinschaften, 1987).
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 1. Band, §§ 1–354 ZPO (München: C. H. Beck, 4. Auflage 2013).

- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Band, §§ 355–1024 ZPO (München: C. H. Beck, 4. Auflage 2012).
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 3. Band, §§ 1025–1109 ZPO, EG-ZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht (München: C. H. Beck, 4. Auflage 2013).
- Reding, Viviane*, EU-Justizbarometer sinnvoll und wirksam?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2014, S. 30.
- Reich, Norbert*, Rechtsberatung und Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht, in: Reich, Norbert/Micklitz, Hans-Wolfgang (Hrsg.), *Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland* (New York: Van Nostrand Reinhold, 1980), S. 381–402.
- Reich, Norbert*, Individueller und kollektiver Rechtsschutz im EU-Verbraucherrecht: Von der „Nationalisierung“ zur „Konstitutionalisierung“ von Rechtsbehelfen (Baden-Baden: Nomos, 2012).
- Reich, Norbert*, A ‚Trojan Horse‘ in the Access to Justice – Party Autonomy and Consumer Arbitration in conflict in the ADR-Directive 2013/11/EU?, *10 European Review of Contract Law* 2014, S. 258–280.
- Reich, Norbert*, Zur Möglichkeit und Durchsetzung eines sog. Folgenbeseitigungsanspruchs im UWG und im AGB-Recht – das Flexstrom-Urteil des KG v. 27.03.2013 und die Folgen für unberechtigt geforderte Energiepreis„anpassungen“ durch die Versorger, *Verbraucher und Recht* 2014, S. 247–250.
- Reifner, Udo*, Recht ohne Richter – Zur Soziologie des Rechtsgebrauchs, in: Brand, Jürgen/Stempel, Dieter (Hrsg.), *Soziologie des Rechts* (Baden-Baden: Nomos, 1998), S. 103–127.
- Reifner, Udo/Volkmer, Michael*, *Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung* (Frankfurt am Main u.a.: Campus, 1988).
- Rennert, Klaus*, Was ist ein guter Richter? – Fünfzehn Thesen für eine Annäherung, *Juristenzeitung* 2013, S. 297–299.
- Reuß, Philipp M./Vollath, Stefan*, Überlegungen zu einer möglichen Kaufrechtsreform, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2013, S. 228–232.
- Riehm, Thomas*, Pro und contra Europäisches Fachgericht für Privatrecht, in: Gsell, Beate/Hau, Wolfgang (Hrsg.), *Zivilgerichtsbarkeit und Europäisches Justizsystem* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012), S. 203–225.
- Rinkler, Axel*, Revisionsrücknahme ohne gegnerische Zustimmung – Fragwürdige Neuregelung, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, S. 2449–2450.
- Risse, Jörg*, Zwang zur Mediation? Einige verfassungsrechtliche Überlegungen, in: Hengstl, Joachim/Sick, Ulrich (Hrsg.), *Recht gestern und heute* (Wiesbaden: Harrasowitz, 2006), S. 309–318.
- Risse, Jörg*, Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2012, S. 244–250.
- Risse, Jörg*, Wehrt Euch endlich! Wider das Arbitration-Bashing, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2014, S. 265–274.
- Ritter, Hasso*, Justiz – verspätete Gewalt in der Wettbewerbsgesellschaft?, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, S. 3440–3448.
- Roe, Mark J.*, Chaos and Evolution in Law and Economics, *109 Harvard Law Review* 1996, S. 641–668.

- Röhl, Klaus F., Der Gebrauch von Recht zur Änderung des status quo, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1981, S. 7–17.
- Röhl, Klaus F., Rechtssoziologie: Ein Lehrbuch (Köln u.a.: Carl Heymanns, 1987).
- Rohlfing-Dijoux, Stephanie, Reform des Verbraucherschutzes in Frankreich durch die Einführung einer Gruppenklage in das französische Recht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2014, S. 771–774.
- ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Roland Rechtsreport 2014 (Köln: ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG, 2014).
- ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Roland Rechtsreport 2015 (Köln: ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG, 2015).
- Römermann, Volker, BORA (München: C. H. Beck, 10. Auflage 2015).
- Rösler, Hannes, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts: Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012).
- Rösler, Hannes, Das Rechtsgespräch zwischen dem EuGH und den verschiedenen zivilgerichtlichen Instanzen über das Vertrags- und Deliktsrecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2014, S. 606–611.
- Roth, Herbert, Das Spannungsverhältnis im deutschen Zivilprozeßrecht, in: Gottwald, Peter (Hrsg.), Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan (Köln: Carl Heymanns, 2009), S. 149–177.
- Roth, Herbert, Bedeutungsverluste der Zivilgerichtsbarkeit durch Verbrauchermediation, Juristenzeitung 2013, S. 637–644.
- Roth, Herbert, Empfiehlt sich ein Sonderprozessrecht für Verbraucher?, in: Bruns, Alexander/Münch, Joachim/Stadler, Astrid (Hrsg.), Die Zukunft des Zivilprozesses (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014), S. 69–86.
- Roth, Herbert, Modernisierung des Zivilprozesses, Juristenzeitung 2014, S. 801–809.
- Roth, Herbert, Etabliert EU Verbraucherschutz zweiter Klasse?, Deutsche Richterzeitung 2015, S. 24–27.
- Roth, Herbert, Veränderungen des Zivilprozessrechts durch »Materialisierung«, in: Münch, Joachim (Hrsg.), Prozessrecht und materielles Recht (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), S. 283–300.
- Rottleuthner, Hubert, Umbau des Rechtsstaats? Zur Entformalisierung des Zivilprozesses im Bereich der Bagatellverfahren – Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Untersuchung zur Praxis von § 495a ZPO, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 2473–2477.
- Rottleuthner, Hubert, Zum Rechtsfrieden, in: Brand, Jürgen/Strempel, Dieter (Hrsg.), Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag (Baden-Baden: Nomos, 1998), S. 683–692.
- Rühl, Giesela, Die Richtlinie über alternative Streitbeilegung und die Verordnung über Online-Streitbeilegung, Recht in der Wirtschaft 2013, S. 737–745.
- Rühl, Giesela, Die Richtlinie über alternative Streitbeilegung: Handlungsperspektiven und Handlungsoptionen, in: 127 Zeitschrift für Zivilprozess 2014, S. 61–98.
- Rühl, Giesela, Alternative and Online Dispute Resolution for Cross-Border Consumer Contracts: a Critical Evaluation of the European Legislature's Recent Efforts to Boost Competitiveness and Growth in the Internal Market, 38 Journal of Consumer Policy 2015, S. 431–456.
- Rühl, Giesela, Außergerichtliche Streitbeilegung außer Rand und Band? Zur Kompetenz des europäischen Gesetzgebers zum Erlass der Richtlinie über alternative Streitbei-



