

Ökonomische Aspekte der Durchsetzung des Verbraucherschutzes

Im Auftrag des
Bundesministeriums der Justiz
und für Verbraucherschutz (Referat VB1)
erstattetes Gutachten

Professor Dr. iur. Emanuel V. Towfigh
EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden
Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn

unter Mitarbeit von
Ass. iur. Konstantin Chatziathanasiou
Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn

Bonn, den 1. April 2016

Inhalt

I.	Einleitung.....	1
	1. Gutachtenauftrag.....	1
	2. Gang der Darstellung	2
II.	Materielles Verbraucherrecht und unionsrechtlicher Rahmen.....	3
	1. UGP-RL: UWG	3
	2. Klausel-RL: §§ 305 ff. BGB	4
	3. Allgemeine unionsrechtliche Durchsetzungspflichten.....	6
III.	Durchsetzungsinstrumente <i>de lege lata</i>	8
	1. Individualklagen	8
	2. Sammelklagen.....	9
	3. Alternative Streitbeilegung.....	12
	4. Verbandsklagen.....	13
	5. Behördliche Instrumente	19
IV.	Behördliche Durchsetzungsinstrumente <i>de lege ferenda</i>	22
	1. Ermittlungsbefugnisse.....	22
	2. Behördliche zivilrechtliche Unterlassungsklagen	23
	3. Behördliche Unterlassungsverfügungen.....	23
	4. Behördliche Instrumente mit Sanktionscharakter.....	24
V.	Nutzen der Einführung behördlicher Durchsetzungsinstrumente.....	27
	1. Erhöhung des Durchsetzungsniveaus	27
	2. Behebung von Marktversagen.....	30
	3. Langfristigere Koordinierung in Europa	31
	4. Signalwirkung	32

VI.	Kosten der Einführung behördlicher Durchsetzungsinstrumente.....	34
1.	Befolgungskosten bei Unternehmen.....	34
2.	Administrative und justizielle Kosten	35
3.	Autonomie-Kosten („Paternalismus“).....	36
VII.	Relation von Kosten und Nutzen.....	39
VIII.	Perspektiven empirischer Evaluation.....	41
IX.	Thesen.....	43

I. Einleitung

Dieses Gutachten geht der Frage nach, ob sich im Verbraucherschutz die Einführung behördlicher Durchsetzungsinstrumente aus ökonomischer Perspektive empfiehlt. Ausgangspunkt der Betrachtung sind zivilrechtliche Unterlassungsklagen und Unterlassungsverfügungen, wobei auch auf weitergehende Instrumente eingegangen wird.

1. Gutachtenauftrag

Der Gutachtenauftrag ergibt sich aus der Beschreibung des Entscheidungshilfe-Vorhabens (EHV) „Ökonomische Aspekte der Rechtsdurchsetzung“, das dem Auftragnehmer am 25. Januar 2016 mit Schreiben von Frau Dr. Ulich (BMJV, Referat VB 1) übermittelt wurde, und dem Angebot zur Erstellung eines Gutachtens, das der Auftragnehmer am 8. Februar 2016 an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Referat VB 1, übermittelt hat. Nach der Zuschlagserteilung am 19. Februar 2016 wurde der Auftrag in Telefonaten mit Herrn Dr. Radeideh (BMJV, Referat VB 1) und Herrn Professor Dr. Schulte-Nölke (Universität Osnabrück) weiter besprochen und abgestimmt. Mit Schreiben von Herrn Dr. Radeideh vom 15. März 2016 wurden an den Auftragnehmer weitere Details hinsichtlich der Verbraucherrechtstage und den Formalien des Vortrags und des Thesenpapiers übermittelt. Am 18. März 2016 wurde vom Auftragnehmer ein Zwischenbericht an das BMJV übermittelt. Die Anregungen des BMJV zum Zwischenbericht wurden in einem Telefonat des Auftragnehmers mit Frau Smyth (BMJV, Referat VB 1) am 23. März 2016 besprochen und in die weitere Bearbeitung des Gutachtens einbezogen.

Danach soll vom Auftragnehmer ein begründetes Thesenpapier zur möglichen Einführung behördlicher Rechtsdurchsetzungsinstrumente in Deutschland auf der Grundlage einer ökonomischen Analyse ausgewählter Instrumente behördlicher Rechtsdurchsetzung im wirtschaftlichen Verbraucherschutz eingereicht und auf den Verbraucherrechtstagen des BMJV am 14./15. April 2016 in Berlin präsentiert und zur Diskussion gestellt werden. Das The-

senpapier soll in einem ausführlichen Gutachten begründet werden. Bei den Instrumenten, die darin besprochen werden sollen, handelt es sich im Ausgangspunkt um von der Behörde zu erhebende zivilrechtliche Unterlassungsklagen und um behördliche Unterlassungsverfügungen. Darüber hinaus sollen auch weitergehende Instrumente mit Sanktionscharakter berücksichtigt werden. Bei dem Verbraucherschützenden Recht, das damit durchgesetzt werden soll, handelt es sich um die Vorschriften des UWG, die der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG gegen unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) dienen, und den Verbraucherschützenden Vorschriften in §§ 305 ff. BGB, die der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG (Klausel-RL) dienen. Das Gutachten soll die Instrumente in Hinblick auf die Durchsetzung dieser Vorschriften bewerten. Maßgeblich soll dabei eine Analyse nach ökonomischen Kriterien sein. In methodischer Hinsicht war eine Literaturstudie erbeten.

2. Gang der Darstellung

Ausgangspunkt ist eine Skizze des verbraucherrechtlichen Rahmens, der aus materiellen Vorschriften und damit korrespondierenden und allgemeinen europarechtlichen Durchsetzungspflichten besteht (II.). Danach erfolgt eine Bestandsaufnahme von Durchsetzungsinstrumenten *de lege lata* (III.). Als Durchsetzungsinstrumente *de lege ferenda* werden gemäß Gutachtauftrag behördlich zu erhebende zivilrechtliche Unterlassungsklagen und behördliche Unterlassungsverfügungen sowie ausgewählte weitergehende behördliche Sanktionsmechanismen eingeführt (IV.) und diskutiert. In der Diskussion werden aus ökonomischer Perspektive potentieller Nutzen (V.) und gegenüberstehende Kosten (VI.) identifiziert und gegeneinander abgewogen (VII.). Das Gutachten schließt mit perspektivischen Hinweisen (VIII.) und den erbetenen Thesen (IX.).

II. Materielles Verbraucherrecht und unionsrechtlicher Rahmen

Durchsetzungsinstrumente korrespondieren mit materiellem Verbraucherrecht. Die Rechtsquellen materiellen Verbraucherrechts sind vielfältig. Dieses Gutachten folgt der Empfehlung im Entscheidungshilfe-Vorhaben (EHV) und geht von den verbraucherschützenden Vorschriften des UWG, die der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG gegen unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) dienen, und den verbraucherschützenden Vorschriften in §§ 305 ff. BGB, die der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG (Klausel-RL) dienen, aus. Im Folgenden werden diese Rechtsbereiche und die damit korrespondierenden Durchsetzungsinstrumente skizziert, um eine Basis für die weitere Diskussion zu schaffen.

1. UGP-RL: UWG

Die UGP-RL wendet sich gegen irreführende und aggressive Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern („B2C“).¹ Sie betrifft im Bereich der Irreführung etwa Lockangebote² und im Bereich aggressiver Geschäftspraktiken etwa unerwünschte Telefonwerbung³. Sie ist gleichzeitig Mindest- und Maximalstandard und lässt den Mitgliedstaaten keinen Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung („Vollharmonisierung“),⁴ auch die Schaffung eines höheren Verbraucherschutzniveaus ist damit also ausgeschlossen. Die Vorgaben der UGP-RL⁵ wurden in Deutschland im Zuge der UWG-Novelle 2008 umgesetzt. Dabei wurden die Bezugspunkte zur Bestimmung irreführender Handlungen in das

¹ Im Verhältnis „B2B“ gilt die Richtlinie 2006/114/EG vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung.

² Anhang I Nr. 5 UGP-RL.

³ Anhang I Nr. 26 UGP-RL.

⁴ S. nur EuGH EU:C:2010:12 Rn 41, wonach „die Regeln über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern mit der Richtlinie 2005/29 auf Gemeinschaftsebene vollständig harmonisiert wurden. Daher dürfen die Mitgliedstaaten, wie dies in Art. 4 der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen ist, keine strengeren als die in der Richtlinie festgelegten Maßnahmen erlassen, und zwar auch nicht, um ein höheres Verbraucherschutzniveau zu erreichen.“

⁵ Zu weiteren speziellen unionsrechtliche Irreführungsverbote außerhalb der UGP-RL *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm (Hg.), UWG, 34. Auflage 2016, Einleitung Rn 1.26 ff.

UWG aufgenommen. Die Besonderheiten für das nationale Recht hielten sich in Grenzen: Die Irreführung durch Unterlassung ist seitdem explizit aufgeführt, bildet für Deutschland aber nur hinsichtlich der Pflichtinformationen, die für einen Kauf wesentlich sind (Art. 7 IV UGP-RL), ein tatsächliches Novum.⁶ Darüber hinaus hat die UGP-RL den Anwendungsbereich des Irreführungsverbots auf den Zeitraum nach Abschluss des Kaufvertrages erweitert. Nachbesserungen bei der Umsetzung der UGP-RL hinsichtlich des Wortlauts sind kürzlich im zweiten UWG-Änderungsgesetz erfolgt.⁷

Das Verbraucherleitbild des EuGH vom „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“⁸ wird von der UGP-RL ausdrücklich übernommen: In Erwägungsgrund (18) wird der „Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist“ zum Maßstab genommen. Der BGH ist diesem Leitbild bekanntlich schon gefolgt⁹ und das UWG knüpft nunmehr in § 3 IV 1, wo vom „durchschnittlichen Verbraucher“ die Rede ist, an dieses Leitbild an.

Art. 11 Abs. 1 der UGP-RL hält fest, dass geeignete und wirksame Mittel zur Rechtsdurchsetzung von den Mitgliedstaaten bereitzustellen sind. Hinsichtlich der Durchsetzungsdimension ist in § 8 III UWG bestimmt, wer zur Geltendmachung von Verstößen berechtigt ist. Hier wird § 8 III Nr. 3 UWG auf die Verbraucherverbände verwiesen und die Verbindung ins UKlaG hergestellt. Dazu enthält § 10 UWG die Möglichkeit zur Gewinnabschöpfung.

2. Klausel-RL: §§ 305 ff. BGB

Die Richtlinie 93/13/EWG (Klausel-RL) wendet sich zum Schutz der Verbraucher¹⁰ gegen missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Kernstück

⁶ *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm (Hg.), UWG, 34. Auflage 2016, Einleitung Rn 1.26 ff.

⁷ S. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/4535, S.1: „Klarstellungsbedarf gesetzessystematischer Art, um auch bereits im Wortlaut des UWG selbst eine vollständige Rechtsangleichung zu erzielen.“

⁸ EuGH Slg 1998, I-4657 = GRUR Int 1998, 795 – *Gut Springenheide* Rn 37: „durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher“. Kritisch insgesamt zu objektivierten Leitbildern von Normadressaten *Towfigh* Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, Staat 48 (2009), 29–74, 46.

⁹ Nachweise bei *Bornkamm* in: Köhler/Bornkamm (Hg.), UWG, 34. Auflage 2016, Einleitung Rn 1.56.

¹⁰ EuGH EU:C:2013:164 – *Aziz* Rn 44, wonach das mit der Richtlinie geschaffene Schutzsystem auf dem Gedanken beruht, dass der Verbraucher sich gegenüber dem Gewerbetreibenden

sind Inhaltskontrolle und Transparenzgebot. Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 RL 93/13/EWG enthalten den allgemeinen Maßstab der Inhaltskontrolle, der sich in § 307 Abs. 1 und 2 BGB wiederfindet.¹¹ Das Transparenzgebot aus Art. 5 RL 93/13/EWG ist in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB umgesetzt. Anders als die UGP-RL enthält die Klausel-RL jedoch nur Mindeststandards: Gemäß Art. 8 Klausel-RL ist es den Mitgliedstaaten unbenommen, strengere Regelungen zum Schutz der Verbraucher zu treffen. Gleichwohl finden Diskussionen über eine Vollharmonisierung auch in diesem Bereich statt.¹²

Die Klausel-RL betrifft auch die Durchsetzungsdimension. Hierzu zählen die Einschränkung der Rechtswahlfreiheit¹³, aber auch die vorliegend interessierenden Klagebefugnisse für Verbraucherschutzorganisationen. Diese sind im UKlaG umgesetzt. Die Rechtsprechung des EuGH verlangt von den nationalen Gerichten, Klauselprüfungen von Amts wegen vorzunehmen, da sonst die Ziele der Klausel-RL Gefahr laufen, nicht erreicht zu werden.¹⁴ Zum einen könne es aufgrund eines niedrigen Streitwertes dazu kommen, dass der Verbraucher darauf verzichte, sich rechtsanwaltlich vertreten zu lassen.¹⁵ Zum anderen könne es sein, dass der Verbraucher die Unwirksamkeit der Klausel aus Unwissenheit nicht geltend mache.¹⁶ Damit können Amtsermittlungs-

in einer schwächeren Verhandlungsposition befindet und einen geringeren Informationsstand besitzt.“

¹¹ „Graue“ und „schwarze“ Liste in §§ 308 und 309 BGB finden eine „gewisse Entsprechung“ im Anhang der Klausel-RL s. *Basedow* in: *MünchKommBGB*, 7. Auflage 2016, vor § 305, Rn 20.

¹² S. dazu die Hinweise bei *Basedow* in: *MünchKommBGB*, 7. Auflage 2016, vor § 305, Rn 23.

¹³ Zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 2 in Art. 46b EGBGB s. die Erläuterung bei *Basedow* in: *MünchKommBGB*, 7. Auflage 2016, vor § 305, Rn 21.

