

Bündelung von Ansprüchen mittels Inkassoession im VW-Abgasskandal

Eine „Sammelklage“ nach deutschem Recht?

Von stud. iur. **Aleksandar Zivanic**, Konstanz*

Nachdem die Volkswagen AG (VW-AG) zunächst am 2.4.2016¹ ein Ultimatum des „US-Staranwalts“ Michael Hausfeld ignoriert und sodann am 28.6.2016² in den USA einen Kompromiss i.H.v. 15 Milliarden US-Dollar erzielt hatte, kann aus aktuellem Anlass erwogen werden, ob eine Anspruchsbündelung mittels einer Inkassoession im VW-Abgasskandal für die kollektive gerichtliche Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen deutscher Kunden (in Deutschland) eine sinnvolle Möglichkeit darstellt.

Jedenfalls sieht die sog. „financialright“ GmbH – unter der Marke „myRight“³ –, die mit der Kanzlei von Hausfeld kooperiert, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bündelung von (deliktischen) Entschädigungsansprüchen mittels einer „fiduziarischen Inkassoession (sog. treuhänderische Forderungsabtretung)“⁴ vor.

Der folgende Beitrag soll zunächst auf die (prozessuale) Ausgangslage deutscher Kunden im VW-Abgasskandal hinweisen. Im Anschluss daran wird auf die Rechtsnatur von Inkassoessionen eingegangen sowie die ihnen – insbesondere durch das BGB, das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) und durch die Vorgaben der Rechtsprechung – auferlegten Grenzen näher beleuchtet.

I. Ausgangslage im VW-Abgasskandal

Vom VW-Abgasskandal sind in Deutschland schätzungsweise 2,4 Millionen Fahrzeuge betroffen.⁵ Da jedenfalls die

meisten betroffenen Personen Verbraucher im Sinne von § 13 BGB⁶ sein werden, ist eine individuelle Anspruchsdurchsetzung gegen die VW-AG wohl eher nicht in Betracht zu ziehen, zumal ein Zivilprozess immer mit erheblichen Kosten verbunden ist und die Parteien auch psychisch belasten kann.⁷ Schließlich werden sich die einzelnen Verbraucher kaum auf die David gegen Goliath-Situation einlassen. In der deutschen Literatur wurde bereits darauf hingewiesen, dass den Betroffenen ein Schaden in einer Höhe von bis zu ca. 10.000 Euro pro Fahrzeug entstehen kann.⁸ VW-Kunden in den USA könnten Rechnungen zufolge Entschädigungszahlungen von rund 5.100 US-Dollar (rund 4.600 Euro) erhalten.⁹ Erleiden zahlreiche Personen einen Schaden, aufgrund derselben oder einer gleichartigen Ursache – nämlich der eingebauten Manipulationssoftware –, die von dem- oder denselben Schädiger(n) – nämlich der VW-AG – verursacht wurde, spricht man von sogenannten Massenschäden.¹⁰ Die Frage, ob das deutsche Zivil- bzw. Zivilprozessrecht die Möglichkeit eines kollektiven Rechtsschutzes dahin gehend kennt, „dass einzelne als Repräsentanten einer Gruppe klagen und eine Entscheidung mit Bindungswirkung auch für Betroffene [erwirken können], die nicht am Prozess beteiligt sind“¹¹, lässt sich mit Nein beantworten. Derartige Repräsentativklagen, die im angloamerikanischen Rechtskreis vor allem als „class ac-

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz und ist dort Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Nebengebiete von Prof. Dr. Rudolf Rengier. Der Beitrag beruht im Wesentlichen auf einer Seminararbeit aus dem Sommersemester 2016 im Seminar „Forderungsabtretungen – insb. Inkassoessionen – in kollisionsrechtlicher und vergleichender Perspektive“ von Prof. Dr. Astrid Stadler.

¹ Die Welt v. 2.4.2016, abrufbar unter <http://www.welt.de/wirtschaft/article153920086/Volkswagen-ignoriert-Ultimatum-von-US-Staranwalt.html> (1.11.2016) sowie FAZ v. 2.4.2016, abrufbar unter

<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/vw-abgasskandal/abgasskandal-staranwalt-will-fuer-tausende-vw-kunden-in-europa-klagen-14156684.html> (1.11.2016).

² FAZ v. 28.6.2016, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/vw-abgasskandal/vw-abgasskandal-volkswagen-muss-in-usa-15-mrd-dollar-zahlen-14313387.html> (1.11.2016).

³ Siehe <https://www.my-right.de/> (1.11.2016).

⁴ So explizit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) von „myRight“ unter Punkt 2.2 bezeichnet (Stand: 20.7.2016), abrufbar unter <https://www.my-right.de/agb/> (1.11.2016).

⁵ FAZ v. 2.4.2016, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/vw-abgasskandal/abgasskandal-staranwalt-will-fuer-tausende-vw-kunden-in-europa-klagen-14156684.html> (1.11.2016).

⁶ Gleichwohl sind auch Kapitalanleger wie Unternehmer betroffen. Siehe nur die Klagen von Anlegern gegen die VW-AG vor dem Landgericht Braunschweig in FAZ v. 21.9.2016, abrufbar unter

<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/vw-abgasskandal/klage-n-mit-streit-wert-von-gut-8-milliarden-euro-gegen-vw-14445938.html> (1.11.2016).

⁷ Vgl. nur Thole, ZWeR 2015, 93 (100): „weil die jeweils geschädigten Beteiligten das Risiko und die Mühen eines individuellen Vorgehens scheuen.“

⁸ Fuhrmann, ZJS 2016, 124 (129 f.); a.A. Riehm, Legal Tribune Online (LTO) v. 1.10.2015, abrufbar unter <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vw-abgasaffaere-schadensersatz-rechtsslage-deutschland/> (1.11.2016), der lediglich das vertragliche Äquivalenzverhältnis als verletzt ansieht.

⁹ FAZ v. 4.7.2016, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/vw-abgasskandal/kritik-an-ungleichbehandlung-verbraucherschuetzer-bestehen-auf-vw-entschaedigung-14323278.html> (1.11.2016).