- legung und der Verordnung über Online-Streitbeilegung, in: Ackermann, Thomas/Köndgen, Johannes (Hrsg.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa: Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag* (München: C. H. Beck, 2015), S. 459–487.
- Rule, Colin*, *Online Dispute Resolution For Business: B2B, ECommerce, Consumer, Employment, Insurance, and other Commercial Conflicts* (San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2002).
- Rule, Colin*, *Making Peace on eBay: Resolving Disputes in the World's Largest Marketplace*, *ACResolution Magazine* 2008, S. 8–11.
- Rule, Colin/Nagarajan, Chittu*, *Leveraging the Wisdom of Crowds: The eBay Community Court and the Future of Online Dispute Resolution*, *ACResolution Magazine* 2010, S. 4–7.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre* (München: C. H. Beck, 8. Auflage 2015).
- Sabel, Oliver*, *Die Vertretung im Zivilprozess*, *Anwaltsblatt* 2008, S. 390–393.
- Säcker, Franz Jürgen et al.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Band, §§ 241–432 BGB (München: C. H. Beck, 7. Auflage 2016).
- Säcker, Franz Jürgen et al.*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Band, §§ 705–853 BGB, PartGG, ProdHaftG (München: C. H. Beck, 6. Auflage 2013).
- Saenger, Ingo*, *Zivilprozessordnung* (München: C. H. Beck, 6. Auflage 2015).
- Salger, Hanns-Christian*, *Handelssprache Englisch auch als Gerichtssprache*, *Anwaltsblatt* 2012, S. 40–43.
- Sander, Frank E. A./Goldberg, Stephen B.*, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, *10 Negotiation Journal* 1994, S. 49–68.
- Schäfer, Hans-Bernd*, *Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage*, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Baetge, Dietmar (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999), S. 67–100.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (Berlin u.a.: Springer, 5. Auflage 2012).
- Schantes, Dirk Christoph*, *Anwaltliche Unabhängigkeit: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (Bonn: Deutscher Anwaltsverlag, 2005).
- Scherpe, Jens*, *Zum Problem der Neutralität in der außergerichtlichen Streitbeilegung im Bankgewerbe*, in: *64 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2000, S. 614–632.
- Schlacke, Sabine*, *Überindividueller Rechtsschutz: Phänomenologie und Systematik überindividueller Klagebefugnisse im Verwaltungs- und Gemeinschaftsrecht, insbesondere am Beispiel des Umweltrechts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008).
- Schlink, Bernhard*, *Der Preis der Gerechtigkeit*, in: Dreier, Horst (Hrsg.), *Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit* (Berlin: Duncker & Humblot, 2005), S. 9–32.
- Schlosser, Peter F./Hess, Burkhard*, *EU-Zivilprozessrecht* (München: C. H. Beck, 4. Auflage 2015).
- Schmid, Ronald*, *Die „Unvollendete“: Zehn Jahre Fluggastrechte-Verordnung*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, S. 513–517.
- Schmidt, Eike*, *Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie: Mit einer Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur sog. Prozeßökonomie* (Frankfurt am Main: Athenäum, 1973).

- Schmidt, Eike*, Von der Privat- zur Sozialautonomie: Vorläufige Gedanken zur abnehmenden Gestaltungskraft konventioneller juristischer Dogmatik im Privatrechtssystem, *Juristenzeitung* 1980, S. 153–161.
- Schmidt, Eike*, Partei- und Amtsmaxime im Zivilprozeß, *Deutsche Richterzeitung* 1988, S. 59–61.
- Schmidt, Eike*, Struktur- und Kompetenzanforderungen an einen zeitgemäßen Zivilprozeß, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1989, S. 303–322.
- Schmidt, Eike*, Effizienzbedingungen für privatrechtlichen Sozialschutz, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1991, S. 378–385.
- Schmidt-Jortzig, Edzard*, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsschutzprinzips nach dem Grundgesetz, *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, S. 2569–2573.
- Schmidt-Kessel, Martin*, Die ADR-Richtlinie und ihre Umsetzung – einige Schlaglichter, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), *Alternative Streitschlichtung* (Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2015), S. 9–34.
- Schmidtschen, Dieter/Bier, Christoph*, Die Kosten und der Nutzen der Justiz aus volkswirtschaftlicher Sicht, in: Bork, Reinhard/Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2009), S. 51–83.
- Schmieder, Sandra*, Formularmäßig erhobene Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehen, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 2012, S. 2358–2364.
- Schmitt, Stefan Martin*, Branchenschlichtungsverfahren (Ombudsmann der öff. Banken) – (k)eine Alternative: keine Verbesserung durch ADR-Richtlinie RL 2013/11/EU, *Verbraucher und Recht* 2015, S. 134–139.
- Schmitt, Stephan*, *Stufen einer Güteverhandlung: Lehre einer imperfekten Gerechtigkeit* (Baden-Baden: Nomos, 2014).
- Schricker, Gerhard*, Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und des funktionsfähigen Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs, in: *139 Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 1975, S. 208–248.
- Schumann, Ekkehard*, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, in: *96 Zeitschrift für Zivilprozess* 1983, S. 137–253.
- Schumann, Ekkehard*, Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozeßgesetzes, in: Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983* (München: C. H. Beck, 1983), S. 571–604.
- Schütze, Rolf*, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren* (München: C. H. Beck, 5. Auflage 2012).
- Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard*, *Schiedsgerichtsbarkeit: Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren* (München C. H. Beck, 7. Auflage 2005).
- Schwartz, David S.*, Mandatory Arbitration and Fairness, *84 Notre Dame Law Review* 2009, S. 1247–1341.
- Schweitzer, Heike*, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2014, S. 335–345.
- Seneca, Lucius Annaeus*, *Epistulae morales ad Lucilium: Liber VIII* (Stuttgart: Reclam, 1991).
- Shavell, Steven*, The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System, *26 Journal of Legal Studies* 1997, S. 575–612.