¹⁴ EuGH EU:C:2000:346 = NJW 2000, 2571-2573 – *Océano Group* Rn 26: „Das Ziel des Art. 6 Richtlinie, nach dem die Mitgliedstaaten vorsehen, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich sind, könnte nicht erreicht werden, wenn die Verbraucher die Missbräuchlichkeit solcher Klauseln selbst geltend machen müssten. In Rechtsstreitigkeiten mit niedrigem Streitwert könnten die Rechtsanwaltsgebühren höher sein als der streitige Betrag, was den Verbraucher davon abhalten könnte, sich gegen die Anwendung einer missbräuchlichen Klausel zu verteidigen. Zwar räumen die Verfahrensordnungen vieler Mitgliedstaaten dem Einzelnen in solchen Rechtsstreitigkeiten das Recht ein, sich selbst zu verteidigen, doch besteht die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass der Verbraucher die Missbräuchlichkeit der ihm entgegengehaltenen Klausel vor allem aus Unkenntnis nicht geltend macht. Infolgedessen kann ein wirksamer Schutz des Verbrauchers nur erreicht werden, wenn dem nationalen Gericht die Möglichkeit eingeräumt wird, eine solche Klausel von Amts wegen zu prüfen.“

¹⁵ EuGH EU:C:2000:346 = NJW 2000, 2571-2573 – *Océano Group* Rn 26.

¹⁶ EuGH EU:C:2000:346 = NJW 2000, 2571-2573 – *Océano Group* Rn 26.

pflichten für die Gerichte einhergehen.¹⁷ Der EuGH argumentiert damit, dass der Verbraucherschutz gerade ein Eingreifen von Dritter Seite erforderlich mache.¹⁸ Damit mutet das Unionsrecht den Gerichten schon jetzt mehr Ermittlung unfairerer Praktiken zu, als der im Zivilprozess grundsätzlich geltende Beibringungsgrundsatz nahelegt.¹⁹ Hierin kann schon eine Entwicklung dahingehend gesehen werden, dass das Unionsrecht bei der Durchsetzung des Verbraucherrechts zunehmend auf Dritte vertraut. Aufgrund dieser Rechtsprechung sind jedenfalls „erhebliche Harmonisierungseffekte im Bereich der mitgliedstaatlichen Verfahrensrechte“ eingetreten.²⁰ Dass es den nationalen Gerichten überlassen bleibt, die materielle Seite der Missbrauchskontrolle auszufüllen, steht zu dieser Entwicklung in einem gewissen Widerspruch.²¹

3. Allgemeine unionsrechtliche Durchsetzungspflichten

Wie schon angedeutet, ist die Durchsetzungsdimension nicht allein Sache des nationalen Gesetzgebers. Art. 11 Abs. 1 der UGP-RL und Art. 7 Abs. 1 der Klausel-RL fordern geeignete und wirksame Mittel der Rechtsdurchsetzung. Zwar gilt in der EU der Grundsatz der nationalen verfahrensrechtlichen Autonomie²², doch wird dieser in der ständigen Rechtsprechung des EuGH beschränkt:

[...] die Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, [dürfen] nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die für entsprechende innerstaatliche Klagen (Grund-

¹⁷ Mit unklarer Reichweite EuGH EU:C:2010:659 – *VB Pénzügyi Lizing Zrt*. Rn 56: „[...] das nationale Gericht [ist verpflichtet], von Amts wegen Untersuchungsmaßnahmen durchzuführen, um festzustellen, ob eine Klausel über einen ausschließlichen Gerichtsstand in einem Vertrag, der Gegenstand des bei ihm anhängigen Rechtsstreits ist und zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher geschlossen wurde, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, und, falls dies zu bejahen ist, von Amts wegen zu beurteilen, ob eine solche Klausel möglicherweise missbräuchlich ist.“

¹⁸ EuGH EU:C:2000:346 = NJW 2000, 2571-2573 – *Océano Group* Rn 27 mit Verweis auf Art. 7 Abs. 1 und 2 der Klausel-RL.

¹⁹ Dazu *Saare/Sein* Amtsermittlungspflicht der nationalen Gerichte bei der Kontrolle von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, euvr 2013, 15-28.

²⁰ *Basedow* in: MünchKommBGB, 7. Auflage 2016, vor § 305, Rn 42; in diese Richtung auch *Leistner* Die „Trojanischen Pferde der Kommission“, in: FS Schricker, 2005, 87-104.

²¹ *Basedow* in: MünchKommBGB, 7. Auflage 2016, vor § 305, Rn 47.

²² Dazu *Galetta* Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? (Springer 2010).

satz der Äquivalenz) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität).²³

Allgemeiner gebietet der Grundsatz zur „loyalen Zusammenarbeit“ aus Art. 4 Abs. 3 EUV,²⁴ dass das Verbraucherrecht als sekundäres Unionsrecht (effektiv) durchgesetzt wird. Außerdem stellen Art. 47 der Grundrechtcharta der europäischen Union (GRCh) und das (allgemeine) europarechtliche Gebot des effektiven Rechtsschutzes Anforderungen an die Rechtsbehelfe, die den Verbrauchern zur Durchsetzung ihrer Rechte zur Verfügung stehen müssen.²⁵

²³ EuGH EU:C:2010:146 = EuZW 2010, 550-554 – *Alassini* Rn 48 mit weiteren Nachweisen.

²⁴ Hierzu etwa von *Bogdandy/Schill* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL August 2015, Art. 4 EUV, Rn 50ff.

²⁵ S. *Mak* Rights and Remedies: Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters, in: Micklitz (Hg.), Constitutionalization of European Private Law (Oxford Univ. Press 2014), 236-258; *Reich* Der Effektivitätsgrundsatz im individuellen und kollektiven Rechtsschutz im EU-Verbraucherrecht, euvr 2014, 63-80; zum Verhältnis des Gebots des effektiven Rechtsschutzes zum vorgenannten Grundsatz der Effektivität *Prechal/Widdershoven* Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection, REALaw 4 (2011), 31-50.

III. Durchsetzungsinstrumente *de lege lata*

De lege lata werden Verbraucherrechte in Deutschland auf unterschiedliche Arten durchgesetzt. Zu den verfügbaren Instrumenten gehören Individualklagen (1.), Sammelklagen (2.), alternative Streitbeilegungsmechanismen (3.) und Verbandsklagen (4.). Schon jetzt bestehen aber auch schon behördliche Instrumente (5.). In der folgenden Bestandsaufnahme sollen in Hinblick auf mögliche Reformen die Potentiale und insbesondere die Grenzen bestehender Instrumente erörtert werden.

1. Individualklagen

Auf individueller Ebene können Verbraucher sich auf die Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln berufen und etwa auf Schadensersatz klagen. Ein so erstrittenes Urteil hat aber stets nur Wirkung *inter partes*.²⁶ Das noch tiefgreifendere Problem ist aber, dass der individuelle Anreiz zur Klageerhebung oftmals zu gering ist, um eine flächendeckende, dezentrale Durchsetzung von Klauselverboten zu gewährleisten. Setzt ein Unternehmen eine missbräuchliche Klausel ein, kann dies beim Verbraucher einen Vermögensschaden zur Folge haben. Dieser Schaden wird jedoch oftmals sehr gering sein. Tritt der geringe Schaden bei vielen einzelnen Verbrauchern auf, spricht man von „Streuschäden“: Der Verbraucher wird in einem solchen Fall aber typischerweise gerade keine Klage anstrengen. Dies liegt nicht etwa an einer wie auch immer gearteten Trägheit, sondern lässt sich verhaltenswissenschaftlich rational begründen: Der potentielle Schadensersatz, den der Verbraucher durch die Klageerhebung erreichen könnte, steht nämlich aus Sicht des Verbrauchers in keinem Verhältnis zu den (etwa finanziellen und zeitlichen) Kosten und Risiken der Prozessführung. Es liegt ein Fall sogenannter „rationaler Apathie“ vor.²⁷ Hierdurch entsteht in einem Rechtsdurchsetzungssystem, das

²⁶ Micklitz in: MünchKommZPO, 4. Auflage 2013, vor §§ 1 ff. UKlaG, Rn 2: „verkürzte[s] Schlagwort von der fehlenden positiven ‚Breitenwirkung‘ individueller gerichtlicher Kontrollentscheidungen“.

²⁷ Statt vieler Weber Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323-331, 325: „Insbesondere im Falle von Streuschäden ist es offensichtlich, dass der Schaden, den der Einzelne erleidet, oftmals zu gering sein wird, um seine

auf Dezentralität setzt, ein Defizit. Denn wenn ein Unternehmen in der Regel keine Klage zu befürchten hat, hat es auch keinen Anreiz, Verbraucherrecht unterhalb einer gewissen Erheblichkeitsschwelle zu beachten. Dieses Durchsetzungsdefizit kann ausgenutzt werden. Da Unternehmen im Wettbewerb zueinander stehen, besteht sogar ein Druck dies zu tun:²⁸ Schließlich lässt sich nur so verhindern, dass dem Konkurrenten ein Wettbewerbsvorteil entsteht.

Das Instrument der individuellen Mobilisierung²⁹ ist im Verbraucherschutz also nicht geeignet, Breitenwirkung zu entfalten. Unternehmen werden sogar dazu angehalten, dieses Rechtsdurchsetzungsdefizit auszunutzen. Damit aber entsteht für die Verbraucher insgesamt ein Schaden, der in seiner Gesamtheit erheblich sein kann.

2. Sammelklagen

Im Fall von Streuschäden, also Schäden, die bei einer Vielzahl von Betroffenen, aber nur in geringen Höhen auftreten, müssen Unternehmen also in der Regel keine Klagen von individuell Betroffenen fürchten, für die eine Klageerhebung aufgrund des Prozessrisikos und des geringen Schadensersatzes entscheidungstheoretisch nicht rational ist. Dies ändert sich, wenn Kläger ihre Interessen bündeln und gemeinsam vorgehen können, etwa in Sammelklagen, wie sie im US-amerikanischen Recht vorgesehen sind („class actions“).

Bereitschaft zur Anstrengung einer Klage zu stimulieren. Das ist ein typischer Fall von rationaler Apathie – die erwarteten Kosten eines Verfahrens überwiegen für den Einzelnen verglichen mit dem Nutzen.“; siehe auch *Keßler* Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?, ZRP 2016, 2-4, 3. Vgl. ferner allgemein zu diesem Phänomen jenseits des Verbraucherschutzrechts *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, S. 137 f.

²⁸ Vgl. *Bar-Gill* Seduction by Contracts: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets (Oxford Univ. Press 2012), S. 2: „competition forces sellers to exploit the biases and misperceptions of their customers.“ Dieses Phänomen wird in der allgemeinen verhaltensökonomischen Literatur als „rent-seeking“ bezeichnet: Auf oligopolartig strukturierten Massenmärkten haben Anbieter einen erheblichen Anreiz, die rationale Apathie (oder die rationale Ignoranz) einer Vielzahl von Marktteilnehmern auf der Nachfrageseite auszunutzen, da sich der kleine individuelle Schaden auf Seiten der Nachfrager zu einem großen individuellen Nutzen auf Seiten der Anbieter kumuliert; vgl. *Towfigh/Petersen* Ökonomische Methoden im Recht, S. 147 f.

²⁹ Allgemein zum Verhältnis von Unionsrecht und individueller Mobilisierung etwa *Calliess* Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz, NJW 2002, 3577-3582, 3578.

Allerdings muss ein potentes Sammelklagen-Regime wiederum wichtige Hürden überwinden: Um gemeinsam vorzugehen, müssen einzelne Kläger sich dazu erst auf eine Vorgehensweise koordinieren, was mit weiteren Schwierigkeiten verbunden ist („collective action“-Probleme). Wenn das Vorgehen eines Klägers auch für andere potentielle Kläger einen Vorteil hat, haben alle potenziellen Kläger einen Anreiz, das Vorgehen eines anderen abzuwarten („free-riding“ oder Trittbrettfahrer-Verhalten) – so dass am Ende wiederum niemand klagt.³⁰ Sammelklagen können bei entsprechender Ausgestaltung jedoch grundsätzlich ein probates Instrument der Koordinierung darstellen. Streuschäden können damit prinzipiell effektiver und effizienter geltend gemacht werden als auf dem Weg des Individualrechtsschutzes. Damit verändern sich auch die Anreize für die Unternehmen, die Rechtsvorschriften zu beachten. Eine prägnante Beschreibung dieser Wirkungen bietet *Bone*:

The central idea is that small stakes disable private enforcement through individual lawsuits, and geographical dispersion coupled with free riding incentives makes voluntary organization and collective action virtually impossible. As a result, there would be no lawsuits if victims were limited to individual suits or voluntary joinder. The class action overcomes the collective action barriers and enables private lawsuits that internalize the costs of legal violations. The result is enhanced deterrence.³¹

Auf Unionsebene wird „Collective Redress“ als Durchsetzungsinstrument diskutiert.³² Die Lösungen in den einzelnen Mitgliedstaaten sind aber sehr unterschiedlich. Kritisch zu dieser Divergenz äußert sich etwa *Stadler*:

³⁰ Hierzu mit weiteren Nachweisen *Weber* Consumer Law Enforcement – A Law and Economics Appraisal of the German Case, Working paper 2015, (abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2607448 [zuletzt abgerufen am 24.3.2016]), S. 5: „Another distortion concerns ‘free-riding’ problems. This problem can occur in certain situations, in which many victims suffer from a law infringement but all gain as soon as one of them complains, if it is efficient for everybody to wait for someone else to do so and then profit from the result [...]. This would, for example, concern situations, in which one judgment has some declaratory meaning for other cases similar in kind. The problem is remedy-dependent.“

³¹ *Bone* Class Actions, in: Sanchirico (Hg.), Procedural Law and Economics (Edward Elgar 2012), 67-84, 71.