¹⁰ Vgl. zum Begriff der Massenschäden nur Bamberger, in: Festschrift für Karl Eichele, 2013, S. 19 (22); Buchner, Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa, 2015, S. 36 f.; Frank/Henke/Singbartl, VuR 2016, 333 (334); Stadler, in: Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, 2001, S. 3.

¹¹ Wörtlich Gsell, in: Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint – Der modernisierte Zivilprozess in Europa, 2014, S. 179.

tion¹² bekannt sind, sind de lege lata in Deutschland nicht vorgesehen,¹³ obschon seit Längerem¹⁴ und auch neuerdings¹⁵ über eine Erweiterung des kollektiven Rechtsschutzes heftig diskutiert wird, zumal Deutschland im internationalen¹⁶ und europäischen¹⁷ Vergleich teils „rückständig“¹⁸ da steht. Ein Blick in den Nachbarstaat Österreich genügt, um zu zeigen, dass sich auch dort „innovative Entwicklungen“¹⁹ auf dem Gebiet des kollektiven Rechtsschutzes vollziehen. Erwähnenswert sei insofern insbesondere die „Sammelklage nach österreichischem Recht“.²⁰ Diese ermöglicht es, gebündelte – im Wesentlichen gleichartige²¹ – Ansprüche zahlreicher Geschädigter – beruhend auf einer Abtretung der Schadensersatzansprüche – einzutreiben bzw. – in objektiver Klagehäufung gem. § 227 öZPO – gerichtlich einzuklagen.²² Im

¹² Dazu nur *Bruns*, in: Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, 2014, S. 255 (262 ff.); *von Bar*, in: Ständige Deputation des 62. Deutschen Juristentags, S. 97 ff.; *Stadler*, in: Ständige Deputation des 62. Deutschen Juristentags, S. I 35, 45 ff.; *dies.* (Fn. 10), S. 13 ff.

¹³ *Bamberger* (Fn. 10), S. 20; *Gsell* (Fn. 11), S. 179 f.; *Fiedler*, Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts, 2010, S. 117; *Frank/Henke/Singbartl*, VuR 2016, 333 (334).

¹⁴ Vgl. nur *Stadler* (Fn. 10), S. 1 ff. bzgl. der Aufnahme von Gruppenklagen – als die Bündelung gleichgerichteter (Partei-)Interessen durch einen oder wenige Repräsentanten – in das deutsche Zivilprozessrecht.

¹⁵ Siehe *Bamberger* (Fn. 10), S. 19; *Bernhard*, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen, 2010; *Bien*, in: Festschrift für Wernhard Möschel zum 70. Geburtstag, Recht, Ordnung und Wettbewerb, 2011, S. 131; *Buchner* (Fn. 10); *Gsell* (Fn. 11), S. 179 ff.; *Stadler*, JZ 2014, 613.

¹⁶ *Gsell* (Fn. 11), S. 179.

¹⁷ So auch *Bamberger* (Fn. 10), S. 21 und 26 m.w.N.; umfassend zu den mit den class actions konkurrierenden Lösungsmodellen in Europa *Bruns* (Fn. 12), S. 267 ff.; zur europäischen Diskussion der class action siehe *Stadler*, VuR 2011, 79 f.

¹⁸ Zutreffend *Bamberger* (Fn. 10), S. 46; *ders.*, in: Festschrift für Peter Derleder zum 75. Geburtstag, Zivilrecht im Wandel, 2015, S. 1 (21), der die Möglichkeit eine Gruppenklage zu erheben als einen „besonderen Aspekt sozialer Rechtsprechung“ ansieht; vgl. bereits *Koch*, JZ 1998, 801 (804), dem zufolge das deutsche Zivilverfahrensrecht – im Gegensatz zu anderen Ländern – für den Umgang mit Massenphänomenen „schlecht gerüstet“ sei.

¹⁹ Siehe bereits *Stadler/Mom*, RIW 2006, 199.

²⁰ So die Bezeichnung bei *Buchner* (Fn. 10), S. 112; *Huber/Grabmair*, PHi 2010, 42 (43); *Kolba*, eolex 2010, 864 (865); *Stadler/Mom*, RIW 2006, 199 (200).

²¹ OGH, Urt. v. 12.7.2005 – 4 Ob 116/05w, ÖBA 2005/1306 (OGH) mit dem weiteren Erfordernis, dass sich gemeinsame Rechts- und/oder Tatsachenfragen stellen müssen, vgl. auch *Buchner* (Fn. 10), S. 112; *Stadler/Mom*, RIW 2006, 199 (204).

²² Vgl. nur *Buchner* (Fn. 10), S. 112; *Huber/Grabmair*, PHi 2010, 42 (43 f.); *Stadler/Mom*, RIW 2006, 199 (202).

Erfolgsfalle werden die erstrittenen Beträge an die Zedenten ausgezahlt. Bei der „Sammelklage nach österreichischem Recht“ handelt es sich mithin um eine Inkassozeession.²³

II. Rechtsnatur der Inkassozeession

Die Inkassozeession ist eine „echte“ – gleichwohl abgeschwächte – Abtretung im Sinne des §§ 398 BGB.²⁴ Erforderlich ist ein Gläubigerwechsel, der sich durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme gem. §§ 145 ff. BGB, zwischen (Inkasso-)Zedent und (Inkasso-)Zessionar – ohne Beteiligung des Schuldners²⁵ – vollzieht (sog. Abtretungsvertrag).²⁶ Dabei ist insbesondere das Trennungs- und Abstraktionsprinzip zu beachten. Die (Inkasso-) Abtretung stellt eine Verfügung dar, die streng vom schuldrechtlichen Vertrag (in der Regel wird dies ein Auftrag gem. §§ 662 ff. BGB oder ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 BGB²⁷ sein) zu trennen und auch deren (Un-)Wirksamkeit abstrakt von dem zugrunde liegenden Vertrag zu bewerten ist.

Der maßgebliche Unterschied zwischen einer Inkassozeession und einer „normalen“ Abtretung liegt darin, dass der Inkassozeessionar – nur rechtlich betrachtet – Inhaber der Forderung (geworden) ist,²⁸ während der Inkassozedent – aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise – weiterhin Inhaber der

²³ So *Buchner* (Fn. 10), S. 112; *Stadler/Mom*, RIW 2006, 199 (200).

