

EVA KOCHER

Funktionen der Rechtsprechung

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

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

86

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

86

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Eva Kocher

Funktionen der Rechtsprechung

Konfliktlösung im deutschen und
englischen Verbraucherprozessrecht

Mohr Siebeck

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

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

ISBN 978-3-16-149101-6

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

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

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

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

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

Vorwort

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

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

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

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

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

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

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

Die Arbeit widme ich meinem Vater und meiner Mutter.

Hamburg, im März 2007

Eva Kocher

Inhaltsübersicht

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

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abkürzungen

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

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

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

Einführung

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

1. Verbraucherrecht: Eine Herausforderung für den Zivilprozess?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Forschungsstand, Forschungsfragen und Forschungsmethoden

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Rechtsvergleichung als Methode

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. Die funktionale Betrachtungsweise

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

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

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

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

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