³² S. nur das Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, KOM (2008), 794 endg., und die Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013 „Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten“, 2013/396/EU, ABl. L 201, 60, vom 26.7.2013.

For far too long, the Commission allowed the Member States to proceed with their own policies of collective redress, which has resulted in a rich variety of different instruments and, lately, in a strong competition between London and Den Haag to attract big international cases to their court systems. The positive impact of this development is that there is more and more practical experience with the different procedural tools. However, once some principles such as the Dutch opt-out mechanism for settlements or schemes of arrangement have turned out to be quite successful in practice, they will be copied elsewhere and it is not very realistic that the European legislature can persuade the Member States to uniformly adopt the (opposite) opt-in mechanism – definitely not with a non-binding recommendation. The same applies to contingency fee arrangements, exceptions to the loser-pays principle and to third-party funding; once the Pandora’s box has been opened, it is too late to recapture what has been released.³³

Eine gemeinsame europäische Lösung wird also vor diesem Hintergrund erschwert. Gleichzeitig hat der „Wettbewerb der Rechtssysteme“ Erfahrungen und Lösungen generiert, die nun fruchtbar gemacht werden können.

Dies gilt gerade auch für Deutschland, wo Sammelklagen nur äußerst zurückhaltend eingeführt worden sind (s. das KapMuG).³⁴ Ihre Einführung betrifft nicht die Fälle von Streuschäden, die von der vorgezeichneten Problematik betroffen sind, sondern vielmehr sogenannte Massenschäden. Hier ist das Problem gerade nicht, dass zu wenig Klagen geltend gemacht werden, sondern dass zu viele Kläger ein prozessökonomisches Vorgehen der Gerichte unmöglich machen.³⁵ Dementsprechend war die Einführung des KapMuG eine Reaktion auf eine mögliche Überlastung der Gerichte.³⁶ Damit sind sie in dieser Form als Instrumente des Verbraucherschutzes, die auf eine höhere Durchsetzung abzielen, nicht geeignet. Allerdings wird zurzeit diskutiert, eine Musterfeststellungsklage nach dem Vorbild des KapMuG einzuführen.³⁷

³³ *Stadler* European Developments in Collective Redress, euvr 2014, 80-89, 89 (Wiedergabe ohne Nachweise).

³⁴ *Carballo Piñeiro* Collective Redress in the Proposal for a Brussels I bis Regulation: A Coherent Approach?, euvr 2012, 81-94 (84).

³⁵ *Wagner* Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options, Law Quarterly Review 127 (2011), 55-82, 64: “The problems with mass torts have nothing to do with the problems with which scattered loss is fraught; they are in fact opposites of one another.”

³⁶ Dazu *Wagner* Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options, Law Quarterly Review 127 (2011), 55-82, 65; *Wagner* Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. A 120 ff.

³⁷ Zu jüngeren Entwicklungen *Keßler* Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?, ZRP 2016, 2-4, 2: „Dabei solle dem bereits aus dem Kapitalanleger-

3. Alternative Streitbeilegung

Seit dem 1. April 2016 ist das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz in Kraft.³⁸ Es setzt die ADR-Richtlinie (RL 2013/11/EU vom 21.5.2013) um. Schlichtungsmechanismen schaffen neue Möglichkeiten, um in individuellen Fällen für Lösungen zwischen Verbrauchern und Unternehmen zu sorgen. Soweit sie für den Verbraucher mit geringen Kosten verbunden sind, können sie „rationale Apathie“ reduzieren. Eine breitenwirksame Abschreckung ist davon aber nicht zu erwarten. In einem Mediationsverfahren geht es schließlich um einen Kompromiss. In Hinblick auf Streuschäden sind Schlichtungsverfahren daher nicht geeignet, ein Durchsetzungsdefizit zu beheben.³⁹ Die Einführung der außergerichtlichen Streitbeilegung in Verbraucherangelegen wird folglich skeptisch beurteilt.⁴⁰ Prägnant ist die jüngst von *M. Engel* vorgebrachte Kritik:

Ganz offenbar nimmt der Gesetzgeber hier eine Art Nettobetrachtung vor: Wenn Verbraucher an der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung ohnehin rational desinteressiert seien, so sei ihnen mit einer vergleichsweise einfachen Beschwerdemöglichkeit noch am meisten gedient, selbst wenn man es dort mit dem Recht nicht so genau nehme. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber schafft mehr Zugang zu weniger Recht. Das ist eine fundamentale Änderung der heutigen Streitkultur in Verbrauchersachen.⁴¹

Alternative Streitbeilegungsmechanismen knüpfen also an das Problem rationaler Apathie an, sie sind jedoch nicht geeignet, strukturelle Defizite in der

Musterverfahrensgesetz bekannten Konzept einer – allerdings modifizierten – Musterfeststellungsklage zur Klärung der für den jeweiligen Schadensfall maßgeblichen Tatsachen- und Rechtsfragen der Vorzug gegeben werden. Soweit sich die Geschädigten kostenfrei und mit verjährungshemmender Wirkung in ein dafür eröffnetes Klageregister eintragen lassen, seien diese auf Grundlage der verbindlichen Feststellungen des Musterverfahrens im Anschluss in der Lage, ihre Ansprüche im Wege der Individualklage geltend zu machen.“

³⁸ BGBl. I 2016, 254; hierzu jüngst *Gössl* Das Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen – Chancen und Risiken, NJW 2016, 838-842.

³⁹ S. die Kritik bei *Wagner* Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options, Law Quarterly Review, 127 (2011), 55-82, 82: “law enforcement allows no compromise, whereas the achievement of such compromise is the ultimate goal of ADR.”

⁴⁰ Etwa *Davies* How well placed is the optimism surrounding the new ADR/ODR proposals?, euvr 2012, 63-65 (64): „The new proposals suggest the provision of a generic solution to reduce consumer detriment in a somewhat idealised and sanitised model of the consumer redress environment. Existing ADR schemes are so diverse, entrenched and potentially incomplete as to dilute any potential for conformity in the implementation of any residual scheme, or alternative, at Member state level and consumer behaviour indicates that the rhetorical optimism accompanying the proposals is overstated.“

⁴¹ *M. Engel* Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Mehr Zugang zu weniger Recht, NJW 2015, 1633-1637, 1636.

Rechtsdurchsetzung zu beheben. Eine Abschreckungswirkung ist hiervon nämlich nicht zu erwarten. Gleichwohl bieten sie im Verbund verschiedener Durchsetzungsinstrumente eine Möglichkeit zur Lösung individueller Probleme.

4. Verbandsklagen

Auf die Probleme, die mit der individuellen Geltendmachung verbunden sind, reagiert das Instrument der Verbandsklage in §§ 1 ff. UKlaG und § 8 UWG. Damit wird für Verbände die Möglichkeit geschaffen, *präventiv* gegen die Verwender missbräuchlicher Klauseln tätig zu werden⁴² und – regelmäßig nach einer Abmahnung – Unterlassungsklage zu erheben.⁴³ Das zugrundeliegende Konzept des UKlaG „orientiert sich an der Verbands-Unterlassungsklage nach § 8 UWG“.⁴⁴ Im Gegensatz zu anderen Mitgliedstaaten wurde in Deutschland auf die Einführung einer behördlichen Kompetenz bei Erlass des UKlaG aber verzichtet. *Kötz* fasst die Gründe für diesen Verzicht zusammen:

The legislature rejected these proposals mainly on two grounds. One was a lack of enthusiasm for the idea of creating a new class of consumer-protection bureaucrats. The other was the fact that in 1965 a locus standi to seek injunctions restraining unfair business practices had been granted to consumers' associations. This experiment had been fairly successful, perhaps not so much because of a very large number of successful actions as because consumers' associations were enabled, like the Swedish Consumer Ombudsman, to wield the 'big stick' of a possible court action and were therefore in a much better position to obtain 'voluntary' compliance from potential defendants. This system was extended to the control of unfair contract terms.⁴⁵

Insbesondere *Micklitz* stellt aber infrage, ob weiterhin von einer Erfolgsgeschichte gesprochen werden kann. Aufgrund der Anforderungen an „qualifizierte Einrichtungen“ in § 4 Abs. 2 UKlaG wird die Klagebefugnis für die Ver-

⁴² § 1 UKlaG: „Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden.“

⁴³ *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, *VuR* 2013, 323-331, 324.

⁴⁴ *Micklitz* in: *MünchKommZPO*, 4. Auflage 2013, vor §§ 1 ff. UKlaG, Rn 17.

⁴⁵ Zur Debatte damals *Kötz* Controlling Unfair Contract Terms: Options for Legislative Reform, *South African Law Journal* 103 (1986), 405-420, 418.

braucherverbände von *Micklitz* als „eng“ eingeordnet.⁴⁶ Er kritisiert die mangelnde verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Verbandsklage und beurteilt das Kontrollverfahren für missbräuchliche Klauseln insgesamt als unzureichend.⁴⁷ Die Aktivität und die Möglichkeiten der Verbraucherzentralen und -verbände im Bereich der Verbandsklage seien zumindest ausbaufähig. Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) in Berlin konzentrierte die Kontrollaktivität bei sich, im Übrigen sei die Aktivität nicht hoch. Vor allem fehle es an einer effektiven Kontrolle, ob Unterlassungsverpflichtungen befolgt werden.⁴⁸ Hier stellt sich die Frage nach der Ausstattung der Verbraucherverbände. Verwandt ist die Problematik des Prozesskostenrisikos, das von den Verbraucherverbänden zu tragen ist.⁴⁹ Letzteres ist insbesondere dann problematisch, wenn betrügerische Gesellschaften Insolvenz anmelden und wieder vom Markt verschwinden.

Entsprechend des ökonomischen Zugriffs⁵⁰ dieses Gutachtens auf das Thema der Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts soll hier der Aspekt der fehlenden Abschreckung⁵¹ von Unterlassungsklagen hervorgehoben werden. Es ist nämlich in der Tat äußerst fraglich, inwiefern eine Unterlassungspflicht

⁴⁶ *Micklitz* in: MünchKommZPO, 4. Auflage 2013, vor §§ 1 ff. UKlaG, Rn 18.

⁴⁷ *Micklitz* in: MünchKommZPO, 4. Auflage 2013, vor §§ 1 ff. UKlaG, Rn 21 ff.

⁴⁸ *Micklitz* in: MünchKommZPO, 4. Auflage 2013, vor §§ 1 ff. UKlaG, Rn 37; kritisch sei auch, dass es an einer Möglichkeit fehlt, mit Branchenverbänden über AGB zu verhandeln, s. Rn 49.

⁴⁹ *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323-331, 329: „Das Kostenrisiko für Verbraucherverbände im Rahmen dieser Art Klagen scheint hoch zu sein.“

⁵⁰ Grundlegend sind hier die Arbeiten von *Gary S. Becker*; anschaulich *Becker* Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior, *Journal of Public Economics* 101 (1993), 385-409, 389 f.: „I began to think about crime in the 1960s after driving to Columbia University for an oral examination of a student in economic theory. I was late and had to decide quickly whether to put the car in a parking lot or risk getting a ticket for parking illegally on the street. I calculated the likelihood of getting a ticket, the size of the penalty, and the cost of putting the car in a lot. I decided it paid to take the risk and park on the street. (I did not get a ticket.) As I walked the few blocks to the examination room, it occurred to me that the city authorities had probably gone through a similar analysis. The frequency of their inspection of parked vehicles and the size of the penalty imposed on violators should depend on their estimates of the type of calculations potential violators like me would make. Of course, the first question I put to the hapless student was to work out the optimal behavior of both the offenders and the police, something I had not yet done.“

⁵¹ So zur rechtsökonomischen Perspektive auch *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323-331, 325: „Der Blickwinkel liegt dabei im Kern auf der ex ante Abschreckung von potentiellen Rechtsbrechern.“; einführend *Petersen/Towfigh* in: *Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht*, S. 15.

geeignet ist, an der beschriebenen Anreizproblematik etwas zu ändern. Der Verwender missbräuchlicher Klauseln wird im Falle einer Unterlassungsklage dieser Folge leisten, und zwar ohne dass ein darüber hinaus gehender Schaden für ihn eintritt – aus entscheidungstheoretischer Perspektive ist eine von Unterlassungsklagen ausgehende Abschreckungswirkung damit unwahrscheinlich. Dies betont auch *Wagner*:

Negatorische Rechtsbehelfe vermögen das als rechtswidrig unterstellte Verhalten lediglich *pro futuro* abzustellen. Eine auf den Zeitpunkt *ex ante* zurück wirkende Steuerungswirkung kommt ihnen nur dann zu, wenn der Adressat vor irreversiblen Investitionsentscheidungen steht (vgl. § 14 BImSchG). Kann das benachteiligende Verhalten hingegen jederzeit ohne Verlust eingestellt werden, geht dem Unterlassungsanspruch jedwede Präventionswirkung ab.⁵²

Eine irreversible Entscheidung liegt im Falle von Klausel oder aggressiven Geschäftspraktiken aber gerade nicht vor: Es handelt sich vielmehr um Verhaltensweisen, die leicht abgestellt werden können. Sofern die „Erträge“ vergangenen Fehlverhaltens nicht verloren gehen, besteht daher weiterhin ein Anreiz, verbraucherschädigende Klauseln jedenfalls bis zu einer Unterlassungsverpflichtung auszunutzen. Anders verhält es sich mit der Abschreckungswirkung freilich im Falle einer Schadensersatzpflicht.⁵³ Nach alledem werden mit der Eröffnung der Klagemöglichkeit für Verbände⁵⁴ nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG und § 8 III UWG zwar Probleme individueller Rechtsdurchsetzung adressiert; das Problem mangelnder Abschreckungswirkung wird damit aber nicht behoben. Auch die Möglichkeit für einzelne Verbraucher, sich in einem anschließenden Schadensersatzprozess nach § 11 UKlaG auf das Unterlassungsurteil zu berufen, entfaltet diesbezüglich keine besondere Relevanz.⁵⁵

⁵² *Wagner* Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. A 110.