²⁴ *Seitz*, in: Inkasso-Handbuch, 4. Aufl. 2015, Kap. 14 Rn. 4 bezeichnet sie als eine „Unterform der Abtretung.“

²⁵ Allerdings versucht das Gesetz den Schuldner über die §§ 404, 406-410 BGB zu schützen, vgl. *Roth/Kieninger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 398 Rn. 3. Sichern gegen eine Abtretung kann sich der Schuldner überdies durch einen vertraglichen Abtretungsausschluss gem. § 399 BGB.

²⁶ Vgl. *Seitz* (Fn. 24), Kap. 14 Rn. 4 sowie zum Abtretungsvertrag allgemein *Roth/Kieninger* (Fn. 25), § 398 Rn. 3 und 13 ff.; *Schulze*, in: Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 398 Rn. 3 f.

²⁷ *Busche*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 110; *Larenz*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil I, 14. Aufl. 1987, § 34 V b (S. 597); siehe für die rechtliche Einordnung des „Inkassovertrages“ zwischen Gläubiger und einem Inkassounternehmen insbesondere *Seitz* (Fn. 24), Kap. 9 Rn. 1 ff.

²⁸ Deshalb kann der Inkassozeessionar über die Forderung – bis zur treuwidrigen Kollusion – wirksam verfügen, vgl. nur RGZ 153, 366 (370); BGH NJW 1968, 1471 = JZ 1968, 428 zur Verfügung über einen Gesellschaftsanteil durch den Treuhänder; *Busche* (Fn. 27), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 112; *Gruber*, AcP 202 (2002), 435 (442 m.w.N.) aus der Rechtsprechung des BGH; *Herr*, Rechtliche Natur und Wirkungen der Inkassovereinbarung (Inkassozeession), 1933, S. 1; *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 398 Rn. 32; *Rohe*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 398 Rn. 87; *Roth/Kieninger* (Fn. 25), § 398 Rn. 44; *Schulze* (Fn. 26), § 398 Rn. 21.

Forderung bleibt, d.h. er weiterhin das Bonitätsrisiko trägt.²⁹ Eine Inkassoession erweist sich insofern als der typische Fall eines „uneigennütigen Treuhandverhältnisses“,³⁰ indem der Inkassoessionar im Außenverhältnis über mehr Rechtsmacht verfügt, als er im Innenverhältnis zum Inkassozedenten – entsprechend seiner schuldrechtlichen Verpflichtung – ausüben darf.³¹ Nachdem der Inkassoessionar – aus rechtlicher Perspektive – tatsächlich Inhaber der Forderung geworden ist, zieht er diese beim Schuldner ein und kehrt den erstrittenen Gewinn – abzüglich einer Erfolgsprovision – an die jeweiligen Inkassozedenten ab.³²

Abzugrenzen ist die Inkassoession vor allem zur „funktionsäquivalenten“ – und auf richterlicher Rechtsfortbildung³³ oder dem Rechtsgedanken des § 185 BGB³⁴ beruhenden – Einziehungsermächtigung, die ebenfalls die Einziehung einer Forderung im eigenen Namen auf materiell-rechtlicher Ebene erlaubt.³⁵ Die beiden Rechtsinstitute unterscheiden sich aber dahin gehend, als der Inkassozedent seine Gläubigerstellung – durch Vollabtretung gem. §§ 398 ff. BGB – auf den Inkassoessionar überträgt, während der Ermächtigende dem Ermächtigten nur die Eintreibung der Forderung – ohne den

Verlust der Gläubigerstellung – gestattet.³⁶ Hinzu kommt, dass der Ermächtigende die Forderung nur unter den Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft³⁷ gerichtlich geltend machen kann, hingegen der Inkassoessionar dieser prozessrechtlichen Hürde entweicht, indem er als Vollrechtsinhaber ein eigenes Recht im eigenen Namen einklagt.³⁸

Wird die Inkassoession „geschäftsmäßig“ betrieben, ergeben sich Überschneidungen mit dem seit 1.7.2008 geltenden RDG, das das alte RBERG abgelöst hat, denn steht diese unter einem Erlaubnisvorbehalt (§§ 2 Abs. 2 S. 1, 3 RDG), deren Fehlen – jedenfalls nach Ansicht des BGH – die Nichtigkeit der Abtretung gem. § 134 BGB i.V.m. § 3 RDG zur Folge hat.³⁹

²⁹ Im Falle der Insolvenz des Inkassoessionars hat der Inkassozedent ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO und kann – sofern Gläubiger des Inkassoessionars in die abgetretene Forderung vollstrecken – gem. § 771 ZPO widersprechen, vgl. *Busche* (Fn. 27), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 116 m.w.N.

³⁰ *Henckel*, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 643 (649); *Rehmann*, WM 1987, 225 (226); vgl. ferner *Gruber*, AcP 202 (2002), 435 f. zur Struktur der „Vollrechtstreuhand.“

³¹ BGHZ 155, 227 (232); BGH ZIP 2014, 1032 (1033); *Roth/Fitz*, JuS 1985, 188 (190); *Roth/Kieninger* (Fn. 25), § 398 Rn. 42; vgl. auch *Ulmer/Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 705 Rn. 84, denen zufolge das „rechtliche Können des Treugebers [...] weiter [geht] als [sein] rechtliche[s] Dürfen.“

³² Vgl. Punkt 3.1 der AGB von „myRight“ (Stand: 20.7.2016), abrufbar unter <https://www.my-right.de/agb/> (1.11.2016).

³³ *Busche* (Fn. 27), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 120 und 124; *Larenz* (Fn. 27), § 34 V c (S. 598 f.), der zufolge die Einziehungsermächtigung „durch den Grundsatz der vertragsrechtlichen Autonomie gedeckt ist.“; unklar *Schreiber*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 2010, § 398 Rn. 15, aber jedenfalls gegen die Annahme einer Zulässigkeit aus § 185 BGB.

³⁴ BGHZ 4, 153 (164); BGH NJW 1998, 896 (897); RGZ 117, 69 (72); *Roth/Kieninger* (Fn. 25), § 398 Rn. 47; *Schulze* (Fn. 26), § 398 Rn. 23.