- Singbartl, Jan/Zintl, Josef*, Ein autonomer Folgenbeseitigungsanspruch im AGB-Recht für Inhaber von Pfändungsschutzkonten mit unwirksamer Gebührenklausel?, Verbraucher und Recht 2016, S. 14–18.
- Slovic, Paul/Fischhoff, Baruch/Lichtenstein, Sarah*, Response Mode, Framing, and Information-Processing Effects in Risk Assessment, in: Hogarth, Robin M. (Hrsg.), Question Framing and Response Consistency (San Francisco, CA: Jossey-Bass, 1982), S. 21–36.
- Sonnenschmidt, Friedrich Hermann*, Ueber das der Civilprozess-Ordnung für das deutsche Reich vom 30. Januar 1877 zum Grunde liegende Prinzip der Mündlichkeit, in: 2 Zeitschrift für Zivilprozeß 1880, S. 208–265.
- Spindler, Gerald*, Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen: Eine juristisch-rechtsökonomische Analyse (Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2006).
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian*, Recht der Elektronischen Medien (München: C. H. Beck, 3. Auflage 2015).
- Städling, Jörg*, Anwendung des § 495a ZPO in der Praxis, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 691–696.
- Stadler, Astrid*, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfeverfahren (Tübingen: Mohr Siebeck, 1989).
- Stadler, Astrid*, Musterverbandsklagen nach künftigem deutschem Recht, in: Gottwald, Peter/Roth, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001), S. 465–490.
- Stadler, Astrid*, Urteilsanmerkung zu BVerfG v. 24. Januar 2007, 2 BvR 1133/04, BVerfGK 10, 203, Juristenzeitung 2007, S. 1047–1052.
- Stadler, Astrid*, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in Europa, Juristenzeitung 2009, S. 121–133.
- Stadler, Astrid*, Wider die Mär von der europäischen class action, Verbraucher und Recht 2011, S. 79–80.
- Stadler, Astrid*, Collective Redress Litigation – A New Challenge for Courts in Europe, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph/Münch, Joachim/Pickenbrock, Andreas/Stadler, Astrid/Tsikrikas, Dimitrios (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013), S. 1801–1816.
- Stadler, Astrid*, Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa – der Abschied von einem kohärenten europäischen Lösungsansatz?, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2013, S. 281–292.
- Stadler, Astrid*, Die Bündelung von gleichgerichteten Ansprüchen durch Inkassoession – Geschäftsmodelle zur Prozessfinanzierung auf dem Prüfstand, Juristenzeitung 2014, S. 613–622.
- Stadler, Astrid*, Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz, in: 1 Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2015, S. 61–84.
- Stadler, Astrid*, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Streitbelegenden Person sowie Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens, in: 128 Zeitschrift für Zivilprozess 2015, S. 165–187.
- Stamm, Jürgen*, Reformbedarf in der Zwangsvollstreckung? – Die Schaffung eines zentralen Vollstreckungsorgans, Juristenzeitung 2012, S. 67–76.
- Statistisches Bundesamt*, Justizgeschäftsstatistik: Geschäftsentwicklung bei Gerichten und Staatsanwaltschaften seit 1995 (Wiesbaden: Statistisches Bundesamt, 2012).
- Statistisches Bundesamt*, Justiz auf einen Blick (Wiesbaden: Statistisches Bundesamt, 2015).

- Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Zivilgerichte 2014: Fachserie 10 Reihe 2.1 (Wiesbaden: Statistisches Bundesamt, 2015).
- Stauber, Peter/Schaper, Hanno*, Die Kartellschadensersatzrichtlinie – Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber?, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2014, S. 346–353.
- Staudinger, Julius von (Begr.)*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 779–811 (Vergleich, Schuldversprechen, Anweisung, Schuldverschreibung) (Berlin: Sellier – de Gruyter, 2015).
- Steffek, Felix/Unberath, Hannes*, *Regulating Dispute Resolution: ADR and Access to Justice at the Crossroads* (Oxford: Hart, 2013).
- Stein, Friedrich*, *Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 3. Auflage 1928).
- Steinberg, Georg*, Richterliche Gewalt und individuelle Freiheit: Ein Ansatz zu einer allgemeinen Prozesslehre (Frankfurt am Main: Klostermann, 2010).
- Steinberg, Georg*, Richterliche Gewalt und Mediation, *Deutsche Richterzeitung* 2012, S. 19–23.
- Steinert, Karl-Friedrich/Theede, Kai-Uwe/Knop, Jens*, *Zivilprozess* (München: C. H. Beck, 9. Auflage 2011).
- Stillner, Benjamin*, Irreführung über Verbraucherrechte – Das Aus für die „Flucht in die Rechtsauffassung“, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2015, S. 438–442.
- Strotz, Robert H.*, Myopia and Inconsistency in Dynamic Utility Maximization, *23 Review of Economic Studies* 1955–56, S. 165–180.
- Stück, Volker*, Einführung und Umsetzung eines Compliance-Management-Systems (CMS), *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2014, S. 1117–1122.
- Stürner, Michael*, Außergerichtliche Streitbeilegung – Anforderungen aus Sicht des Verbraucherschutzes, in: BMELV (Hrsg.), *Alternative Streitbeilegung – Reden statt Klagen* (Berlin: Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, 2013), S. 9–25.
- Stürner, Michael*, ADR and Adjudication by State Courts: Competitors or Complements?, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 2014, S. 122–128.
- Stürner, Michael*, Außergerichtliche Streitschlichtungsmechanismen als Mittel der Rechtsfindung und Rechtsdurchsetzung, in: *Juristische Studiengesellschaft* (Hrsg.), *Jahresband 2014* (Heidelberg: C. F. Müller, 2015), S. 63–91.
- Stürner, Michael*, Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle, in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), *Alternative Streitschlichtung* (Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2015), S. 87–115.
- Stürner, Rolf*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (Tübingen: Mohr Siebeck, 1976).
- Stürner, Rolf*, Grundfragen richterlicher Streitschlichtung, *Deutsche Richterzeitung* 1976, S. 202–205.
- Stürner, Rolf*, Die Aufgabe des Richters, Schiedsrichters und Rechtsanwalts bei der gütlichen Streiterledigung, *Juristische Rundschau* 1979, S. 133–138.
- Stürner, Rolf*, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und der Verfassung, in: Grunsky, Wolfgang/Stürner, Rolf/Walter, Gerhard/Wolf, Manfred (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Baur* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1981), S. 647–666.
- Stürner, Rolf*, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozess, *Juristenzeitung* 1986, S. 1089–1095.