⁵³ *Micklitz* in: MünchKommZPO, 4. Auflage 2013, § 1 UKlaG, Rn 4: „Rechtspolitisch könnte eine solche Schadensersatzpflicht wegen ihrer erheblichen präventiven Wirkung jedoch von Interesse sein.“; s. auch *Wagner* Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, 2006, S. 110, in Zusammenhang mit Streuschäden.

⁵⁴ Zu den Anforderungen an die Verbände etwa *Köhler/Feddersen* in: Köhler/Bornkamm (Hg.), UWG, 34. Auflage 2016, § 8 Rn 3.53 ff.

⁵⁵ *Weber* Consumer Law Enforcement – A Law and Economics Appraisal of the German Case, Working paper 2015, S. 11: „An individual consumer can institute a follow-on claim based on an action for injunctive relief (§ 11 UKlaG). This way the consumer can profit from an action

An der fehlenden Abschreckungswirkung ändert auch die Möglichkeit zur Gewinnabschöpfung in § 10 UWG nichts. Denn aufgrund ihres (vermeintlich) pönalen Charakters⁵⁶ ist diese auf vorsätzliche Handlungen beschränkt. Schon dies mindert ihre Eignung als Instrument der Abschreckung erheblich.⁵⁷ Über eine verschuldensunabhängige Ausgestaltung oder eine Beweislastumkehr wird daher in der Literatur nachgedacht.⁵⁸ Über das Vorsatzerfordernis hinaus ist ein Hemmnis, dass die Verbraucherverbände zwar das Prozessrisiko zu tragen haben, der abgeschöpfte Erlös aber an den Bundeshaushalt abzuführen ist.⁵⁹ Es wäre vorzuzugswürdig, die abgeschöpften Erlöse bei den Verbänden zu belassen oder an einen Prozesskostenfonds zur Finanzierung von Kollektivklagen durch Verbraucherverbände abzuführen.⁶⁰ § 10 UWG wird von Verbraucherschützern daher zu Recht als zahnlos angesehen.⁶¹

Entgegen einer verbreiteten Ansicht⁶² ist darüber hinaus jedenfalls aus verhaltensökonomischer Sicht äußerst zweifelhaft, ob ein solches Instrument

for injunctive relief, for instance instituted by a trader. In practice § 11 UKlaG is hardly relevant“.

⁵⁶ Mit Hinweisen auf anderslautende Meinungen *Köhler* in: Köhler/Bornkamm (Hg.), UWG, 34. Auflage 2016, § 10 Rn 3: „keine verkappte Strafvorschrift“.

⁵⁷ *Wagner* Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options, *Law Quarterly Review* 127 (2011), 55-82, 76; *Wagner* Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. A 112 f.

⁵⁸ S. etwa *Keßler* Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?, *ZRP* 2016, 2-4, 3.

⁵⁹ *Keßler* Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?, *ZRP* 2016, 2-4, 3: „[...] gegenwärtige Regelung für die meisten Verbraucherverbände [...] bestandsgefährdend, so dass aus einsichtigen Gründen nur ein begrenztes Interesse an Abschöpfungsklagen besteht“.

⁶⁰ *Keßler* Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?, *ZRP* 2016, 2-4, 3.

⁶¹ S. nur *Hörmann* Massenschäden in der Praxis – aus Sicht der Verbraucherzentralen, *VuR* 2016, 81-82; s. auch *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, *VuR* 2013, 323-331, 324, mit weiteren Nachweisen.

⁶² *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, *VuR* 2013, 323-331, 329 f.: „Aus Sicht der Abschreckung funktionieren alternative Rechtsmittel wie Gewinnabschöpfung gleichermaßen, um das Verhalten potentieller Schädiger zu beeinflussen.“; s. auch die Begründung des Regierungsentwurfes UWG 2004 zu § 10 Abs. 1, BT-Drs. 15/1487, S. 24: „Im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch dient der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht dem individuellen Schadensausgleich. Der Abnehmer, der durch das wettbewerbswidrige Verhalten Nachteile erlitten hat, erhält den Anspruch gerade nicht. Vielmehr sollen die Fälle erfasst werden, in denen die Geschädigten den Anspruch nicht geltend machen. Der Anspruch dient demnach weniger dem Interessenausgleich sondern vielmehr einer wirksamen Abschreckung. Um mit Blick auf das erwähnte Prozessrisiko unan-

überhaupt zur Abschreckung geeignet ist. Im Falle der Abschöpfung eines mittels einer rechtswidrigen Tätigkeit erzielten Gewinnes hat das betroffene Unternehmen schließlich lediglich zu befürchten, um die „Früchte“ des Rechtsverstoßes gebracht zu werden. Ob eine verbotene Handlung tatsächlich unterlassen wird, hängt nach theoretischen und empirischen Einsichten der Verhaltensökonomie maßgeblich von der Schwere der Sanktion und der Wahrscheinlichkeit ab, dass sie verhängt wird. Ist die Sanktion auf die Höhe des möglichen Gewinns aus dem Verstoß beschränkt, genügt schon eine minimale Wahrscheinlichkeit, dass die Strafe *nicht* verhängt wird, um den Anreiz zur Begehung des Verstoßes aufrecht zu erhalten; bei rein monetärer Betrachtung selbst ist der Akteur im „besten“ Fall, wenn die Verhängung der Sanktion sicher ist, hinsichtlich des Rechtsverstoßes nur indifferent. Dies bedeutet nicht, dass überhaupt keine abschreckende Wirkung denkbar wäre. Denn außer den Früchten des Rechtsverstoßes verliert das Unternehmen womöglich an Reputation oder büßt eine Investition ein, die sich an anderer Stelle in nicht abschöpfbarem Gewinn hätte umsetzen lassen. Einen darüber hinausgehenden Preis hätte es aber nicht zu zahlen. Anders verhält es sich nur, wenn der abzuschöpfende Gewinn „großzügig“, also mit Blick auf den Sanktionscharakter der Gewinnabschöpfung berechnet wird.⁶³

Ein weiteres wichtiges Problemfeld liegt in der Durchsetzung von erstrittenen Unterlassungstiteln. Vom Erstreiten des Titels bis Durchsetzung vergehen unter Umständen erhebliche Zeiträume. *Micklitz* kritisiert daher die mangelnde und auch erhebliche Ressourcen bindende Überwachung der Durchsetzung – eine Einschätzung, die auch von anderen Autoren geteilt wird.⁶⁴

gemessene Belastungen für die Wirtschaft zu vermeiden, erscheint es gerechtfertigt, dass in den Fällen der fahrlässigen Zuwiderhandlung der Abschreckungsgedanke zurücktritt.“; *Köhler* in: Köhler/Bornkamm (Hg.), UWG, 34. Auflage 2016, § 10 Rn 3: „Muss ein Unternehmer damit rechnen, dass er den rechtswidrig erzielten Gewinn nicht behalten darf, wird ihn dies eher von derartigen Wettbewerbsverstößen abschrecken.“

⁶³ In diese Richtung *Wagner* Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. A 87 f.

⁶⁴ Mit relevanten Feststellungen, aus der Perspektive des Datenschutzrechts *Ritter/Schwichtenberg* Die Reform des UKlaG zur Eliminierung des datenschutzrechtlichen Vollzugsdefizits – neuer Weg, neue Chancen? VuR 2016, 95-102, 99 ff.

Eine Möglichkeit zur Verbandsklage wurde nun auch im Datenschutzrecht eingeführt.⁶⁵ Dort oblag die Kontrolle der Datenschutzvorschriften bislang staatlichen Aufsichtsbehörden. Zwar vermittelt das BDSG auch dem Einzelnen Ansprüche, etwa auf Berichtigung, Löschung und sogar Schadensersatz. Diese werden aber – aus ganz ähnlichen Gründen wie in den hier diskutierten Fällen – von den Betroffenen nicht hinreichend geltend gemacht.⁶⁶ Da hier die behördliche Rechtsdurchsetzung „gemeinhin als wenig effektiv eingeschätzt“ wird, soll durch Verbraucherverbände Abhilfe geschaffen werden.⁶⁷ Es lässt sich also eine allgemeine Entwicklung hin zu „gemischten“ Durchsetzungssystemen beobachten.

Verbandsklagen bilden auch den Anknüpfungspunkt für die Europäische Kommission, um koordinierend in der EU gegen besonders starke Unternehmen tätig zu werden. Aufsehenerregender Beispielsfall war hier das koordinierte Vorgehen gegen Apple.⁶⁸ Es ist zu erwarten, dass eine europäische Reform der Verbraucherrechtsdurchsetzung die koordinierende Rolle der Kommission weiter stärkt. Denn die Koordinierung der Marktüberwachungs- und Durchsetzungstätigkeit wird von der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 (Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz) schon in den Blick genommen.⁶⁹ Auch vor diesem Hintergrund ist die Stärkung behördliche Kompetenzen zur stärkeren Koordinierung und Harmonisierung des Vorgehens naheliegend.

⁶⁵ Vgl. etwa das kritische Fazit mit Blick auf den Datenschutz bei *Ritter/Schwichtenberg* Die Reform des UKlaG zur Eliminierung des datenschutzrechtlichen Vollzugsdefizits – neuer Weg, neue Chancen? *VuR* 2016, 95-102, 102: „Eine effektive Rechtsdurchsetzung wird aller Voraussicht nach an den begrenzten Ressourcen der Verbraucherverbände, dem unkoordinierten Nebeneinander von Datenschutzbehörden und Verbraucherverbänden, dem langwierigen Vollstreckungsverfahren und der inkonsequenten Ausgestaltung der Befugnisse scheitern – das allgemein beklagte Vollzugsdefizit im Datenschutzrecht, es wird wohl auch in naher Zukunft bestehen bleiben.“

⁶⁶ Dazu *Ritter/Schwichtenberg* Die Reform des UKlaG zur Eliminierung des datenschutzrechtlichen Vollzugsdefizits – neuer Weg, neue Chancen? *VuR* 2016, 95-102, 96.

⁶⁷ Dazu *Ritter/Schwichtenberg* Die Reform des UKlaG zur Eliminierung des datenschutzrechtlichen Vollzugsdefizits – neuer Weg, neue Chancen? *VuR* 2016, 95-102, 97.

⁶⁸ Zur Rolle der Kommission bei der Koordinierung des Vorgehens von Verbraucherschutzorganisation beispielhaft *Namyslowska* Der Biss in den (sauren) Apfel oder die europäische Durchsetzung von Verbraucherrechten auf dem Prüfstand, *VuR* 2015, 403-407.

⁶⁹ S. etwa Art. 9 und 16 VO (EG) Nr. 2006/2004.

5. Behördliche Instrumente

Das EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz (VSchDG), das zur Durchsetzung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 erlassen wurde, hat bisher wenig praktische Bedeutung erlangt.⁷⁰ Das Gesetz wird als Startschuss⁷¹ zur „Verstaatlichung der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung bei Verbraucherrechtsstreitigkeiten“⁷² verstanden. Die Zuständigkeit für die Durchführung liegt nunmehr gemäß § 2 Nr. 1 VSchDG im Wesentlichen beim BMJV. Das BMJV bildet gemäß § 3 Abs. 1 VSchDG die Zentrale Verbindungsstelle im Sinne von Art. 3 lit. d Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und ist damit mit der Koordinierung der Anwendung der Verordnung betraut. § 7 VSchDG ermöglicht dem BMJV die Beauftragung Dritter. Das BMJV hat eine Rahmenvereinbarung gemäß § 7 Abs. 3 VSchDG mit dem Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) und dem Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. (Wettbewerbszentrale) geschlossen.⁷³ Diese wurden als Dritte gemäß § 7 Abs. 1 VSchDG damit beauftragt, nach §§ 4a UKlaG, 8 Abs. 5 S. 2 2. Hs. UWG auf das Abstellen der Verstöße hinzuwirken. Beim BMJV verbleibt aber Möglichkeit nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 VSchDG, den verantwortlichen Verkäufer oder Dienstleister im Sinne des Artikels 3 lit. d Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 zu „verpflichten, einen festgestellten innergemeinschaftlichen Verstoß zu beseitigen oder künftige Verstöße zu unterlassen“. Dies soll aber gemäß § 7 Abs. 1 VSchDG nachrangig zur Tätigkeit des beauftragten Dritten erfolgen. Ergänzend sei erwähnt, dass das VSchDG in § 9 Bußgelder für die Nichtbeachtung von Auskunfts- und Mitwirkungsersuchen vorsieht.

Im Bereich regulierter Märkte und Industrien werden Behörden schon länger Verbraucherschützend tätig. *Durner* spricht von „überwiegend technischem

⁷⁰ *Durner* Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Standards im Verbraucherrecht, DVBl. 2014, 1356-1363 (1359): „Trotz dieser Anleihen beim Polizeirecht hat dieses Gesetz jedoch bislang auf Grund einer bewusst restriktiven deutschen Umsetzung und Handhabung noch kaum Bedeutung erlangt.“

⁷¹ *Weber* Consumer Law Enforcement – A Law and Economics Appraisal of the German Case, Working paper 2015, S. 10: „The involvement of a general consumer authority was a novelty for Germany“.

⁷² *Micklitz* in: MünchKommZPO, 4. Auflage 2013, vor §§ 1 ff. UKlaG, Rn 46: „so jedenfalls könnte man den Vorstoß verstehen“.

⁷³ Bekanntmachung vom 11. November 2015, veröffentlicht in BAnz AT 17.11.2015.

Verbraucherschutz“.⁷⁴ Im Bereich der Bank- und Finanzmarktaufsicht, aber auch im Bereich der Netzindustrien sind Aufsichtsbehörden aktiv, die die Belange der Verbraucher schützen sollen. Ein wichtiger Unterschied, der etwa im Bereich der Bank- und Finanzmarktaufsicht im Vergleich zu den hier diskutierten Bereichen zum Tragen kommt, ist, dass die Unternehmen hier von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) direkt beaufsichtigt werden. Das Marktgeschehen ist deutlich abgegrenzter und damit einer *ex ante* Aufsicht zugänglich, die auf Verbraucherbeschwerden reagieren kann.