³⁵ Siehe zur Einziehungsermächtigung etwa *Henckel* (Fn. 30), S. 643 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2012, § 52 Rn. 1170 f.; *Rehmann*, WM 1987, 225; *Roth/Fitz*, JuS 1985, 188 (190 ff.); *Roth/Kieninger* (Fn. 25), § 398 Rn. 47 ff.; *Schumann*, in: Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, 2004, S. 457 (461 f.); *Seitz* (Fn. 24), Kap. 14 Rn. 7 f.

³⁶ Von einer „überschießende[n] Außenmacht“ des Inkassoessionars sprechend *Rehmann*, WM 1987, 225 (226); vgl. ferner *Gruber*, AcP 202 (2002), 435 (457), der – mit *Huber*, JZ 1968, 791 – ebenfalls von der dem Treuhänder „überschießende[n] Rechtsmacht“ spricht.

³⁷ Vgl. für die „unklaren“ Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft etwa *Bendtsen*, in: Saenger, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2015, § 51 Rn. 20 ff.; *Weth*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 13. Aufl. 2016, § 51 Rn. 26 ff.; *Schumann* (Fn. 35), S. 472 hingegen präzisiert folgende vier Voraussetzungen: a) Erklärung des materiell Berechtigten, durch die der rechtsfremde Dritte zur Prozessführung ermächtigt wird. b) Eigenes rechtliches Interesse des Ermächtigten an der Prozessführung als rechtsfremder Dritter. c) Eigenes rechtliches Interesse des Ermächtigenden an der Prozessführung durch den rechtsfremden Dritten. d) Keine ungerechtfertigten Nachteile des Prozessgegners durch die Prozessermächtigung; siehe speziell zur Einziehungsermächtigung im Prozess auch BGHZ 4, 153 (165) im Kontext der Abtretung ganz oder teilweise unpfändbarer Rentenforderungen.

³⁸ Umfassend hierzu *Henckel* (Fn. 30), S. 655 ff.; *Rehmann*, WM 1987, 225; *Roth/Fitz*, JuS 1985, 188; kürzer *Busche* (Fn. 27), Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 125; *Roth/Kieninger* (Fn. 25), § 398 Rn. 41; *Schulze* (Fn. 26), § 398 Rn. 23; *Seitz* (Fn. 24), Kap. 14 Rn. 7; a.A. *Lindenacher* (in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2016, Vorbem. zu § 50 Rn. 74), der auch „verfahrensrechtlich auf eine einschlägige Assimilation [zwischen Einziehungsermächtigung und Inkassoession] nicht verzichten“ mag, mithin ein „schutzwürdiges Inkassointeresse“ voraussetzt.

³⁹ Siehe *Römermann*, in: Grunewald/Römermann, Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, § 3 Rn. 5 f.; *Seichter*, in: Deckenbrock/Henssler, Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 1 und 33 mit Verweis auf die Rspr. des BGH; a.A. wohl *Seitz* (Fn. 24), Kap. 14 Rn. 20, der danach fragt, ob die Nichtigkeitsfolge der Zession gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot verstößt.

III. Gesetzliches Verbot (§ 134 BGB): § 3 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG)

Gem. § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es – im Zeitpunkt seines Abschlusses⁴⁰ – gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt.⁴¹ Ein solches Verbotsgesetz regelt § 3 RDG. Danach sollen nur solche Personen Rechtsdienstleistungen erbringen dürfen, die über eine entsprechende Erlaubnis verfügen.⁴² Da § 2 Abs. 2 S. 1 RDG den „außergerichtlichen“ Forderungseinzug aufgrund einer „geschäftsmäßigen“⁴³ Inkassoession erfasst,⁴⁴ muss der Rechtsdienstleister entweder Rechtsanwalt (vgl. § 3 BRAO), Rechtsbeistand (vgl. § 209 BRAO; § 1 RDGEG), Verbraucherzentrale, ein mit öffentlichen Mitteln geförderter Verbraucherverband im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG⁴⁵ oder ein gem. § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG registrierter Rechtsdienstleister sein, um nicht gegen die Verbotsnorm des § 3 RDG zu verstoßen.⁴⁶

1. „Außergerichtlicher Bereich“ im Sinne von § 1 Abs. 1 RDG

Zunächst ist fraglich, ob auch Forderungen, die ausschließlich zum Zweck der gerichtlichen Geltendmachung abgetreten werden, dem Anwendungsbereich des RDG unterfallen, da dieses – ausweislich des § 1 Abs. 1 S. 1 RDG – nur für „außergerichtliche Rechtsdienstleistungen“⁴⁷ gilt. Wird sodann im Prozess ein Rechtsanwalt als Bevollmächtigter bestellt, könnte dem Zweck des RDG, die Qualität der Rechtsberatung zu sichern, durchaus Rechnung getragen sein.⁴⁸ Einem solchen Verständnis lässt sich allerdings entgegenhal-

ten, dass eine Prozessführung ohne rechtliche Vorbereitung kaum vorstellbar sei und gerade diese Vorbereitung sehr wohl als „außergerichtliche Rechtsdienstleistung“ angesehen werden kann.⁴⁹ „myRight“ jedenfalls möchte die „Durchsetzung der Entschädigungsansprüche, soweit zweckdienlich, im außergerichtlichen Verfahren betreiben“⁵⁰, so dass deren Geschäftsmodell unstreitig dem Anwendungsbereich des RDG unterfällt.

2. Forderungseinziehung als „eigenständiges Geschäft“ im Sinne von § 2 Abs. 2 S. 1 RDG oder als „Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten“ im Sinne von § 2 Abs. 1 RDG

Fraglich könnte jedenfalls sein, ob „myRight“ die Forderungseinziehung als „eigenständiges Geschäft“ im Sinne von § 2 Abs. 2 S. 1 RDG betreibt. Wann ein „eigenständiges Geschäft“ vorliegt, beurteilt sich nach Ansicht der Rechtsprechung danach, ob die Forderungseinziehung innerhalb einer ständigen haupt- oder nebenberuflichen Inkassotätigkeit oder außerhalb einer solchen, nicht lediglich als Nebenleistung im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 RDG im Zusammenhang mit einer anderen beruflichen Tätigkeit, erfolgt.⁵¹ Hinzu kommt, dass ein „geschäftsmäßiges Handeln“ eine Wiederholungsabsicht erfordert, um die Tätigkeit dadurch zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil einer Beschäftigung zu machen.⁵² Die Durchsetzung der Entschädigungsansprüche stellt jedenfalls unstreitig die Haupttätigkeit von „myRight“ dar.⁵³ Ob „myRight“ auch mit der erforderlichen Wiederholungsabsicht handelt, kann offen bleiben, sofern eine Rechtsdienstleistung gem. § 2 Abs. 1 RDG vorliegt. Danach ist eine Rechtsdienstleistung „jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche

⁴⁰ BGHZ 45, 322 (326) = NJW 1966, 1265.