- Stürner, Rolf*, Gründe und Ursachen des Problems der Ineffizienz von Gerichtsverfahren – ein historischer Überblick, in: Gilles, Peter (Hrsg.), *Effiziente Rechtsverfolgung – Efficiency in the Pursuit of Justice* (Heidelberg: C. F. Müller, 1987), S. 1–31.
- Stürner, Rolf*, Prozeßzweck und Verfassung, in: Prütting, Hanns (Hrsg.), *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag* (Köln: Carl Heymanns, 1990), S. 545–552.
- Stürner, Rolf*, Richterliche Vergleichsverhandlung und richterlicher Vergleich aus juristischer Sicht, in: Meier, Isaak/Riemer, Hans Michael/Weimar, Peter (Hrsg.), *Recht und Rechtsdurchsetzung* (Zürich: Schulthess, 1994), S. 273–286.
- Stürner, Rolf*, Die verweigerte Zustellungshilfe für U.S.-Klagen oder der „Schuss übers Grab“, *Juristenzeitung* 2006, S. 60–68.
- Stürner, Rolf*, Markt und Wettbewerb über alles? : Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie (München: C. H. Beck, 2007).
- Stürner, Rolf*, Parteiherrschaft versus Richtermacht: Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz, in: *123 Zeitschrift für Zivilprozess* 2010, S. 147–161.
- Stürner, Rolf*, Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess, in: Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A. (Hrsg.), *Recht ohne Grenzen: Festschrift für Athanassios Kassis zum 65. Geburtstag* (München: Sellier, 2012), S. 991–1004.
- Stürner, Rolf*, Die öffentliche Hand im Zivilprozess und der europäische und nationale Grundsatz der Gleichbehandlung und Waffengleichheit, in: Büscher, Wolfgang/Erdmann, Willi/Haedicke, Maximilian/Köhler, Helmut/Loschelder, Helmut (Hrsg.), *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag* (München: C. H. Beck, 2014), S. 1063–1072.
- Stürner, Rolf*, Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht, in: *127 Zeitschrift für Zivilprozess* 2014, S. 271–337.
- Stürner, Rolf*, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, in: *214 Archiv für die civilistische Praxis* 2014, S. 7–54.
- Stürner, Rolf*, Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint ELI-UNIDROIT project, *19 Uniform Law Review* 2014, S. 322–328.
- Stürner, Rolf*, Prozessökonomie als gemeineuropäischer Verfahrensgrundsatz?, in: Hilbig-Lugani, Katharina/Jakob, Dominique/Mäsch, Gerald/Reuß, Philipp M./Schmid, Christoph (Hrsg.), *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen* (Bielefeld: Gieseking, 2015), S. 855–864.
- Stürner, Rolf*, Verfahrensrecht und materielle Gerechtigkeit, in: Münch, Joachim (Hrsg.), *Prozessrecht und materielles Recht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), S. 359–375.
- Stürner, Rolf/Bormann, Jens*, Der Anwalt – vom freien Beruf zum dienstleistenden Gewerbe? Kritische Gedanken zur Deregulierung des Berufsrechts und zur Aushöhlung der anwaltlichen Unabhängigkeit, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, S. 1481–1492.
- Sujecki, Bartosz*, Das Europäische Mahnverfahren, *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, S. 1622–1625.
- Sujecki, Bartosz*, Das Sprachproblem im europäischen Zivilverfahrensrecht – Ein ungelöstes (unlösbares) Problem?, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, S. 649.
- Sujecki, Bartosz*, Änderung des Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2014, S. 84–86.
- Thein, Alexandra*, EU-Justizbarometer sinnvoll und wirksam?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2014, S. 30.

- Thole, Christoph*, Das neue Mediationsgesetz: Mediation im und an der Schnittstelle zum Zivilprozess, in: 127 Zeitschrift für Zivilprozess 2014, S. 339–370.
- Tiffe, Achim*, Wie aktive Verbraucher Banken und Bausparkassen zunehmend unter Druck setzen, Verbraucher und Recht 2015, S. 201–203.
- Tilch, Horst/Arloth, Frank*, Deutsches Rechts-Lexikon, 3. Band, Q-Z (München: C. H. Beck, 3. Auflage 2001).
- Tochtermann, Peter*, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008).
- Tonner, Klaus*, Vorgeschaltete Schlichtung bei Verbraucherprozessen mit niedrigem Streitwert?, in: Krämer, Ludwig/Micklitz, Hans-Wolfgang/Tonner, Klaus (Hrsg.), Law and diffuse Interests in the European Legal Order (Baden-Baden: Nomos, 1997), S. 861–878.
- Tonner, Klaus*, Zur Umsetzung der AS-Richtlinie (Richtlinie 2013/11/EU) (Rostock: Onlineveröffentlichung, 2014).
- Tonner, Klaus*, Der RegE eines Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes aus verbraucherrechtlicher und -politischer Sicht, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2015, S. 132–135.
- Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels*, Ökonomische Methoden im Recht (Tübingen: Mohr Siebeck, 2010).
- Trommsdorff, Volker/Teichert, Thorsten*, Konsumentenverhalten (Stuttgart: Kohlhammer, 8. Auflage 2013).
- Tur, Richard H. S.*, Litigation and the consumer interest; the class action and beyond, 2 Legal Studies 1982, S. 135–171.
- UK Ministry of Justice*, Judicial and Court Statistics 2011 (London: The Crown, 2012).
- Ury, William L./Brett, Jeanne M./Goldberg, Stephen B.*, Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict (Cambridge, MA: Jossey-Bass, 1999).
- van Aaken, Anne*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft: Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht (Baden-Baden: Nomos, 2003).
- van den Bergh, Roger/Visscher, Louis*, The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law, 1 Erasmus Law Review 2008, S. 5–30.
- van Rhee, Cornelis Hendrik/Uzelac, Alan*, Enforcement and Enforceability: Tradition and Reform (Antwerpen: Intersentia, 2010).
- Veech, Max L./Moon, Charles R.*, De Minimis Non Curat Lex, 45 Michigan Law Review 1947, S. 537–570.
- Vernadaki, Zampia*, Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations, 9 Journal of Contemporary European Research 2013, S. 297–312.
- Vicari, Federico et al.*, ECC-Net European Small Claims Procedure Report (Luxemburg: Europäische Union, 2012).
- Villamarín López, María Luisa*, On Minimum Standards in Consumer ADR, in: Stürner, Michael/Gascón Inchausti, Fernando/Caponi, Remo (Hrsg.), The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice (München: Sellier, 2015), S. 131–148.
- Voet, Stefaan*, Consumer Collective Redress in Belgium: Class Actions to the Rescue?, 16 European Business Organization Law Review 2015, S. 121–143.
- Vogenauer, Stefan*, Verbraucherbild(er) im EU-Recht, Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht 2014, S. 59–60.
- Voit, Wolfgang*, Privatisierung der Gerichtsbarkeit, Juristenzeitung 1997, S. 120–125.
- Volkmann, Judith*, Mediation im Zivilprozess: Rechtliche Rahmenbedingungen für ein gerichtliches Mediationsangebot (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006).