Das Kartellrecht, dessen Einhaltung von den Kartellämtern überwacht wird, zielt zwar nicht direkt auf den Verbraucherschutz ab. Jedoch kann es einen Gleichklang mit Zielen des Verbraucherschutzes geben, etwa wenn eine marktbeherrschende Stellung darauf aufbaut, dass irrationales Verhalten von Verbrauchern Bindungen erzeugt, die anderen Unternehmen den Marktzutritt erschweren.⁷⁵ Es ist erklärter politischer Wille der Regierungsparteien, den Verbraucherschutz zum „gleichberechtigten Ziel“ der Aufsichtstätigkeit der marktregulierenden Bundesbehörden (Bundesnetzagentur, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Bundeskartellamt und Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit) zu machen.⁷⁶ Gerade im Kartellrecht bestehen bekanntlich Möglichkeiten, Schadensersatz geltend zu machen und Bußgelder zu verhängen. Angesichts der begrenzten Abschreckungswirkung, welche die derzeitig verfügbaren Instrumente entfalten,

⁷⁴ Durner Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Standards im Verbraucherrecht, DVBl. 2014, 1356-1363 (1361) (Wiedergabe ohne Nachweise): „Solche sektoralen Ordnungsregime mit Bezügen zum Verbraucherschutz gibt es in zahlreichen Einzelgebieten. Systematisch und funktional in diesen Zusammenhang gehören zum Beispiel auch manche Regelungen des Netzregulierungsrechts, der Bankenaufsicht sowie letztlich eigentlich auch der Einsatz der Datenschutzbehörden im nichtöffentlichen Bereich. Angesichts der Weite dieses Spektrums lassen sich kaum verallgemeinernde Aussagen treffen, wie effektiv diese einzelnen sektoralen Instrumentarien tatsächlich funktionieren. Insgesamt jedoch scheint sich dieser überwiegend technische Verbraucherschutz durch spezielles Ordnungsrecht trotz punktueller Defizite als grundsätzlich erfolgreich darzustellen.“

⁷⁵ Morell/Glückner/Towfigh Sticky Rebates: Loyalty Rebates Impede Rational Switching of Consumers, Journal of Competition Law & Economics, vol. 11(2), 431-461.

⁷⁶ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16. Dezember 2013, S. 87 f.: „Bei Bundesnetzagentur, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Bundeskartellamt und Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit wird Verbraucherschutz gleichberechtigtes Ziel ihrer Aufsichtstätigkeit.“

könnte der Einsatz von Schadensersatzklagen und Bußgeldern in Hinblick auf den Verbraucherschutz das Potential haben, die Beachtung verbraucher-schützender Vorschriften zu erhöhen. Dieses Potential wäre gleichwohl in einer bereichsspezifischen Betrachtung kritisch im Hinblick auf Kosten und Nutzen zu prüfen.

Ferner werden Behörden noch im Sinne des Verbraucherschutzes tätig, indem sie Verbrauchern Informationen bieten.⁷⁷ Dies ist in diesem Kontext interessant, da Reputationsbildung geeignet ist, Anreize für Unternehmen zu setzen und zu verändern. Die Wirkung und Bedeutung von Reputation darf indessen nicht überschätzt werden. Sie liegt wohl deutlich unterhalb der Bedeutung möglicher Schadensersatzforderungen. Gleichwohl können Reputationseffekte im Zeitalter sozialer Medien verstärkt wirken.

In den meisten anderen Mitgliedstaaten der europäischen Union, sind Behörden oder Ombudsleute mit der Wahrnehmung von Verbraucherrechten betraut. Rechtsvergleichende Studien⁷⁸ können darüber informieren, welche Instrumente noch in die Debatte eingebracht werden können und wie eine Zusammenarbeit zwischen den bestehenden Verbraucherverbänden und Behörden weiter intensiviert und ausgestaltet werden kann. Ein Beispiel ist etwa der „Super Complaint“ in Großbritannien.⁷⁹

⁷⁷ Hierzu aktuell etwa *Möstl* Hoheitliche Verbraucherinformation – Grundfragen und aktuelle Entwicklungen, LMuR 2015, 185-192.

⁷⁸ Etwa die Länderstudien bei *Weber* The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law (Ashgate 2014), S. 137 ff.; s. auch die Studien bei *Faure/Ogus/Philipsen* Enforcement practices for breaches of consumer protection legislation, Loyola Consumer Law Review 20 (2008), 361-401.

⁷⁹ *McNamee* „Super Complaints“ als öffentlich-rechtliche Durchsetzung von Verbraucherschutz im Vereinigten Königreich, VuR 2014, 420-424.

IV. Behördliche Durchsetzungsinstrumente *de lege ferenda*

De lege ferenda könnten behördliche Stellen mit der zivilrechtlichen Geltendmachung von Unterlassungsklagen betraut werden. Wesentliche Veränderung wäre hier eine mögliche Erhöhung des Aktionsniveaus. Ein schärferes, weil aufgrund der Verwaltungsakts-Qualität einschneidendes Schwert, könnten behördliche Unterlassungsverfügungen bilden. Voraussetzung ist für beide Instrumente, dass die behördliche Stelle ermitteln kann, ob die Voraussetzungen für ein Tätigwerden gegeben sind.

1. Ermittlungsbefugnisse

Ermittlungsbefugnisse sind die Voraussetzung für ein späteres Tätigwerden. Insbesondere mit Blick auf sogenannte „Trickbetrüger“-Fälle⁸⁰, in denen die „trickbetrügerischen“ Unternehmen nur schwer zu lokalisieren sind, können behördliche Ermittlungsbefugnisse, mittels derer etwa Geldströme nachverfolgt werden können, einen wichtigen Vorteil bieten.

Allgemein bietet sich eine Kooperation mit den bereits bestehenden Verbraucherzentralen und Verbraucherverbänden an, um Informationen über mögliche Verbraucherrechtsverstöße zu sammeln. Damit ist auch schon das wesentliche Problem dieser Ebene angesprochen: Informationen liegen typischerweise auf Seiten der betroffenen Verbraucher vor,⁸¹ aber auch hier ist es – ganz parallel zur individuellen Klageerhebung – oftmals so, dass kein Anreiz besteht, tätig zu werden und sich zu beschweren. Dieses Problem beschreibt *Issacharoff*:

[...] the most likely initial source of information about consumer fraud is the consumer herself. Here, however, the same problem of a limited stake that prevented effective individual private claim enforcement reemerges to limit the willingness of consumers to avail themselves of time-consuming contact with distant enforcement authorities. Just as no consumer will invest more than the amount at stake in litigation costs (or at least

⁸⁰ *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323-331, 323.

⁸¹ Vgl. *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323-331, 326.

very few will be willing to invest on the basis of moral outrage), none will invest very much in lodging complaints if enforcement authorities are not readily available.⁸²

Issacharoff spricht damit auch an, dass auf die Beschwerde des Verbrauchers etwas folgen muss, was der Beschwerde Gewicht verleiht. Dies bedeutet, dass auf die Beschwerde hin ein behördliches Verfahren in Gang gebracht werden muss, das Aussicht darauf hat, zu einem Erfolg zu führen. Jedenfalls muss sich die Beschwerde auch für den Verbraucher lohnen.

2. Behördliche zivilrechtliche Unterlassungsklagen

Entscheidend könnte die Einführung einer entsprechenden Klagebefugnis für Behörden sein. Eine Reform des UKlaG (eventuelle auch in Verbindung mit dem VSchDG) käme für die Schaffung einer entsprechenden Befugnis infrage. Die Ausgestaltung der behördlichen Unterlassungsklage würde damit im Wesentlichen der Verbandsklage folgen. Inwiefern das Verfahren angepasst werden muss, kann an dieser Stelle offenbleiben. Die Behörde würde hier jedenfalls weiterhin das zivilrechtliche Instrument der Unterlassungsklage einsetzen. Die Einführung einer solchen behördlichen Klagebefugnis würde das oben gezeichnete Problem rationaler Apathie angehen. Hierauf wird in der Diskussion noch näher eingegangen.

3. Behördliche Unterlassungsverfügungen

Da ein Verwaltungsakt sofort rechtliche Wirkung entfaltet und vollstreckt werden kann, stellt dies ein einschneidendes und effektives Instrument dar.⁸³ Behördliche Unterlassungsverfügungen wären sofort wirksam und vollstreckbar. Damit würde das Verfahren stark abgekürzt. Die Adressaten müssten sich erst gegen die Verfügung wehren, um deren Wirkung zu beseitigen. Hier wäre die Einführung einer Ermächtigungsgrundlage zum Erlass entsprechender Verfügungen erforderlich. § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VSchDG weist, wie erwähnt, in eine entsprechende Richtung. An die Rechtmäßigkeit einer solchen Ermächtigungsgrundlage wären weitere Anforderungen zu stellen.⁸⁴ Viele der

⁸² *Issacharoff Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience*, Texas International Law Journal 34 (1999), 135-150, 139.

⁸³ Vgl. *Ritter/Schwichtenberg* Die Reform des UKlaG zur Eliminierung des datenschutzrechtlichen Vollzugsdefizits – neuer Weg, neue Chancen? VuR 2016, 95-102, 101.

⁸⁴ S. hierzu *Durner* Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Standards im Verbraucherrecht, DVBl. 2014, 1356-1363 (1363): „Gerade aus Sicht der Grundrechte ist je-

hier aufgezeigten rechtspolitischen Argumente wären dabei gerade in einer verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung aufzugreifen.

Es liegt nahe, die Zivilgerichte mit der Prüfung der Unterlassungsverfügungen zu betrauen. Eine entsprechende Lösung findet sich bereits in § 13 Abs. 4 VSchDG, wo die Zuständigkeit des örtlichen Landgerichts für Beschwerden gegen Anordnungen nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 4 oder 5 und mit solchen Anordnungen zusammenhängenden Entscheidungen nach §§ 10, 11 VSchDG geregelt ist.

4. Behördliche Instrumente mit Sanktionscharakter

Wie erwähnt, wirken Unterlassungsinstrumente in die Zukunft. Sie sind zur Abschreckung nicht geeignet.⁸⁵ Über Unterlassungsinstrumente hinaus sind deshalb ausgewählte behördliche Instrumente zu erwägen, die das Verhalten des Unternehmens stärker sanktionieren. An dieser Stelle sollen die Möglichkeiten einer Gewinnabschöpfung, einer Rückerstattungsanordnung entsprechend § 32 IIa GWB und von Bußgeldern erörtert werden.

Parallel zur Unterlassungsklage könnte auch die in § 10 UWG geregelte Gewinnabschöpfung, die ebenfalls von den Verbänden geltend gemacht wird, für die behördliche Geltendmachung geöffnet werden. Die Bewertung einer solchen Änderung verläuft parallel. Es könnte eine Effektivierung eintreten, weil die Behörde eventuell besser ausgestattet ist. Die beschriebenen strukturellen Grenzen der Gewinnabschöpfung als Instrument der Abschreckung würden aber bestehen bleiben. Auch die Einführung einer entsprechenden Anordnung zur Gewinnabschöpfung ist denkbar und schon aus dem Kartellrecht bekannt. Der als Klarstellung mit der 8. GWB-Novelle eingeführte § 32 IIa GWB hält nunmehr ausdrücklich fest,

doch noch ein zweiter Aspekt hervorzuheben, der in den öffentlichen Diskursen meist weniger wahrgenommen wird: die Tatsache nämlich, dass unterhalb der Schwelle der grundrechtlich fundierten polizeilichen Schutzpflicht Behörden gegenüber den Adressaten ihrer Verfügungen prinzipiell einer unmittelbaren Grundrechtsbindung unterliegen. Das Ziel »Verbraucherschutz« ist entgegen einer verbreiteten intuitiven Vorstellung also im Grundsatz gerade keine Zauberformel, mit der der Staat die Bindungen gegenüber einem Grundrechtseingriff nennenswert lockern könnte. Verbraucherverwaltungsrecht ist vielmehr als Teil des Rechts der Staatsaufsicht im Kern ein Recht der gemeinwohlorientierten Eingriffsverwaltung – mit allen grundrechtlichen Konsequenzen und Restriktionen.“

⁸⁵ S. nur *Wagner* Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. A 110.

dass die Kartellbehörden im Rahmen einer Abstellungsverfügung die Möglichkeit haben, eine Rückerstattung der erwirtschafteten Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens anzuordnen.⁸⁶

Hinsichtlich der Anreizwirkung gilt aber das zu § 10 UWG Gesagte. Hier wäre allerdings dadurch, dass es sich um einen Verwaltungsakt handelt, eine schnell wirkende Handlungsoption gewonnen.

Eine abschreckende Wirkung ist prinzipiell mit hinreichend bemessenen Bußgeldern verbunden. Mit Bußgeldern werden Unternehmen und Einzelpersonen für einen Rechtsverstoß zusätzliche Kosten auferlegt. Die Einführung eines Bußgeldverfahrens wäre jedoch mit weiteren Schwierigkeiten verbunden, insbesondere wäre mit einem Einwand umzugehen, der schon in Hinblick auf die Einführung des schwächeren Instrumentes der Gewinnabschöpfung eingebracht wurde, nämlich, dass diejenigen Unternehmen nicht einem Prozessrisiko ausgesetzt werden sollen, die sich im Grenzbereich des wettbewerbsrechtlich Zulässigen bewegen.⁸⁷ Ob man das Risiko der Rechtswidrigkeit dem Unternehmen aufbürdet, ist eine rechtspolitische Frage, die sich auch in die andere Richtung beantworten lässt, gerade wenn man auf Abschreckung abzielt. Bußgelder stellen jedoch einen starken und fundamentalen Eingriff in das Marktgeschehen dar, dessen Zulässigkeit und Angemessenheit in einer gesonderten Untersuchung zu beleuchten wäre. Parallelen ließen sich dabei, wie erwähnt, zum Kartellrecht ziehen. Aus rechtspolitischer Sicht ist hier jedenfalls besondere Vorsicht und Sorgfalt geboten. Hinsichtlich unerwünschter Telefonwerbung und Werbung mit automatischen Anrufmaschinen sieht § 20 UWG bereits Bußgelder vor, die von der BNetzA

⁸⁶ So die Gesetzesbegründung, Bt-Drs. 17/9852, S. 26, womit BGH, Beschl. v. 10. 12. 2008 – KVR 2/08 = GRUR 2009, 514, bestätigt wurde; s. auch *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker (Hg.), Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 32 GWB, Rn 26a.