⁴¹ Siehe grundlegend zu § 134 BGB etwa *Beater*, AcP 197 (1997), 505; *Kramer*, Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 134 BGB), 1976; *Rüthers/Stadler*, BGB, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 2014, § 26 Rn. 2 ff.

⁴² BGH NJW 2014, 847; BGH NJW 2013, 59; *Seichter* (Fn. 39), § 3 Rn. 33.

⁴³ Eine Nebenleistung im Sinne von § 5 RDG ist hingegen zulässig, vgl. hierzu *Deckenbrock/Henssler*, in: *Deckenbrock/Henssler*, Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 26 ff.

⁴⁴ *Bernhard* (Fn. 15), S. 169.

⁴⁵ Umfassend zur Möglichkeit der kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen durch Verbraucherverbände siehe *Buchner* (Fn. 10), S. 76 ff.; *Fiedler* (Fn. 13), S. 113 ff.

⁴⁶ Vgl. insofern die Aufzählung der Erlaubnistatbestände im RDG sowie in anderen Gesetzen bei *Seichter* (Fn. 39) § 3 Rn. 11 ff.

⁴⁷ Zum Begriff der „außergerichtlichen Rechtsdienstleistung“ siehe *Deckenbrock*, in: *Deckenbrock/Henssler*, Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 15 ff.; *Römermann* (Fn. 39), § 1 Rn. 24 ff.; *Teubel*, in: *Krenzler*, Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz, 2010, § 1 Rn. 15 ff.; siehe auch *Klingel*, NJW 1993, 3165 zum RBERG.

⁴⁸ So *Gsell* (Fn. 11), S. 190.

⁴⁹ *Gsell* (Fn. 11), S. 190. Gleichwohl ist die bloße Beurteilung der Erfolgchance einer Klage keine rechtsberatende Tätigkeit. Dies folgt aus einer verfassungskonformen Auslegung des Art. 12 GG, vgl. BVerfG NJW 2002, 3531 zum RBERG; dazu auch *Pierenkemper*, Kartellbußen aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 2012, S. 119.

⁵⁰ Vgl. die AGB von „myRight“ unter Punkt 1.3 (Stand: 20.7.2016), abrufbar unter <https://www.my-right.de/agb/> (1.11.2016).

⁵¹ Hier ist die erforderliche Abgrenzung zu § 5 RDG vorzunehmen; vgl. BGH NJW 2014, 847; BGH NJW 2013, 59; BGH WM 2012, 2322 (2324); vgl. auch *Deckenbrock/Henssler* (Fn. 43), § 2 Rn. 89; *Lettl*, WM 2008, 2233 (2234); *Mann*, ZIP 2011, 2393 (2396); *Römermann* (Fn. 39), § 2 Rn. 100; siehe umfassend zur Nebenleistung im Sinne von § 5 RDG *Ditgen*, in: *Festschrift für Karl Eichele*, 2013, S. 94 (95 ff.).

⁵² Vgl. BGH WM 2009, 259 (261); BGH WM 2005, 102 (103); *Michalski*, ZIP 1994, 1501 (1506) zum RBERG; siehe *Mann*, NJW 2010, 2391 (2393), wonach das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit auch im RDG zu berücksichtigen und prüfen ist.

⁵³ Vgl. die AGB von „myRight“ unter Punkt 1.2 (Stand: 20.7.2016), abrufbar unter <https://www.my-right.de/agb/> (1.11.2016).

Prüfung des Einzelfalls erfordert.⁵⁴ Für die Beurteilung, ob eine „fremde“ Rechtsangelegenheit vorliegt, ist eine wirtschaftliche – nicht rechtliche – Betrachtungsweise maßgeblich.⁵⁵ Dadurch, dass die Inkassozedenten aus wirtschaftlicher Perspektive weiterhin Inhaber der jeweiligen Forderung bleiben, ist jedenfalls im Falle der Vorgehensweise von „myRight“ eine Rechtsdienstleistung gem. § 2 Abs. 1 RDG anzunehmen.

3. Erlaubnisfreie Rechtsdienstleistung gem. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG

Möglicherweise könnte im Falle der Durchsetzung der Entschädigungsansprüche durch „myRight“ eine erlaubnisfreie Rechtsdienstleistung gem. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG vorliegen. Gem. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG sind Rechtsdienstleistungen erlaubt, die berufliche oder andere zur Wahrung gemeinschaftlicher Interessen gegründete Vereinigungen im Rahmen ihres satzungsmäßigen Aufgabenbereichs für ihre Mitglieder oder für die Mitglieder der ihnen angehörenden Vereinigungen oder Einrichtungen erbringen, soweit sie gegenüber der Erfüllung ihrer übrigen satzungsmäßigen Aufgaben nicht von übergeordneter Bedeutung sind. Aufgrund des Erfordernisses eines gemeinschaftlichen Interesses fallen derartige Vereinigungen,⁵⁶ bei der die bloße gebündelte Durchsetzung von Einzelinteressen im Vordergrund steht, nicht unter die Vorschrift des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG.⁵⁷ Schließlich wird die gebündelte treuhänderische Forderungsdurchsetzung mittels Inkassozeession gerade die Hauptaufgabe der zu diesem Zweck gegründeten Vereinigung sein, so dass § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG keinen Spielraum für eine alternative Auslegung lässt.⁵⁸

⁵⁴ Vgl. zum Verhältnis zwischen § 2 Abs. 2 S. 1 RDG („spezieller Fall“) und § 2 Abs. 1 RDG auch *Deckenbrock/Henssler* (Fn. 43), § 2 Rn. 2.