- Vollkommer, Gregor/Huber, Stefan*, Neues Europäisches Zivilverfahrensrecht in Deutschland – Das Gesetz zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung, *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, S. 1105–1109.
- Vollkommer, Max*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit: Dargestellt am Beispiel der prozessualen Schriftform. Zur Überwindung des Formformalismus in der Rechtsprechung (München: C. H. Beck, 1973).
- Vollkommer, Max*, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozeßmaxime? –, in: Gottwald, Peter/Prütting, Hanns (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag* (München: C. H. Beck, 1990), S. 503–520.
- von Bar, Christian*, Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden? : Gutachten A zum 62. Deutschen Juristentag Bremen 1998 (München: C. H. Beck, 1998).
- von Coelln, Christian*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt: Rechtliche Aspekte des Zugangs der Medien zur Rechtsprechung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes (Tübingen: Mohr Siebeck, 2005).
- von Hippel, Eike*, Verbraucherschutz, in: *40 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1976, S. 513.
- von Hippel, Eike*, Verbraucherschutz (Tübingen: Mohr Siebeck, 3. Auflage 1986).
- von Hippel, Eike*, Zur Notwendigkeit einer „Präventiven Jurisprudenz“: Vorbeugen ist besser als Heilen, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2001, S. 145–151.
- von Hippel, Thomas*, Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen: Eine rechtsdogmatische und -vergleichende Untersuchung (Tübingen: Mohr Siebeck, 2000).
- von Jhering, Rudolf*, Der Kampf um's Recht (Wien: Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung, 1872).
- von Jhering, Rudolph*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung: Dritter Teil, erste Abteilung (Basel: Benno Schwabe, 8. Auflage 1954).
- von Moltke, Ludwig*, Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen: Analyse effektiver Rechtsdurchsetzung in deutsch-englischen Rechtsvergleich (München: C. H. Beck, 2003).
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian*, Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (München: C. H. Beck, 2007).
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian*, Beck'scher Online-Kommentar ZPO (München: C. H. Beck, 19. Auflage 2015).
- Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernot*, Die demokratische Legitimation des Richters, *Juristenzeitung* 2002, S. 673–684.
- Wach, Adolf*, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts: Erster Band (Leipzig: Duncker & Humblot, 1885).
- Wacke, Andreas*, Audiatur et altera pars: Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozeß, in: Schermaier, Martin Josef (Hrsg.), *Ars boni et aequi: Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag* (Stuttgart: Steiner, 1993), S. 369–399.
- Waddington, Lisa*, Vulnerable and Confused: The Protection of „Vulnerable“ Consumers under EU Law, *38 European Law Review* 2013, S. 757–782.
- Wagner, Gerhard*, Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen, in: *193 Archiv für die civilistische Praxis* 1993, S. 319–347.
- Wagner, Gerhard*, Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht (Tübingen: Mohr Siebeck, 1998).
- Wagner, Gerhard*, Haftung und Versicherung als Instrumente der Techniksteuerung, *Versicherungsrecht* 1999, S. 1441–1453.

- Wagner, Gerhard, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden (München: C. H. Beck, 2006).
- Wagner, Gerhard, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, in: 206 Archiv für die civilistische Praxis 2006, S. 352–476.
- Wagner, Gerhard, Anmerkung zu EuGH v. 26. Oktober 2006, C-168/05, Zeitschrift für Schiedsverfahren 2007, S. 49–51.
- Wagner, Gerhard, Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, in: 16 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2008, S. 6–31.
- Wagner, Gerhard, Harmonization of European Civil Procedure – Policy Perspectives, elektronisch verfügbar unter <http://ssrn.com/id=1777233>.
- Wagner, Gerhard, Die Richtlinie über Alternative Streitbeilegung – Law Enforcement statt mediative Konfliktlösung, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2013, S. 104–108.
- Wagner, Gerhard, Literatur: Dörte Poelzig: Normdurchsetzung durch Privatrecht, in: 214 Archiv für die civilistische Praxis 2014, S. 602–607.
- Wagner, Gerhard, Private Law Enforcement and ADR: An Arranged Marriage, in: Zekoll, Joachim/Bälz, Moritz/Amelung, Iwo (Hrsg.), Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution (Leiden: Brill, 2014), S. 369–404.
- Wagner, Gerhard, Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?, 51 Common Market Law Review 2014, S. 165–194.
- Wagner, Gerhard/Quinke, David, Ein Rechtsrahmen für die Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit, Juristenzeitung 2005, S. 932–939.
- Walther, Susanne, Mehr Publizität oder mehr Diskretion?, Juristenzeitung 1998, S. 1145–1153.
- Wassermann, Rudolf, Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat (Neuwied u.a.: Luchterhand, 1978).
- Weber, Franziska, Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, Verbraucher und Recht 2013, S. 323–332.
- Weber, Franziska, Is ADR the Superior Mechanism for Consumer Contractual Disputes? – an Assessment of the Incentivizing Effects of the ADR Directive, 38 Journal of Consumer Policy 2015, S. 265–285.
- Weber, Franziska/Faure, Michael, The Interplay between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective, 23 European Review of Private Law 2015, S. 525–549.
- Wechsler, Andrea/Tripković, Boško, Conclusions: Enforcement in Europe as a Market of Justice, in: Micklitz, Hans-Wolfgang/Wechsler, Andrea (Hrsg.), The Transformation of Enforcement (Oxford: Hart, 2016), S. 377–403.
- Weigel, Christoph, Die Absicherung der Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, Neue Juristische Online-Zeitschrift 2015, S. 41–45.
- Weihe, Lars, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005).
- Weiß, Matthias M., Zur Bekämpfung von Streuschäden: Zugleich ein Beitrag zur Ausweitung des § 10 UWG (Stuttgart: Boorberg, 2012).
- Wendehorst, Christiane, Ist das neue Verbraucherrecht noch zu retten? Zur möglichen Grundrechtswidrigkeit der Verbraucherrechterichtlinie, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2015, S. 55–66.
- Wendenburg, Felix, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013).