⁸⁷ Begründung des Regierungsentwurfes UWG 2004 zu § 10 Abs. 1, BT-Drs. 15/1487, S. 24: „Fahrlässig handelt insbesondere auch, wer sich in einem Grenzbereich wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit bewegt und deshalb mit einer abweichenden Beurteilung seines zumindest bedenklichen Verhaltens rechnen muss (vgl. BGH GRUR 1999, 924 ff.). Würde man den Gewinnabschöpfungsanspruch auch in diesen Fällen zuerkennen, so müsste jeder Unternehmer, der sich in diesem Grenzbereich bewegt, damit rechnen, den Gewinn zu verlieren. Der Unternehmer wäre häufig einem nicht unerheblichen Prozessrisiko ausgesetzt. Ein solches Prozessrisiko ist in den Fällen, in denen ein Mitbewerber durch das wettbewerbswidrige Verhalten einen echten Schaden erleidet, gerechtfertigt. Dies gilt indes nicht beim Gewinnabschöpfungsanspruch.“

verhängt werden können. Zu Zwecken der Abschreckung kann diese Ordnungswidrigkeit nunmehr mit einem Bußgeld von bis zu 300.000 € geahndet werden.⁸⁸ Diese Sanktionsmöglichkeit wird in der Literatur kritisiert.⁸⁹ Telefonwerbung sei als Problem überschätzt und die Sanktion sowie der mit ihrer Durchsetzung verbundene Aufwand seien daher unverhältnismäßig.⁹⁰ Jedenfalls lassen sich aus dem Fall der Behandlung unerwünschter Telefonwerbung schwerlich allgemeinere Konsequenzen etwa hinsichtlich einer Durchsetzung von Klauselvorschriften ziehen. Es bedürfte schon erheblicher und systematischer Verstöße, um ein solch drastisches Mittel rechtfertigen zu können. Es empfiehlt sich, diesem sensiblen Thema gesondert sorgfältig nachzugehen; dabei könnte eine kartellrechtlich geprägte Perspektive vielversprechend sein.

⁸⁸ Köhler in: Köhler/Bornkamm (Hg.), UWG, 34. Auflage 2016, § 20 Rn 7: „Diese drastische Erhöhung hat ihren Grund darin, dass die *Erteilung eines Auftrags* zur Durchführung einer Vielzahl von unerlaubten Werbeanrufen, sei es durch das werbende Unternehmen an den Betreiber eines Call-Centers, sei es durch den Betreiber eines Call-Centers an seine Mitarbeiter, idR *nur eine Handlung* und damit nur eine einzige Ordnungswidrigkeit darstellt. Davon verspricht man sich eine stärkere Abschreckung.“

⁸⁹ Brammsen in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Auflage 2014, § 20 UWG, Rn 7: „[...] skeptische Prognose mangelnder Praktikabilität und Effektivität ist auch und gerade für die nun um die ‚Anrufmaschinenwerbung‘ und eine versechsfachte Bußgeldhöhe ergänzte Neufassung des § 20 UWG unverändert aufrecht zu erhalten.“

⁹⁰ Brammsen in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Auflage 2014, § 20 UWG, Rn 5 ff.

V. Nutzen der Einführung behördlicher Durchsetzungsinstrumente

Der potentielle Nutzen der Einführung der vorgenannten behördlichen Durchsetzungsinstrumente wurde schon an unterschiedlichen Stellen gestreift und wird im Folgenden systematisch dargestellt.

1. Erhöhung des Durchsetzungsniveaus

Naheliegender mit einer Reform angestrebtes Ziel ist die effektivere Durchsetzung des geltenden verbraucherschützenden Rechts.⁹¹ Hier soll ein „Mehr“ an Befolgung geltenden materiellen verbraucherschützenden Rechts erreicht werden. Das bedeutet, dass es zu weniger Verstößen gegen verbraucherschützende Vorschriften kommt. Wie schon ausgeführt, ist der individuelle Anreiz zur Rechtsverfolgung auf Seiten der Verbraucher oftmals zu gering, sei es, weil der Schaden zu klein oder weil das Prozesskostenrisiko zu hoch ist. Ein anderes Problem kann darin liegen, dass Verbraucher zu „schwach“ sind, um ihre Rechte wahrzunehmen.⁹² Es besteht also ein Ungleichgewicht in wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen.⁹³ Daraus folgt die Gefahr einer zu geringen Abschreckung (sog. „Under-Deterrence“).⁹⁴ Gleichzeitig kann der gesamtgesellschaftliche Schaden, den das Verhalten von Unternehmen aus-

⁹¹ Allgemein zur dienenden Funktion des Verfahrensrechts etwa *Chatziathanasiou/Hartmann* „Allgemeines Prozessrecht“ – Bausteine des Verfahrensrechts in ZPO, VwGO und StPO, JURA 2015, 911-921.

⁹² Zu unterschiedlichen Verbraucherleitbildern etwa *de Vries* Consumer protection and the EU Single Market rules – The search for the ‘paradigm consumer’ euvr 2012, 228-243 (242): „The case law of the CJEU already revealed that certain groups of consumers, i.e. vulnerable consumers, may need extra protection and as a consequence Member States are given considerable discretion to guarantee that protection. But the dichotomy between vulnerable consumer and circumspect consumer is not always clear-cut.“; *Micklitz* Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? – Plädoyer für ein bewegliches System, NJW-Beil. 2012, 77-81..

⁹³ *Micklitz* in: MünchKommZPO, 4. Auflage 2013, vor §§ 1 ff. UKlaG, Rn 3: „die dem System des individuellen Rechtsschutzes zugewiesene breite Rechtsverwirklichung [hängt] davon ab, dass die Einzelnen bei Verletzung ihrer rechtlichen Interessen unter normalen Umständen des ‚Kampf ums Recht‘ auch tatsächlich aufnehmen“.

⁹⁴ S. allgemein *Cseres* Consumer Protection in the European Unions, in: De Geest (Hg.), Encyclopedia of Law and Economics (Edward Elgar 2012), S. 192: „[...] consumers lack incentives to litigate, which in turn results in less enforcement. In other words, private enforcement carries considerable risk of under-deterrence.“

löst, so groß sein, dass ein „flankierendes Behördenmodell“ durchaus sinnvoll erscheint.⁹⁵

Behördliche Instrumente sind gerade auch in Hinblick auf die Zunahme von „Trickbetrügereien“, insbesondere im Online-Handel, diskutiert worden.⁹⁶ Weitere aktuelle Problemfelder sind Kostenfallen im Internet, Verkaufs- und Werbeveranstaltungen („Kaffeefahrten“) und unerlaubte Telefonwerbung, wobei sich eine besondere Schwierigkeit hinsichtlich der Ortung der Anbieter ergibt.⁹⁷ Im Blick auf solche „*rogue traders*“ oder „Trickbetrüger“ werden behördliche Ermittlungsbefugnisse und -möglichkeiten als besonders wertvoll bewertet.⁹⁸

Ferner käme eine behördliche Ermittlung der Sachverhalte der späteren Beweisführung vor den Zivilgerichten zugute. Darüber hinaus kann schon die Ermittlungstätigkeit eine Anreiz- und Signalwirkung gegenüber den Unternehmen entfalten.

Ob ein behördliches Eingreifen in Form von Unterlassungsklagen und Unterlassungsverfügungen tatsächlich zu einem spürbar höheren Durchsetzungsniveau führt, ist aber fraglich. Denn aus verhaltensökonomischer Perspektive sind diese Instrumente nicht geeignet, zu mehr Abschreckung zu führen.⁹⁹

⁹⁵ Zum Fall von Spam-Mails etwa *Groh* Plädoyer für ein flankierendes Behördenmodell bei der Bekämpfung unerwünschter E-Mail, GRUR 2015, 551-558.

⁹⁶ *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323-331, 323.

⁹⁷ *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323-331, 323; das Problem der Telefonwerbung sieht *Brammsen* in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Auflage 2014, § 20 UWG, Rn 5 ff., hingegen als überschätzt an.

⁹⁸ *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323-331, 327 f.; *Weber* Consumer Law Enforcement – A Law and Economics Appraisal of the German Case, Working paper 2015, S. 5.

⁹⁹ Kritisch hierzu *Wagner* Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options, Law Quarterly Review 127 (2011), 55-82, 81: “With respect to scattered loss, matters are more complex. In this area, complete reliance on administrative law and its enforcement by public agencies looks more attractive because the harm suffered individually is so small that compensation is not required. The real issue is whether regulation works well enough for purposes of deterrence. In addition, it must be borne in mind that private enforcement is not costless but may add considerable amounts to the total bill society must front up for. The balancing of costs and benefits is no mean feat and much too complex to pursue here. What must be kept in mind, however, is the fact that the domain of public agencies is the regulation of future behaviour. For a potential wrongdoer, this means that he or she goes scot-free as long as the agency does not intervene. Private liability in damages applies ex post too, but gener-

Die ökonomische Literatur zielt darauf ab, das richtige Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung zu finden (Stichwort „public or private enforcement“). Maßgeblich sind dabei die Anreize der Rechtsverfolgung, aber auch die Verteilung von Informationen.¹⁰⁰ Die ökonomische Debatte geht dabei davon aus, dass Sanktionen für Verstöße verhängt werden.¹⁰¹ Durch Ausgestaltung eines Sanktions-Regimes soll die Befolgung der entsprechenden Vorschriften gewährleistet werden. Die Anreize für die jeweiligen Unternehmen ergeben sich wie geschildert aus der Höhe der potentiellen Sanktion und deren Wahrscheinlichkeit. Das Problem liegt hier aber darin, dass der Anreiz, Verbraucherschützende Vorschriften bewusst zu missachten oder deren Befolgung zu vernachlässigen, auch durch die behördliche Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nicht wesentlich gesenkt wird, denn mit der künftigen Unterlassung ist kein Schaden für das Unternehmen verbunden. Schließlich wird es nicht zu Schadensersatz oder Bußgeldern verpflichtet, die es bei seiner Entscheidung, ob es eine bestimmte Klausel verwenden soll, zu berücksichtigen hat. Es fehlt also an einer Sanktion, die das Verhalten des Unternehmens *ex ante* steuert. Gleichwohl kann das *behördliche* Tätigwerden eine abschreckende Wirkung haben, da hier eine *staatliche* Einrichtung den Unternehmen gegenübertritt. Dieser Aspekt wird aufgegrif-

ates incentives ex ante: assuming that the outcome of a lawsuit is foreseeable, the would-be defendant will anticipate that he or she will be held liable. Where the total cost, i.e. the direct cost of the wrongful activity in question plus the value of the claim for damages, exceeds the benefit derived from the activity in question, a rational defendant will back away from it in the first place.”

¹⁰⁰ Cseres Consumer Protection in the European Union, in: Van den Bergh/Pacces (Hg.), Regulation and Economics (Edward Elgar 2012), 163-228, 191 (Zitat ohne Nachweise wiedergegeben): „The law and economics literature of law enforcement provides a number of economic criteria for the allocation of enforcement powers between private and public enforcement. These criteria include access to information about law infringements and the need to achieve an optimal level of enforcement, excluding both over and under-enforcement. The optimal level of enforcement depends on the likelihood of private or public agents initiating proceedings and the expected sanctions. The match or deviation of social and private interests in enforcement is decisive. Whether private incentives to sue coincide with the social interest to enforce the law depends on the private cost-benefit assessment of law enforcement. The likelihood of private or public agents initiating proceedings depends on and is determined by a set of incentives created by the expected financial award, the deterrent effect and the retributive motive the expected sanctions provide.“

¹⁰¹ S. nur Polinsky/Shavell The Theory of Public Enforcement of Law, in: Polinsky/Shavell (Hg.), Handbook of Law and Economics (Elsevier 2007), Vol. 1, 403-454, 405: “public enforcement of law” als “the use of governmental agents to detect and to sanction violators of legal rules”; Landes/Posner The Private Enforcement of Law, NBER Working Paper No. 62 (1974).

fen, wenn politische Dimension und Signalwirkung der Einführung behördlicher Kompetenzen diskutiert werden.

Die Erhöhung des Durchsetzungsniveaus würde also letztlich davon abhängen, ob Behörden mit Unterlassungsinstrumenten effektiver umgehen als die Verbraucherverbände, und ob die Unterlassungsinstrumente Signal- und Reputationswirkung zu entfalten vermögen. Die Tätigkeit der Verbraucherverbände müsste in dieser Hinsicht bewertet werden. Unterstellt man – etwa in Schluss an *Micklitz* –, dass die Aktivität der Verbraucherzentralen ausbaufähig ist, besteht hier ein Potential, das Durchsetzungsniveau durch behördliche Tätigkeit zu erhöhen.