⁵⁵ So auch *Loritz/Wagner*, WM 2007, 477 (478 f.) hinsichtlich der kollektiven Rechtsdurchsetzung mittels einer einfallbezogenen gegründeten GbR. A.A. *Stadler*, JZ 2014, 613 (616 f.) sowie ferner *Koch*, NJW 2006, 1469 (1471) zum RBERG; *Mann*, ZIP 2011, 2393 (2396 f.); *ders.*, NJW 2010, 2391 (2393), denn in einer solchen Konstellation ist der Übergang der Forderung in das Gesamthandsvermögen (§ 719 BGB) ernst zu nehmen, weshalb von der Geltendmachung eigener – nicht fremder – Forderungen durch die Gesellschaft auszugehen ist.

⁵⁶ Siehe zum Begriff der Vereinigungen im Sinne von § 7 Abs. 1 RDG *Dux*, in: *Deckenbrock/Henssler*, Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 7 Rn. 17 ff.; *Schmidt*, in: *Krenzler*, Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz, 2010, § 7 Rn. 13 ff.

⁵⁷ Vgl. *Kleine-Cosack*, Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz, 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 19; *Dux* (Fn. 56), § 7 Rn. 32 mit dem Verweis auf den Willen des Gesetzgebers BT-Drs. 16/3655, S. 59; so auch *Fest*, WM 2015, 705 (708); siehe auch *Faulmüller/Wiewel*, VuR 2014, 452 (455).

⁵⁸ Zutreffend *Gsell* (Fn. 11), S. 193.

4. „Registrierter Rechtsdienstleister“ gem. §§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 12, 13 RDG

Gem. § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG dürfen „registrierte Rechtsdienstleister“ außergerichtliche Rechtsdienstleistungen erbringen. Erforderlich hierfür ist – neben einem formgerechten Antrag (vgl. § 10 Abs. 2 S. 1 RDG, § 6 Abs. 1 RDV) – die persönliche Eignung und Zuverlässigkeit (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 1 RDG), der Nachweis der theoretischen und praktischen Sachkunde (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 RDG, § 2 Abs. 1 RDV) und eine Berufshaftpflichtversicherung in Höhe von 250.000 Euro (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 3 RDG, § 5 RDV).⁵⁹ „myRight“ muss jedenfalls einen Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz nicht fürchten, denn hat sich die „financialright“ GmbH beim Amtsgericht Hamburg⁶⁰ registrieren lassen, mithin sämtliche Voraussetzungen für eine erfolgreiche Registrierung erfüllt. Der gebündelten Durchsetzung der Entschädigungsansprüche mittels einer Inkassozeession gegen die VW-AG wird jedenfalls nicht das RDG im Wege stehen.

IV. Verstoß gegen die „guten Sitten“ (§ 138 BGB)

Die für eine „zulässige“ Inkassozeession höchste Hürde bildet jedenfalls nicht § 134 BGB i.V.m. § 3 RDG, sondern vielmehr § 138 BGB. In Betracht kommt ein Verstoß gegen die „guten Sitten“. Eine „sittenwidrige“ Inkassozeession wird von der Rechtsprechung dann angenommen, wenn ein vermögensloser Dritter, der den Prozesskostenerstattungsanspruch des Beklagten im Falle des Prozessverlustes nicht befriedigen kann, im Prozess „vorgeschoben“ wird.⁶¹ Bereits das RG⁶² ging davon aus, dass Forderungsabtretungen nicht dazu missbraucht werden dürfen, dem Beklagten die Möglichkeit zu nehmen, seinen Rechtsanspruch auf Erstattung oder Zahlung der Prozesskosten zu verwirklichen. Der BGH⁶³ führte diese Rechtsprechung grundsätzlich fort, aber behandelte eine Abtretung, die darauf abzielte, die Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe zu schaffen, offenbar als wirksam, indem er auf die Vermögensverhältnisse des Zedenten abstellte.⁶⁴ Die Abtretung im Sinne von tatsächlicher materieller Berechtigung wurde also schlicht ignoriert.⁶⁵ Dreh- und Angelpunkt

⁵⁹ Siehe zu den Registrierungsvoraussetzungen des § 12 RDG *Berg/Gaub/Ohle*, in: *Inkasso-Handbuch*, 4. Aufl. 2015, Kap. 2 Rn. 37 ff.; kürzer *Fest*, WM 2015, 705 (709).

⁶⁰ Vgl. die AGB von „myRight“ unter Punkt 1.1 (Stand: 20.7.2016), abrufbar unter <https://www.my-right.de/agb/> (1.11.2016).

⁶¹ Vgl. insofern nur LG Düsseldorf JZ 2014, 635; OLG Düsseldorf BeckRS 2015, 05520; sowie ferner *Buß/Honert*, JZ 1997, 694 m.w.N.; *Henckel* (Fn. 30), S. 647.

⁶² RGZ 81, 175 (176).

⁶³ BGH MDR 1959, 999 für das „Vorschieben eines vermögenslosen Zessionars“, um in den Genuss der Prozesskostenhilfe zu gelangen; zust. *Armbrüster*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2015, § 138 Rn. 111.

⁶⁴ BGHZ 47, 289 (292); dazu *Buß/Honert*, JZ 1997, 694 (695); *Thole*, ZWeR 2015, 93 (99).

⁶⁵ *Buß/Honert*, JZ 1997, 694 (695).

der Entscheidungen war dabei immer der Verstoß gegen die guten Sitten,⁶⁶ weshalb nur die (objektive) Vermögenslosigkeit des Klägers nicht ausreichte, sondern vielmehr ein tatsächlicher (subjektiver) Missbrauch im Sinne des „zweckgerichteten Vorschubens eines mittellosen Klägers“ vorliegen musste, um den Tatbestand des § 138 BGB zu verwirklichen. Allgemein ist nämlich anerkannt, dass der bzw. die Handelnden, die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände – sofern der Inhalt des Rechtsgeschäfts nicht ohne Weiteres (objektiv) sittenwidrig ist – kennen müssen.⁶⁷