- Wendenburg, Felix, Zum Umgang mit Machtungleichgewichten in der Mediation, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2015, S. 33–48.
- Werner, Ingo, Deutschland im EU-Justizbarometer: heiter bis wolkig, Deutsche Richterzeitung 2014, S. 236–237.
- Wieczorek, Bernhard, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2. Band (Berlin: de Gruyter, 2. Auflage 1976).
- Wiedemann, Herbert, Richterliche Rechtsfortbildung, Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 2407–2412.
- Wendorfer, Matthias, Die systematische Nichtbeantwortung von Anspruchsschreiben – Ein faktisch nicht sanktionierter UWG-Verstoß?, Wettbewerb in Recht und Praxis 2015, S. 158–162.
- Witte, Jürgen Johannes/Wagner, Marco, Die Gesetzesinitiative Nordrhein-Westfalens zur Einführung eines Unternehmensstrafrechts, Betriebs-Berater 2014, S. 643–648.
- Wolf, Christian, Steuerung des Zivilprozesses durch Streitwert- und Kostenrecht, in: 128 Zeitschrift für Zivilprozess 2015, S. 69–97.
- Wolf, Christian, Zivilprozess versus außergerichtliche Konfliktlösung – Wandel der Streitkultur in Zahlen, Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1656–1661.
- Wolf, Manfred, Zivilprozessuale Verfahrensgarantien in Art. 6 I EMRK als Grundlage eines europäischen Zivilprozeßrechts, in: Köbler, Gerhard/Heinze, Meinhard/Hromadka, Wolfgang (Hrsg.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends (München: C. H. Beck, 2000), S. 1279–1296.
- Wolff, Heimfried, Möglichkeiten von Kosten-Leistungsanalysen in der Rechtspflege, in: Blankenburg, Erhard/Klages, Helmut/Strepel, Dieter (Hrsg.), Überlegungen zu einer Strukturanalyse der Zivilgerichtsbarkeit (Speyer: Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung, 1987), S. 29–39.
- Wollschläger, Christian, Mehr Rechtsschutz ohne Zivilprozeßrecht? Eine Prognose zum vereinfachten Verfahren in geringwertigen Streitigkeiten, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1991, S. 248–273.
- Zado, Julian, Privatisierung der Justiz: Zur Bedeutung und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Privatisierungen in Rechtsprechung, Strafvollzug, Zwangsvollstreckung und Handelsregister (Berlin: Duncker & Humblot, 2013).
- Zekoll, Joachim/Elser, Julia C., Die Bedeutung der ADR-Richtlinie für die Durchsetzung von Verbraucherrechten, in: Althammer, Christoph (Hrsg.), Verbraucherstreitbeilegung: Aktuelle Perspektiven für die Umsetzung der ADR-Richtlinie (Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner, 2015), S. 55–84.
- Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung (Köln: Otto Schmidt, 31. Auflage 2016).
- Zosel, Ralf, Im Namen des Volkes: Gerichte zitieren Wikipedia, in: Rüßmann, Helmut (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Käfer (Saarbrücken: juris, 2009), S. 491–502.
- Zuck, Rüdiger, Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess, Neue Juristische Wochenschrift 2013, S. 1132–1135.

# Register

- Abhängigkeit des Verbrauchers 44  
Access to justice *siehe* Zugang zum Recht  
Administrativer Rechtsschutz 65, 186, 263–267, 271  
ADR-Richtlinie 9–10, 20, 24, 196  
Allgemeine Geschäftsbedingungen 189, 257, 259–260, 263, 271  
Amtsgericht 6, 11, 33, 76, 108–160, 169, 214, 226, 269  
Anwaltszwang 11, 33, 128–129  
Artikulationsfähigkeit 41  
AS-Richtlinie *siehe* ADR-Richtlinie  
Autorität *siehe* Rechtliche Autorität des Verfahrensleiters
- Befangenheit 121, 209  
Beratungshilfe 8  
Berichtspflicht 222  
Beschwerdemanagement 231, 250  
Beweisaufnahme 87, 118–119, 142, 162, 167  
Beweislast 48, 72, 88, 125, 248–249  
Billigkeit 71, 105, 190, 194, 197–199, 224  
Bindungsdauer 42–43, 58–60  
Bindungsintensität 43–44, 50
- Compliance 261–262  
Crowdfunding 173
- De minimis non curat praetor 13  
Dienstleistungen von allgemeinem Interesse 42–44  
Digitalisierung 94, 144–147, 167, 223, 242, 249  
Dispositives Recht 52  
Dispute Systems Design 18  
Distanz 14, 45, 93, 132, 268
- E-Commerce 218–219, 244–251, 271
- Effektiver Rechtsschutz 4, 11–13, 26, 63–65, 70–71, 91, 112, 114, 129, 152, 182–185, 256, 260, 262–267  
Effizienz 13, 27–28, 99–103  
– Amtsgerichte 139–147  
– Anwaltliche Rechtsdienstleistung 242–243  
– Europäisches Bagatellverfahren 167  
– Kollektiver Rechtsschutz 177–178, 183–185, 270  
– Mahnverfahren 155–156  
– Schiedsverfahren 188  
– Verbraucherschlichtung 220–223  
Einigungsdruck *siehe* Vergleichsdruck  
Einmalprozessierer 32–35, 98, 115, 127, 129, 224, 256, 268  
Elektronischer Rechtsverkehr 6–7, 94, 141–144, 155–156, 269  
Elektronische Signatur 6, 144–147  
Entformalisierung 103, 141–144, 159, 253–254, 267  
Erfolgshonorar 137, 174, 240  
Ergebnisform  
– Amtsgerichte 117–120  
– Kollektiver Rechtsschutz 171  
– Konfliktlösung durch Handelsintermediäre 245  
– Mahnverfahren 151  
– Schiedsverfahren 191  
– Verbraucherschlichtung 200–202  
Ergebnismaßstab 268  
– Amtsgerichte 109–117  
– Anwaltliche Rechtsdienstleistung 239  
– Konfliktlösung durch Handelsintermediäre 245–246  
– Mahnverfahren 152–153  
– Schiedsverfahren 190–191  
– Telefonmediation 235–236  
– Verbraucherschlichtung 197–200