2. Behebung von Marktversagen

Ein behördliches Eingreifen ist in der Regel dann erforderlich, wenn ein Marktmechanismus nicht ausreicht, um das Verhalten der Anbieter zu regulieren.¹⁰² Zu den anerkannten Fällen zählen etwa Informationsasymmetrien, überhöhte Transaktionskosten, systematische Fehleinschätzungen der eigenen Fähigkeiten der Verbraucher oder alltägliche Entscheidungsrouinen der Verbraucher, die von Anbietern auf dem Markt zum Nachteil der Verbraucher und letztlich zur Verzerrung des Marktgeschehens ausgenutzt werden können.¹⁰³ Im Verbraucherrecht ist das Vertrauen in den Marktmechanismus zur Selbstregulierung besonders trügerisch. Denn der Wettbewerb auf einem Markt kann Unternehmen wie dargestellt sogar dazu zwingen, Schwächen auf Seiten der Verbraucher systematisch auszunutzen, um im Wettbewerb gegen andere Unternehmen bestehen zu können. *Bar-Gill* beschreibt diese Problematik:

Competition, many believe, works to increase efficiency and protect consumers. But competition does not alleviate the behavioral market failure. It may even exacerbate it. Here's why: In a competitive market, sellers have no choice but to align contract design

¹⁰² In Bezug auf AGB *Kötz* Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209-214; zum Verbraucherschutz aus ökonomischer Perspektive auch *Cseres* Consumer Protection in the European Union, in: De Geest (Hg.), *Encyclopedia of Law and Economics* (Edward Elgar 2012).

¹⁰³ Dazu jeweils mit grundsätzlicheren Erwägungen etwa *Glöckner/Towfigh* Geschicktes Glücksspiel. Die Sportwette als Grenzfall des Glücksspielrechts, JZ 2010, 1027-1035 und *Morrell/Glöckner/Towfigh* Sticky Rebates: Loyalty Rebates Impede Rational Switching of Consumers, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 11(2), 431-461.

with the psychology of consumers. A high-road seller who offers what she knows to be the best contract will lose business to the low-road seller who offers what the consumer mistakenly believes to be the best contract. Put bluntly, competition forces sellers to exploit the biases and misperceptions of their customers.¹⁰⁴

Die behördliche Durchsetzung der Vorschriften kann dieses Dilemma für die Wettbewerber beseitigen. Dem Verbraucherschutzrecht kommt in diesen Fällen auch die Funktion zu, das Funktionieren des wettbewerblichen Marktes zu gewährleisten und zu schützen, etwa indem es hilft, Marktverschlüssen durch marktbeherrschende Unternehmen vorzubeugen. Vor dem Hintergrund, dass zunehmend auch das Kartellrecht auf den Verbraucherschutz hinwirken soll, tritt in diesem Aspekt eine besondere Synergie zutage.

3. Langfristige Koordinierung in Europa

Darüber hinaus sind Behörden in der Lage, längerfristige systematische Strategien zu verfolgen. Dies wird insbesondere im Vergleich zu gerichtlicher Tätigkeit deutlich. Zwar nimmt auch die Rechtsprechung erheblichen Einfluss auf den Verbraucherschutz, diese Einflussnahme ist jedoch in einer ganz typischen Weise beschränkt: Gerichte haben immer nur den jeweiligen Fall zu entscheiden, der gerade an sie herangetragen wird. Eine Behörde kann eher steuern, welche Fälle oder welche „Klasse“ von Fällen im Verbraucherschutzrecht besonders verfolgt werden sollen. Dabei können auch längerfristige Überlegungen, Strategien, verfolgt werden. Darüber hinaus findet auch die Koordinierung durch die Europäische Kommission in Behörden einen naheliegenden Anknüpfungspunkt. Weiter könnte eine behördliche Kompetenz zu mehr Vorlagen an den EuGH und damit zu mehr Harmonisierung im Europa führen:

Bei der Ausübung ihres Vorlageermessens sollten die unterinstanzlichen Gerichte bedenken, dass sie durch ihre Vorlage einen Beitrag zur Klärung der Rechtslage in Europa leisten und ein Stückchen mitarbeiten an der europäischen Rechtsangleichung. Ob dies die Nachteile aufwiegt, die etwa mit der Verzögerung durch das Vorabentscheidungsverfahren verbunden sind, lässt sich nur im Einzelfall entscheiden. Jedenfalls kann die Verzögerung aber bei Verbandsklageverfahren, die ohne Ansehung eines

¹⁰⁴ *Bar-Gill Seduction by Contracts: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets* (Oxford Univ. Press 2012), S. 2.

konkreten Falles auf eine abstrakte Klärung der Rechtslage und eine Sanierung des Rechtsverkehrs gerichtet sind, keine Rolle spielen.¹⁰⁵

Dies gilt mindestens im gleichen Maße für behördlich erhobene Klagen; deren Einführung könnte die Ausübung des Vorlageermessen dahingehend beeinflussen, dass es zu mehr Vorlagen unterinstanzlicher Gerichte kommt.

4. Signalwirkung

Die Einrichtung behördliche Kompetenzen kann ferner Signalwirkungen haben. Was leicht als symbolische Gesetzgebung abgetan werden könnte, kann tatsächlich weitreichendere Konsequenzen haben. Denn schon wenn eine Behörde nur Unterlassungsinstrumente einsetzt, sendet die Einrichtung einer entsprechenden behördlichen Kompetenz ein Signal an die Marktteilnehmer: Verbrauchern wie Unternehmen wird signalisiert, dass Verbraucherschutz auch von staatlicher Seite verstärkt wahrgenommen wird. Dies kann zum einen Verbraucher dazu ermutigen, ihre Rechte gegenüber Unternehmen geltend zu machen. Zum anderen könnte dies Unternehmen eine abschreckende Wirkung haben, wobei das Ausmaß dieser Wirkung nicht überschätzt werden sollte.

In der rechtsökonomischen Literatur wird jedenfalls auch eine verhaltenssteuernde Wirkung von Recht jenseits sanktionsbewehrter Normen diskutiert. Dies geschieht unter dem Schlagwort sogenannter *expressiver* Wirkungen von Recht („expressive function of the law“).¹⁰⁶ Recht kann danach jedenfalls *auch* die Funktion haben, das Verhalten der Betroffenen zu koordinieren und bestimmte Informationen zu transportieren. Im Kontext des Verbraucherrechts ließe sich etwa mutmaßen, dass die Einrichtung einer behördlichen Kompetenz Verbrauchern, die unschlüssig sind, wie sie sich im Falle einer Rechtsverletzung verhalten sollen, einen stärkeren Anhaltspunkt („focal point“) zur Koordinierung als Gruppe bieten kann. Verbraucher könnten sich stärker angesprochen fühlen, die Rechtsverletzung an die staatliche Stelle zu kommunizieren. Darüber hinaus hat das Recht an dieser Stelle informatorische Wirkung hinsichtlich bestimmter Risiken („risk signaling“), Ansichten („atti-

¹⁰⁵ Basedow in: MünchKommBGB, 7. Auflage 2016, vor § 305, Rn 34.

¹⁰⁶ Instruktiv McAdams The Expressive Powers of Law (Harvard Univ. Press 2015).

tudinal signaling“) und Durchsetzungsniveau einer Rechtsmaterie („violations signaling“). *Rasmussen* ergänzt diese Auflistung *McAdams*’ um die Kategorie der Information über den jeweiligen Akteur selbst:

[P]eople [...] use their obedience to the law to signal information about themselves to other people.¹⁰⁷

Im Kontext des Verbraucherschutzes könnte die Einrichtung behördlicher Kompetenzen etwa die Information transportieren, dass Transaktionen für Verbraucher mit Risiken verbunden sind, dass eine politische Mehrheit Verbraucherschutz als wichtiges Ziel ansieht, und dass im Bereich des Verbraucherschutzes Missstände in Form von Durchsetzungsdefiziten bestehen. *Rasmussens* ergänzender Vorschlag lässt sich hier dahingehend fruchtbar machen, dass Unternehmen ihr verbraucherschutzrechtliches Wohlverhalten auch jenseits abschreckender Sanktionen nutzen könnten, um etwas über sich zu kommunizieren: Man denke etwa an einen Hinweis im Rahmen der Unternehmenskommunikation im weitesten Sinne – sei es durch Werbung oder im Bereich der „Investor Relations“ –, dass man noch nie „ins Fadenkreuz der Verbraucherschützer“ geraten sei. Verbraucherschützende Vorschriften, die von einer sichtbaren (und neutralen) Behörde geltend gemacht werden, geben in diesem Sinne nicht nur Gelegenheit die eigene Reputation zu schädigen, sondern auch eine positive Reputation aufzubauen.

¹⁰⁷ *Rasmussen* Law, Coercion, and Expression: A Review Essay on Frederick Schauer’s *The Force of Law* and Richard McAdams’s *The Expressive Powers of Law*, *Journal of Economic Literature*, im Erscheinen = Kelley School of Business Research Paper No. 15-59, S. 26.

VI. Kosten der Einführung behördlicher Durchsetzungsinstrumente

Die Verfolgung dieser Ziele ist mit Kosten verbunden, die ins Verhältnis zum erwarteten Nutzen der Maßnahmen gesetzt werden müssen.

1. Befolgungskosten bei Unternehmen

Die Kosten einer behördlichen Kompetenz liegen zum bei den Unternehmen, die einer zusätzlichen Aufsicht unterzogen werden („compliance costs“). Dies erfordert auf Seiten der Unternehmen die Bereitstellung zusätzlicher Ressourcen, die dann etwa nicht mehr für Innovationen zur Verfügung stehen. Kostenpunkte sind hier zum einen Gewinneinbußen, weil Schwächen der Verbraucher nicht mehr ausgenutzt werden können; zum anderen müssen Mittel zur Sicherstellung eines Verbraucherschutzrechtskonformen Verhaltens und für eine eventuelle Rechtsverteidigung bereitgestellt werden. Da diese Ressourcen womöglich anders genutzt werden könnten, entstehen also Opportunitätskosten. Ein klassisches Problem der Regulierung ist dabei „over-compliance“. Das bedeutet, dass die regulierten Akteure übervorsichtig werden. Dadurch, dass die hier im Wesentlichen erörterten Instrumente – Ermittlungsbefugnisse, Unterlassungsklagen und -verfügungen –, keine Auswirkung auf die Anreize haben, ist auch die Gefahr gering, dass Unternehmen in ineffizienter Weise „übersteuern“.

Etwas anderes würde sich womöglich für den Fall ergeben, dass schärfere Sanktionsmechanismen wie Bußgelder eingeführt würden. Verbraucher wiederum können dadurch belastet werden, dass Unternehmen ihre Kosten für eine erhöhte Rechtsbefolgung und Rechtsverteidigung durch Preisanpassungen auf die Verbraucher umlegen.

Neben einer Hyperaktivität auf Unternehmensseite besteht auch die Gefahr eines ineffizient hohen Aktionismus auf Klägersseite. Diese Überaktivität betrifft sog. „frivolous lawsuits“, also missbräuchlichen Klagen auf Klägersseite. Diese Problematik wird auch mit Blick auf Verbraucherbehörden ins Ge-

sprach gebracht,¹⁰⁸ denn auch Behörden könnten etwa ihre Reputation als besonders strenge Aufsicht aufbauen wollen.¹⁰⁹

2. Administrative und justizielle Kosten

Um den Markt entsprechend geschaffener Ermittlungsbefugnisse beobachten zu können, müssten weitere behördliche Kapazitäten geschaffen werden. Dies betrifft die Ressourcenebene. Hier kann gegenüber den Verbraucherverbänden durch bessere Ausstattung eine höhere Effektivität erreicht werden. Gleichwohl ist zu bedenken, dass behördliche Strukturen, wie organisationssoziologische und verhaltensökonomische Theorie und Empirie vielfach nahelegen, dazu neigen, sich zu verstetigen oder gar auszudehnen.¹¹⁰ Über das bloße Ressourcenproblem hinaus werfen behördliche Eingriffe in das Marktgeschehen Folgeprobleme auf, mit denen gute Regulierung umgehen muss. Hierzu gehören sog. „Capture“-Probleme.¹¹¹ Dies sind Fälle, in denen etwa Lobbyorganisationen einer staatlichen Agentur „habhaft“ werden.¹¹² Eine kritische *Public Choice* Perspektive identifiziert Möglichkeiten, wie auch selbständig und nicht direkt von der Wählergunst abhängige Behörden von Politikern beeinflusst werden können. Diese Politiker wiederum sind von der Wählergunst abhängig. Machen Lobbyorganisationen ihren Einfluss auf ei-

¹⁰⁸ Auch mit weiteren Nachweisen *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323-331, 325: „In diesem Fall wird der Beklagte zum eigentlichen Opfer. Schaden kann nicht nur für den Beklagten entstehen, sondern er kann auch die Wohlfahrt einer Gesellschaft verringern. Statt von einem einzelnen Verbraucher kann eine Klage dieser Art von einem Verbraucherverband angestrengt werden. Auch eine Verbraucherbehörde kann hierzu versucht sein. Es ist weiter vorstellbar, dass Unternehmer oder Berufsverbände unseriöse Klagen vorbringen, um einem Wettbewerber zu schaden.“

¹⁰⁹ Vgl. *Lemos/Minzner* For-Profit Public Enforcement, Harvard Law Review 127 (2014), 853-913, 875: „reputational incentives to maximize the dollars imposed as financial sanctions“.

¹¹⁰ Vgl. statt vieler nur *Towfigh/Petersen* Ökonomische Methoden im Recht, S. 149 ff.

¹¹¹ Statt vieler (und speziell im Verbraucherschutz-Kontext) *Weber* The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law (Ashgate 2014), 38 f., 132 (m.w.N.).

¹¹² Mit weiteren Nachweisen *Weber* Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, VuR 2013, 323-331, 326: „Welche Interessen der Agent tatsächlich verfolgt, kann von verschiedenen Faktoren abhängen. Er mag Eigeninteressen verfolgen oder beispielsweise die Interessen einer bestimmten Lobby. Dies gilt für jedermann (Beamte, das Personal von außergerichtlichen Streitbeilegungsorganen oder Selbstregulierungseinrichtungen etc.)“ Hier handelt es sich um eine Variante des oben (bei Fn. 28) geschilderten „rent-seeking“ Problems, dem sog. „special interest effect“ (vgl. *Towfigh/Petersen* Ökonomische Methoden im Recht, S. 147 f.).

nem solchen Wege geltend, droht die Gefahr von „under-enforcement“.¹¹³ Verbraucherverbände hingegen sollen potentiell „immuner“ gegen Capture sein.¹¹⁴ Ferner könnte ein Nebeneinander von Verbraucherbänden und Behörden eine gewisse gegenseitige Kontrolle schaffen.