1. Vorrang des RDG?

Ein Verstoß gegen die „guten Sitten“ lässt sich allerdings nur dann begründen, wenn die Generalklausel des § 138 BGB nicht durch ein spezielleres Gesetz zurückzutreten hat.⁶⁸ Als ein solches kommt das RDG in Betracht. Obschon es bizarr erscheint, dass einem Zedenten, der sich an eine gem. § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG registrierte Person wendet und ihr im Wege der Inkassozession den Anspruch abtritt, gleichfalls der Einwand der Sittenwidrigkeit vorgehalten werden kann, lässt sich im Ergebnis ein Vorrangsverhältnis des RDG vor dem § 138 BGB nicht dartun.⁶⁹ Das RDG vermag deshalb kein „spezielleres Gesetz“ als § 138 BGB sein, da dessen Anwendung lediglich an die Gefahren der Rechtsdienstleistung anknüpft.⁷⁰ Zwar werden auch im Registrierungsverfahren gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. b RDG die Vermögensverhältnisse des Rechtsdienstleisters geprüft,⁷¹ doch kann dies keinesfalls von der Prüfung der Verlagerung der Prozesskostenrisiken im Rahmen des § 138 BGB abhalten. Vor diesem Hintergrund bedarf es einer näheren Untersuchung, wann Inkassozessionen als „sittenwidrig“ im Sinne von § 138 BGB gelten.

2. Anspruch auf einen zahlungsfähigen Kläger?

Gem. § 91 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. ZPO gilt im deutschen Zivilprozessrecht die sog. „Verlierer-Regel“, der zufolge die im Prozess unterliegende Partei grundsätzlich die Prozesskosten zu tragen hat.⁷² Dabei ist insbesondere das – dem Rechts-

staatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) entnommene – Gebot der gleichmäßigen Verteilung des Kostenrisikos zu beachten.⁷³

Wenn eine Forderung nur deshalb abgetreten wird, damit der Zessionar diese einklagt, ohne dabei im Unterliegensfall die Prozesskosten des Beklagten tilgen zu können, stellt sich das Problem, wie die Konstellation des „Vorschubens eines mittellosen Klägers“ zu beurteilen bzw. zu lösen ist.⁷⁴ Schließlich könnte so die „Gerechtigkeit durch Verfahren“ in Gefahr sein, wenn eine Partei die Möglichkeit hätte, durch eine „prozeßtaktische Zession“⁷⁵, die durch die ZPO vorgegebene „loser pays rule“ zu umgehen bzw. zu ihren Gunsten zu verändern.⁷⁶ Im Grundsatz gilt jedenfalls, dass ein Beklagter kein Recht auf einen solventen Kläger hat.⁷⁷ In der Regel trägt vielmehr jede Partei das Risiko, von einem zahlungsunfähigen Kläger verklagt zu werden.⁷⁸ Lediglich im Fall der §§ 110, 111 ZPO wird dem Beklagten eine „Prozesskostensicherheit“ im Sinne einer „Ausländersicherheit“ gewährt, die es ihm erlaubt, die Einrede mangelnder Kostenerstattung (§ 269 Abs. 6 ZPO) geltend zu machen.⁷⁹ In allen anderen

6. Aufl. 2016, Rn. 167; *Wilke*, ZJS 2014, 365 (366); siehe etwa im Vergleich zur deutschen Kostenregelung die „American Rule“ bei *Buchner* (Fn. 10), S. 53 f., wonach die unterliegende Partei „grundsätzlich“ – vorbehaltlich zahlreicher Ausnahmen – keine Kostenerstattungspflicht gegenüber der obsiegenden Partei hat.

⁷³ So auch *Stadler*, JZ 2014, 613 (617); siehe auch LG Düsseldorf JZ 2014, 635 (639), das auf die Regelungen zur Verbandsklagebefugnis (§ 33 Abs. 2 GWB und § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG) verweist, wonach der „klagende Verband die erforderliche finanzielle Ausstattung zur Rechtsverfolgung“ besitzen muss.

⁷⁴ Jedenfalls liegt in einer solchen Konstellation kein Scheingeschäft gem. § 117 BGB vor, denn ist ein Rechtsgeschäft dann nicht bloß zum Schein geschlossen, wenn der mit ihm verfolgte Zweck – hier die Verlagerung des Prozesskostenrisikos auf den Beklagten – seine Gültigkeit voraussetzt, siehe zur sog. „prozeßtaktischen Zession“ – mit entsprechender Argumentation – *Buß/Honert*, JZ 1997, 694 m.w.N.

⁷⁵ So der Titel des Aufsatzes von *Buß/Honert*, JZ 1997, 694.

⁷⁶ Fast wörtlich *Buß/Honert*, JZ 1997, 694 (697) im Kontext der Erschleichung der Zeugenstellung durch Abtretung im Prozess.

⁷⁷ BGHZ 96, 151 (156); 100, 217 (221); BGH NJW 1999, 1717 (1718); *Armbrüster* (Fn. 63), § 138 Rn. 111; *Fest*, WM 2015, 705 (711); *Stadler*, JZ 2014, 613 (617); OLG München ZIP 2013, 558 zum sog. Kirch-Fall.

⁷⁸ BGHZ 100, 217 (221); krit. hierzu *Schumann* (Fn. 35), S. 487 ff.

⁷⁹ Allerdings beschränkt sich die Anwendung des § 110 ZPO auf wenige Fälle, denn entbindet einerseits eine Vielzahl von Staatsverträgen von dieser Pflicht und andererseits urteilte der EuGH NJW 1997, 3299, dass die Vorschrift für Kläger, die ihren „gewöhnlichen Aufenthalt [...] in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union haben [...]“, nicht gilt; vgl. hierzu *Paulus* (Fn. 72), Rn. 169 sowie ferner EuGH NJW 1993, 2431; EuGH NJW 1996, 3407; siehe auch *Fest* (WM 2015, 705 [712]), der die Anwendbarkeit des § 110 ZPO im

⁶⁶ Vgl. nur *Henckel* (Fn. 30), S. 647.

⁶⁷ Vgl. etwa BGH NJW 2007, 1447, dem zufolge die reine Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht ausreichen soll und BGHZ 109, 314, demnach ausreichend ist, wenn sich die Beteiligten der Kenntnis grob fahrlässig verschließen; *Mansel*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 138 Rn. 11c; ferner bereits *Boecken/Krause*, NJW 1987, 420 m.w.N.