- Ergebnistransparenz 106–107, 268
- Amtsgerichte 149–151
  - Anwaltliche Rechtsdienstleistung 243
  - Europäisches Bagatellverfahren 168
  - Konfliktlösung durch
    - Handelsintermediäre 249
  - Mahnverfahren 156
  - Schiedsverfahren 195
  - Verbraucherschlichtung 232–233
- Erreichbarkeit 93–94, 268
- Amtsgerichte 132–135
  - Europäisches Bagatellverfahren 165
  - Konfliktlösung durch
    - Handelsintermediäre 248
  - Mahnverfahren 154–155
  - Schiedsverfahren 193
  - Telefonmediation 237
  - Verbraucherschlichtung 217–218
- Europäisches Bagatellverfahren 8, 127, 160–168, 184, 197
- Europäisches Mahnverfahren *siehe* Mahnverfahren
- European Principles of Civil Procedure 19
- Externe Effekte 55, 61, 64–65, 71, 97, 100, 102
- Fair trial 86, 88, 99, 163
- Fast track *siehe* Schnellverfahren
- Folgenbeseitigung 181–182, 186, 270
- Folgenorientierung 54
- Forderungszession 172–173
- Formulare 129, 145–146, 154–155, 164, 169, 194, 216, 248, 269
- Funktionstransparenz 105–106, 268
- Amtsgerichte 149
  - Anwaltliche Rechtsdienstleistung 243
  - Konfliktlösung durch
    - Handelsintermediäre 249
  - Schiedsverfahren 194–195
  - Telefonmediation 237
  - Verbraucherschlichtung 225–231
- Geltungsanspruch des materiellen Rechts 26, 52–53, 64, 245, 250
- Generalanwalt 116
- Gerechtigkeit 22, 25–27, 30, 52, 100, 110
- Gerichtsscheu 38–39, 128, 137
- Gerichtsstand 131–135, 154, 193, 217
- Geschäftsbeziehung 18, 45, 59, 198
- Gewaltenteilung 78, 84, 114, 149, 222
- Gewinnabschöpfung 7, 179–181, 186, 263, 269
- Grenzüberschreitende Streitigkeiten 11, 45, 92–93, 109, 131–134, 159–160, 165, 168, 193, 217, 250
- Gruppenverfahren 7, 173–178, 183, 185
- Güterichterverfahren 111, 119, 141, 187
- Güteverfahren 188, 233–238, 255, 258, 267
- Gutachten 36, 118, 124, 138, 142, 248
- Haftung *siehe* Verantwortlichkeit
- Handelsintermediäre 50, 56, 244–251, 270–271
- Handlungsfreiheit 66, 104, 250
- Informationstechnologie 13, 20, 146–147
- Initiativlast 49
- Interessenkonflikt 16, 80, 121, 230, 237
- Interessenorientierung 28, 46, 111–112, 234, 236
- Judicial self-restraint 255
- Justizdatenbank 150–151
- Justizgewährleistung 12–13, 63, 86, 99, 136, 149, 183, 256–257, 260
- Justizverweigerung 118
- Kampf ums Recht 201
- Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz 7, 114, 175–177, 183
- Klageausschluss
  - Dilatorischer Klageausschluss 258–261
  - Peremptorischer Klageausschluss 257–258
- Klageerhebung 128–129, 146, 149, 154, 156, 179, 269
- Kollektiver Rechtsschutz 7–8, 11, 16–17, 65, 69, 170–186, 267, 269–271
- Kompromiss 47, 61, 72–74, 101, 112, 202, 233, 249, 261–262, 269–270
- Konfliktiteration 47–48
- Konfliktroutine 14, 30–35, 60, 101, 192
- Konfliktscheu 36–39, 56–57, 98
- Konfliktschwerpunkt 48

- Konstitutionelle Rechte 4, 21–24, 27, 69, 163, 268
- Kosten 31, 33, 36–37, 54–55, 96–98, 101–103, 270
- Amtsgerichte 136–139
  - Anwaltliche Rechtsdienstleistung 242
  - Europäisches Bagatellverfahren 166–167
  - Kollektiver Rechtsschutz 172–173, 176–177, 179–181
  - Konfliktlösung durch Handelsintermediäre 248
  - Mahnverfahren 155
  - Schiedsverfahren 188, 193
  - Telefonmediation 237
  - Verbraucherschlichtung 219, 221–222, 270
- Kundenbeziehung 42, 58–59
- Legal Clinics 242
- Mahnverfahren
- Deutsches Mahnverfahren 16, 32, 129, 146, 151–156, 269
  - Europäisches Mahnverfahren 8, 168–169, 197, 269
- Materialisierung 116–117, 130, 197
- Mediation 70, 95, 105, 201, 209, 233–234
- Mindeststandards 22, 68, 193, 250
- Mündliche Verhandlung 126–127, 129–130
- Mündlichkeit 90–92, 268
- Amtsgerichte 126–127, 143
  - Europäisches Bagatellverfahren 163
  - Konfliktlösung durch Handelsintermediäre 248
  - Mahnverfahren 153
  - Schiedsverfahren 193
  - Verbraucherschlichtung 214–216
- Neutralität des Verfahrensleiters 79–81, 268
- Amtsgerichte 121
  - Konfliktlösung durch Handelsintermediäre 247
  - Schiedsverfahren 192
  - Verbraucherschlichtung 208–209, 225
- ODR-Verordnung 9, 45, 215–216, 244
- Öffentlichkeit 19, 39, 53, 95–96, 106
- Amtsgerichte 115, 135–136
  - Europäisches Bagatellverfahren 165–166
  - Konfliktlösung durch Handelsintermediäre 248–249
  - Mahnverfahren 153
  - Schiedsverfahren 192
  - Verbraucherschlichtung 218–219
- Online-Streitbeilegung 216, 244–251
- Organ der Rechtspflege 82, 235, 238–239, 271
- Parteiverrat 238
- Pensenschlüssel 123, 269
- Pfadabhängigkeit 85, 121, 140, 167, 259
- Präzedenz 35, 54, 60–61, 65, 85, 96, 100, 112, 115, 149, 151, 175, 189, 232, 265, 269
- Privatautonomie 28, 72–74
- Private law enforcement 114
- Privatisierung der Justiz 10, 12–13, 20, 83–85, 139–140
- Prozessfinanzierung 37, 141, 173, 180
- Prozesskostenfonds 180
- Prozesskostenhilfe 97, 129, 136–137, 158, 186, 218, 229
- Prozessrisikoanalyse 140–141
- Prozessstandschaft 171–172, 178
- Prozesszwecke 18, 109–117, 144
- Qualifikation des Verfahrensleiters 30–32, 76–77, 270
- Amtsgerichte 121
  - Anwaltliche Rechtsdienstleistung 239–240
  - Konfliktlösung durch Handelsintermediäre 246–247
  - Schiedsverfahren 191–192
  - Telefonmediation 236
  - Verbraucherschlichtung 203–205, 270
- Qualifizierte elektronische Signatur *siehe* Elektronische Signatur
- Rationales Desinteresse 20, 57–58, 154, 170, 173, 179, 181, 183–184, 185, 189, 219, 255, 257, 263, 266–267, 268, 270