Zu den behördlichen Kosten lassen sich schließlich auch Risiken der Amtshaftung zählen, die entstehen, wenn Behörden mit Kompetenzen ausgestattet werden, um in das Marktgeschehen einzugreifen. Zu denken ist an eine Haftung im Falle der Aufhebung einer womöglich rechtswidrig ergangenen Unterlassungsverfügung. Auch für Gerichte können Kosten entstehen, wenn diese mit mehr Verfahren belastet werden. Gleichwohl kann hier umgekehrt auch eine Entlastung stattfinden, da die behördliche Ermittlung des Falles das Gericht von etwaigen unionsrechtlichen Amtsermittlungspflichten entlasten kann.

3. Autonomie-Kosten („Paternalismus“)

Schließlich lässt sich über einen Verlust an Autonomie auf Seiten der Verbraucher zumindest nachdenken, da die Rechtsverfolgung durch Behörden als Bevormundung interpretiert werden könnte. Parallele Fragen werden zurzeit beispielsweise unter dem Schlagwort „libertärer Paternalismus“ im Kontext der „Nudging“-Debatte intensiv diskutiert.¹¹⁵ Im Kontext einer Diskussion von behördlichen Befugnissen im Verbraucherrecht zeichnet *Durner* nach, wie der Verbraucherschutz im liberalen Rechtsstaat zur Domäne des Zivilrechts wurde.¹¹⁶ In der jüngeren europäischen Verbraucherpolitik diagnostiziert er jedoch eine

¹¹³ *Issacharoff* Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience, *Texas International Law Journal* 34 (1999), 135-150, 140 f.

¹¹⁴ *Issacharoff* Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience, *Texas International Law Journal* 34 (1999), 135-150, 141.

¹¹⁵ *Towfigh/Traxler* Nudges polarize!, *VerfBlog*, 2015/4/16, <http://www.verfassungsblog.de/nudges-polarize/> mit Antworten von *Petersen, Schuppert, Dimitropoulos, Junginger, Unseld* und *Vierck*, a.a.O.

¹¹⁶ *Durner* Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Standards im Verbraucherrecht, *DVBl.* 2014, 1356-1363, 1357: „In einer verkürzten Zuspitzung könnte man feststellen, der Verbraucher müsse seit der Überwindung des Polizeistaats im Rahmen dieses liberalstaatlichen Modells seine Verbraucherinteressen – zumindest die rein wirtschaftlichen – selbst schützen, während der Staat »in seiner erhabenen Gerechtigkeit« sich auf die echte Gefahrenabwehr beschränken darf.“; diese Zuspitzung ist nach *Durner* jedoch angesichts der

gewisse Akzentverschiebung von einem liberalen europäischen Leitbild des selbstbestimmten Verbrauchers zu einer eher paternalistischen Verbraucherpolitik.¹¹⁷

Diese Diagnose stützt sich auf Maßnahmen wie Werbeverbote, aber auch auf die Ausweitung exekutiver Befugnisse. Die erwähnte Verordnung Nr. 2006/2004 sieht *Durner* als vorläufigen Höhepunkt dieser Entwicklung.¹¹⁸ Der bereits erwähnte § 5 Abs. 1 VSchDG gleiche einer polizeilichen Generalklausel.¹¹⁹ Letztlich empfiehlt *Durner* zur Vermeidung von Paternalismus nur in „atypischen Konfliktlagen“ auf administrative Lösungen zu setzen. Gleichzeitig konstatiert er, dass die Identifikation solcher Konfliktlagen eine rechtspolitische Entscheidung ist.¹²⁰ Dass das Durchsetzungsdefizit aufgrund fehlender Anreize zur individuellen Rechtsverfolgung eine solche „atypische Konfliktlage“ darstellt, ist aus rechtspolitischer Perspektive gut vertretbar.

Darüber hinaus erscheint es in diesem Zusammenhang zweifelhaft, ob bei der Einführung zusätzlicher behördlicher Kompetenzen von einer Bevormundung die Rede sein kann. Wenn der Staat mittels einer Behörde die Durchsetzungsaktivität hinsichtlich solcher rechtlicher Forderungen an sich zieht, denen ein einzelner Verbraucher aus Gründen rationaler Apathie nicht nachgeht, entzieht er dem Verbraucher keine Freiheit. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, inwiefern in einer solchen Nichtgeltendmachung eine von Freiheitsrechen geschützte Betätigung eigener Autonomie liegen soll. Gleichwohl ist *Durner* dahingehend zuzustimmen, dass bei der Einführung zusätzlicher behördlicher Kompetenzen und insbesondere im Falle der Einführung von

Überschneidungen und der Komplementarität privatrechtlicher und hoheitlicher Instrumente zu relativieren.

¹¹⁷ *Durner* Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Standards im Verbraucherrecht, DVBl. 2014, 1356-1363, 1358.

¹¹⁸ Ähnlich *Micklitz* in: MünchKommZPO, 4. Auflage 2013, vor §§ 1 ff. UKlaG, Rn 46: Startschuss zur „Verstaatlichung der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung bei Verbraucherrechtsstreitigkeiten“.

¹¹⁹ *Durner* Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Standards im Verbraucherrecht, DVBl. 2014, 1356-1363, 1359.

¹²⁰ *Durner* Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Standards im Verbraucherrecht, DVBl. 2014, 1356-1363, 1360: „Die Aufzählung dieser Beispiele und Interessenlagen ist sicherlich nicht abschließend, und letztlich ist die Frage nach dem Anwendungsbereich des Einsatzes hoheitlicher Mittel vor allem rechtspolitisch zu beantworten. Anwendungsbereiche für behördlichen Verbraucherschutz – so lässt sich gleichwohl als Zwischenergebnis festhalten – bestehen nach alledem gleichwohl nicht flächendeckend, sondern in eher atypischen Konfliktlagen.“

Unterlassungsverfügungen zu beachten ist, dass sich die Verwaltung im Bereich der Eingriffsverwaltung bewegt, was entsprechende Pflichten zur rechtsstaatlichen Ausgestaltung der Befugnisse nach sich zieht.¹²¹

¹²¹ *Durner* Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Standards im Verbraucherrecht, DVBl. 2014, 1356-1363, 1363.

VII. Relation von Kosten und Nutzen

Kosten und Nutzen sind für die jeweiligen Durchsetzungsinstrumente in Relation zu setzen. Da sich Kosten und Nutzen nicht präzise in Heller und Pfennig beziffern lassen und bei der Bemessung erhebliche Unsicherheiten bestehen, handelt es sich letztlich um eine politische Entscheidung, bei der innerhalb des durch rechtsstaatliche Bindungen gesteckten Rahmens ein erheblicher Entscheidungsspielraum besteht.

Die in diesem Gutachten diskutierten Instrumente der behördlich erhobenen Unterlassungsklage und der behördlichen Unterlassungsverfügung können durch ihre Kontrollfunktion die Befolgung von Verbraucherrechten erhöhen, jedenfalls dann, wenn die behördlichen Stellen entsprechend besser als die Verbraucherzentralen und -verbände ausgestattet sind.

Die Anreiz-Problematik bleibt allerdings bei den genannten behördlichen Kompetenzen im Wesentlichen bestehen. Zwar können Reputationsschäden für die Unternehmen entstehen, gegen die vorgegangen wird, die damit verbundene Abschreckung sollte aber nicht zu stark gewichtet werden. Dazu kommt das politische Signal, dass sich im Verbraucherschutz etwas bewegt. Unternehmen könnten die Einrichtung behördlicher Kompetenzen als „Zwischenschritt“ zu mehr Aufsicht und – womöglich – weitergehenden Sanktionen einschätzen. Dies hätte eine gewisse Abschreckung zur Folge. Insgesamt scheint mit den schwerpunktmäßig diskutierten Instrumenten aber keine substantielle Veränderung einherzugehen, insbesondere nicht aus einer ökonomischen Perspektive, die einhellig an Sanktionen anknüpft.

Effektive Abschreckung erfordert weitergehende Sanktionen.¹²² Es lohnt sich daher, auch über weitergehende Reformvorschläge nachzudenken. Insbesondere Schadensersatzforderungen anstelle von Unterlassungsansprüchen eine

¹²² *Issacharoff* Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience, *Texas International Law Journal* 34 (1999), 135-150, 136: “Effective legal oversight of consumer welfare requires mechanisms of ex post review that can effectively punish misconduct and thereby deter opportunistic fraud. The question therefore becomes one of identifying the mechanisms of ex post review that are likely to provide such oversight.”

„ausgebaute“ Form der Gewinnabschöpfung oder Bußgelder würden ein wirksameres Mittel darstellen. Infrage käme daher etwa auch, Verbandsklagen um Schadensersatzansprüche zu erweitern.¹²³

¹²³ So auch *Wagner* Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options, *Law Quarterly Review* 127 (2011), 55-82, 82.

VIII. Perspektiven empirischer Evaluation

Abschließend sollen perspektivische Hinweise für die empirische Evaluation von Regulierungsinstrumenten insbesondere zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung gegeben werden. Die empirische Forschung im Bereich des Verbraucherschutzes gilt als ausbaufähig.¹²⁴ Empirischer Forschung ist jedoch der Befund zu verdanken, dass die Bereitschaft, sich zu beschweren, unter Verbrauchern allgemein eher gering und dabei je nach sozio-ökonomischer Ausgangslage und Produktkategorie unterschiedlich ausgeprägt ist.¹²⁵ Gerade hier liegt sich aber bei der Einführung behördlicher Kompetenzen ein wichtiges Problemfeld. Eine rechtsempirische Evaluation könnte untersuchen, welche Verbraucher in welchen Fällen vom behördlichen Angebot der Rechtsdurchsetzung angesprochen werden.

Für den vorliegenden Zusammenhang wichtig empirische Forschung betrifft auch solche behördliche Tätigkeit, die stärker die „moralische Dimension“ eines Problems anspricht. Findet sich für die entsprechende Überzeugung nicht genug Rückhalt in Politik, Bevölkerung und Unternehmen, so kann die Behörde unter Druck geraten:¹²⁶

Regulators are forced into a situation where they feel they have to avoid the conflict engendered by strong enforcement action and strong statements of moral responsibility. This may be one reason why regulatory enforcement agencies often seem to seesaw between formal and punitive, or soft and facilitative enforcement approaches.¹²⁷

¹²⁴ Zu empirischer Forschung im Bereich des Verbraucherschutzes etwa *Meili Consumer Protection*, in: Cane/Kritzer (Hg.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford Univ. Press 2010), 176-197, 177: „much remains to be explored“.

¹²⁵ Hinweise bei *Meili Consumer Protection*, in: Cane/Kritzer (Hg.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford Univ. Press 2010), 176-197, 179 f.

¹²⁶ *Parker* *The “Compliance” Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement*, *Law & Society Review* 40 (2006), 591-622, 613: „The compliance trap analysis in this article suggests that where a regulator fails to gain political and community support for its moral messages, it will tend to relapse into one of the first two options above. [...] It is so difficult to escape the two traps that most regulators most of the time take comfort in a formalism that verges on industry capture – capitulating to business most of the time and taking only the most egregious cases to court [...] the rest of the time.“

¹²⁷ *Parker* aaO.

Verbraucherschutz beinhaltet durchaus eine solche moralische Dimension. Behörden müssen hier also eine entsprechende Balance finden. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der Verbraucherschutz als legitimes politisches Ziel auf hinreichende Akzeptanz trifft.

IX. Thesen

1. In Fällen von breit gestreuten, aber geringen Schäden kann es zu Defiziten der Rechtsdurchsetzung kommen. Denn für Verbraucher lohnt sich die Rechtsverfolgung angesichts geringer Kompensation und Prozesskostenrisiko nicht („rationale Apathie“).
2. Unternehmen haben in solchen Fällen keinen Anreiz, Verbraucherrecht zu beachten. Im Wettbewerb mit anderen Unternehmen haben sie gar einen Anreiz, dieses Durchsetzungsdefizit auszunutzen.
3. Verbandsklagen überwinden das Problem rationaler Apathie, indem Dritte mit der Durchsetzung von Verbraucherrechten betraut werden.
4. Verbände machen im Wesentlichen Unterlassungsansprüche gelten. Unterlassungsansprüche wirken aber *pro futuro*. Damit entfalten sie für Unternehmen keine Abschreckungswirkung *ex ante*.
5. Zielt man auf Abschreckung, ist über schärfere Sanktionsinstrumente nachzudenken.
6. Eine Gewinnabschöpfung hat nur dann Abschreckungswirkung, wenn der Gewinn „großzügig“ und mit Blick auf eine Sanktionswirkung berechnet wird.
7. Behördliche Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen kann einen Mehrwert bringen, wenn man unterstellt, dass die Tätigkeit der Verbraucherverbände ausbaufähig ist.
8. Unterlassungsverfügungen bilden ein schnell wirkendes Instrument, das der effektiven Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen dienen kann.
9. Behördliche Geltendmachung ist mit Signalwirkungen verbunden. Dieser sollte man sich bewusst sein, ohne ihre Steuerungskraft zu überschätzen.
10. Auf der Kostenseite stehen allgemeine Risiken staatlicher Intervention in Märkten. Dazu gehören Gefahren der „Über-Befolgung“ auf Unternehmensseite, des Lobby-Einflusses auf Behördenseite und eine etwaige Bevormundung der Verbraucher. Im hiesigen Kontext sind diese Risiken jedoch nicht als erheblich einzustufen.