- Rechten 59
- Rechtliche Autorität des Verfahrensleiters
- Amtsgerichte 120
  - Anwaltliche Rechtsdienstleistung 240
  - Konfliktlösung durch  
Handelsintermediäre 247
  - Verbraucherschlichtung 210–211
- Rechtliches Gehör 27, 89–91, 99, 268
- Amtsgerichte 126
  - Europäisches Bagatellverfahren 163
  - Kollektiver Rechtsschutz 176, 185
  - Konfliktlösung durch  
Handelsintermediäre 248
  - Mahnverfahren 153
  - Schiedsverfahren 193
  - Telefonmediation 236–237
  - Verbraucherschlichtung 214–215
- Rechtsbruch 55–56, 106, 113, 181, 264–266
- Rechtsdurchsetzungslücke 7, 55–56, 179, 255, 263–266, 271
- Rechtsfortbildung 53, 65, 74, 100, 115–118, 153, 168
- Rechtsfrieden 18, 62, 113–114, 268–269
- Rechtskenntnis *siehe* Qualifikation des Verfahrensleiters
- Rechtskraft 16, 26–27, 82, 114, 120, 226
- Rechtsschutzversicherung 37–39, 97–98, 123, 137, 148, 158, 223, 235–238, 242, 255, 260, 266
- Rechtssicherheit 53–54, 65, 74, 85, 100, 113, 115–118, 151, 153, 168
- Rechtsverfolgungsgesellschaft 171–173, 185
- Relationstechnik 144–145
- Revision 114–117, 265, 269
- Richterlicher Hinweis 115, 122, 149, 156, 244, 240, 269
- Risikoaversion 37–38, 97, 137, 179
- Rollenverteilung 48–49
- Sammelklage 170, 173, 189
- Schatten des Rechts 59, 74, 113, 152, 161, 235
- Schiedsklausel 188–189, 194, 250, 257–260
- Schiedsverfahren 22–23, 70, 78, 80, 82, 90–91, 188–195, 258
- Schlichtung *siehe* Verbraucherschlichtung
- Schlichtungsklausel 259–261, 271
- Schlichtungspflicht, gesetzliche 231, 258–259, 261
- Schnellverfahren 157–159
- Schriftsatzstruktur 144–146
- Schutzgebühr 97, 138, 221
- Selbstkontrolle, unternehmerische 178, 231, 254–256, 266, 270
- Sonderverfahrensrecht für Verbraucher 2, 24, 17–18, 26, 269
- Sozialer Zivilprozess 2, 116–117, 125
- Sozialstaatsprinzip 26, 65
- Sprache 41, 45, 91–93, 131–132, 164, 169, 193, 216–218
- Staatlichkeit 83–85
- Strafschadensersatz 174, 264
- Streitmittler 203–213, 225
- Streuschäden 46, 59–60, 103, 170, 175, 180, 183
- Systemeffizienz 255, 263, 271
- Tatsachenfundierung 87–89, 268
- Amtsgerichte 124–125
  - Europäisches Bagatellverfahren 162–163
  - Konfliktlösung durch  
Handelsintermediäre 248–249
  - Mahnverfahren 153
  - Schiedsverfahren 193
  - Verbraucherschlichtung 213–214
- Telefonmediation 158, 235–238, 255
- Transaktionskosten 7, 44, 46, 52, 216
- Transparenz 67, 69, 104–107, 143, *siehe auch* Ergebnistransparenz, Funktionstransparenz, Zieltransparenz
- Unabhängigkeit 77–80, 268
- Amtsgerichte 121–123
  - Anwaltliche Rechtsdienstleistung 240–241
  - Konfliktlösung durch  
Handelsintermediäre 247
  - Schiedsverfahren 192
  - Verbraucherschlichtung 205–207, 225, 270
- Verantwortlichkeit des Verfahrensleiters 83

- Amtsgerichte 120
- Konfliktlösung durch Handelsintermediäre 247
- Verbraucherschlichtung 211–213
- Verbandsklage 7, 171, 178–186, 265, 269–270
- Verbraucherbegriff 14–15
- Verbraucherinteressen 11, 18, 51–67, 105, 182
- Verbrauchermediation 70, 233–234
- Verbraucherschlichtung 8–9, 22–24, 70, 143, 157–159, 195–233, 252–262, 270–271
- Verbraucherstreitbeilegung *siehe* Schlichtung
- Verbraucherzentrale 8, 178–180, 265–266
- Verbraucherzufriedenheit 3, 61–62, 65–66, 71, 105, 198
- Verfahrensgrundrechte *siehe* Konstitutionelle Rechte
- Verfahrenskennntnis 32–33
- Verfahrenskosten *siehe* Kosten
- Verfahrensmisbrauch 98, 134, 138, 166, 194, 219–221, 270
- Verfahrenswahl 66–67, 98, 104–105, 193–195, 224, 232, 243, 254, 266, 268
- Verfahrensziele 5–6, 51–67
- Verfahrenszieltransparenz *siehe* Zieltransparenz
- Vergleich nach § 779 BGB 28, 52, 73, 82, 202, 211–212, 226, 245
- Vergleichsdruck 36, 118–123, 141, 143, 148, 236–237
- Vergleichsquote 117–118, 148
- Verhandlungsstrategie 34–35, 44, 237
- Verlustangst 37–38
- Veröffentlichung von Verfahrensergebnissen *siehe* Ergebnistransparenz
- Verständlichkeit 92–93, 268
- Amtsgerichte 127–132
- Europäisches Bagatellverfahren 164–165
- Europäisches Mahnverfahren 169
- Konfliktlösung durch Handelsintermediäre 248
- Mahnverfahren 154
- Schiedsverfahren 193
- Verbraucherschlichtung 216–217
- Vertraulichkeit 95, 192, 199, 201, 218, 232, 249
- Vielfachprozessierer 33–35, 47, 114–115, 164
- Vollstreckbarkeit des Verfahrensergebnisses 75–76
- Amtsgerichte 120
- Europäisches Mahnverfahren 169
- Mahnverfahren 151–152
- Schiedsverfahren 191
- Verbraucherschlichtung 202–203
- Vorverfahren 127, 158, 253–254
- Waffengleichheit 3, 27, 86–87, 93, 117, 138, 204
- Wettbewerb der Konfliktlösungsverfahren 17–18, 112, 206, 222, 224, 255
- Wettbewerbszentrale 178–179, 185, 231
- Zieltransparenz 67, 104–105, 268
- Amtsgerichte 148
- Anwaltliche Rechtsdienstleistung 243
- Konfliktlösung durch Handelsintermediäre 249
- Mahnverfahren 156
- Schiedsverfahren 194
- Telefonmediation 237–238
- Verbraucherschlichtung 224–225
- Zugang zum Recht 4–6, 9, 14, 29, 58, 97, 104–105, 137–138, 143, 158, 198–199, 256–262, 270
- Zugang zur Justiz *siehe* Zugang zum Recht
- Zwingendes Recht 52, 73, 192