⁶⁸ *Armbrüster* (Fn. 63), § 138 Rn. 4 zum Verhältnis von § 134 BGB und § 138 BGB; *Arnold*, in: *Erman*, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 138 Rn. 10; *Ellenberger*, in: *Palandt*, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 138 Rn. 13 ff.; vgl. ferner BGHZ 51, 152 (160).

⁶⁹ So auch *Thole*, ZWeR 2015, 93 (105).

⁷⁰ *Zutr. Thole*, ZWeR 2015, 93 (105).

⁷¹ Dazu nur *Gsell* (Fn. 11), S. 194.

⁷² *Boecken/Krause*, NJW 1987, 420 (421); *Flockenhaus*, in: *Musielak/Voit*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 13. Aufl. 2016, § 91 Rn. 1; *Paulus*, Zivilprozessrecht,

Fällen ist die Möglichkeit vom Kläger Prozesskostensicherheit zu verlangen, dem deutschen Zivilprozessrecht fremd – auch wenn dies de lege ferenda (insb. für die „Treuhandsfälle“) wünschenswert wäre.⁸⁰ Vor diesem Hintergrund schützt § 110 Abs. 1 ZPO den Beklagten nicht vor der Gefahr der Vermögenslosigkeit des Klägers und zwar unabhängig davon, ob der Kläger ein „originär eigenes Recht“ oder ein solches, das ihm zum Zwecke der Einziehung übertragen worden ist, geltend macht.⁸¹

3. Nachteil für den Beklagten

Infolgedessen ist eine Gesamtwürdigung des jeweils verfolgten Zwecks sowie des dazu eingesetzten Mittels unter Berücksichtigung sämtlicher objektiver und subjektiver Umstände vorzunehmen.⁸² Fraglich ist zunächst, ob dem Beklagten im Falle des „Vorschiebens eines mittellosen Klägers“ immer ein objektiver Nachteil entsteht. Eine derartig pauschale Betrachtungsweise wird zwar von der Rechtsprechung herangezogen, vermag aber nicht zu überzeugen.⁸³ Vielmehr sollte ein Vergleich mit der Situation ohne Inkassozeession vorgenommen werden.⁸⁴ Einem Beklagten kann nämlich nur dann ein objektiver Nachteil durch die Inkassozeession entstehen, wenn der Zedent selbst im Falle einer Klage zur Prozesskostenerstattung problemlos in der Lage gewesen wäre. Problematisch könnte dabei allenfalls sein, welche Umstände in den Vergleich zwischen der finanziellen Leistungsfähigkeit von Inkassozedent und Inkassozeessionar berücksichtigt werden müssen. So könnte man etwa das Gesamtvolumen von „myRight“ (Abtretung aller Entschädigungsansprüche aus dem VW-Abgasskandal) mit dem einzelnen Anspruch des jeweiligen Zedenten vergleichen und sodann zum Ergebnis gelangen, der ursprüngliche Forderungsinhaber hätte, indem er nur seinen eigenen Anspruch hätte durchsetzen wollen, die Prozesskosten des Beklagten im Unterliegensfall unstreitig tilgen können.⁸⁵ Ob eine solche Auffassung sachgerecht erscheint, ist jedenfalls bedenklich. Schließlich hat der Inkassozedent keinen Einfluss darauf, wann das Gesamtvolumen der Rechtsverfolgungsgesellschaft derart hoch ist, dass die Prozesskostenerstattung für den Gegner gefährdet ist.⁸⁶ Maßgeblich kann daher nur sein, ob die Situation des Inkassozeessionars „*offensichtlich*“ schlechter ist als diejenige des

Zedenten.⁸⁷ Unter welchen Umständen eine „*offensichtlich*“ schlechtere Situation anzunehmen ist, darüber sollte eine Gesamtabwägung – unter Berücksichtigung der objektiven finanziellen Mittel der an der Zeession Beteiligten – entscheiden. So kann etwa die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Inkassozeessionar als Indiz dafür dienen, dass die Zeession gerade darauf abzielte, dem Beklagten die Möglichkeit einer Prozesskostenerstattung zu nehmen.⁸⁸

4. Der maßgebliche Zeitpunkt

Sodann stellt sich die Frage, ob der Vergleich der finanziellen Leistungsfähigkeit der an der Abtretung Beteiligten – nach den allgemeinen Regeln zu § 138 BGB – eine Zeitpunktbeurteilung bezogen auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts verlangt.⁸⁹ War nämlich der Inkassozeessionar zu diesem Zeitpunkt nicht in der Lage die Prozesskosten des Beklagten zu tilgen, so ist und bleibt die Inkassozeession – auch im Falle einer nachträglichen Heilung der Sittenwidrigkeit – sittenwidrig. Bekanntermaßen ist nach h.M. eine selbstständige Heilung ausgeschlossen.⁹⁰ Vielmehr sind die Parteien gezwungen, das nunmehr sittengemäße Rechtsgeschäft erneut vorzunehmen oder zu bestätigen (§ 141 Abs. 1 BGB).⁹¹ Die Rechtsprechung jedenfalls legt eine solche starre Zeitpunktbeurteilung auch Inkassozeessionen zugrunde und lehnt eine selbstständige Heilung ab.⁹² Dies erscheint jedoch mehr als bedenklich, kommt es doch tatsächlich nur auf die hypothetische Prozesskostenerstattung an. Grundsätzlich gilt nämlich im Rahmen der Abtretung, dass – sofern sich die finanzielle Leistungsfähigkeit des Zeessionars während des Prozesses bessert – eine Nachholung der Rechtshandlungen bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung möglich ist.⁹³ Hinzu kommt, dass auch bei der gewillkürten Prozessstandschaft für die wirksame Ermächtigung auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt wird, mithin eine positive Änderung der finanziellen Leistungsfähigkeit des ermächtigten Klägers berücksichtigt wird.⁹⁴ Weshalb

⁸⁷ Vgl. insofern auch *Thole*, ZWeR 2015, 93 (102).

⁸⁸ So etwa ausdrücklich in Art. 99 der (neuen) schweizerischen Bundeszivilprozessordnung von 2011 normiert. Art. 99 S. 1 lit. b verlangt, dass die klagende Partei „zahlungsunfähig erscheint, namentlich [wenn] gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren in Gang ist“, vgl. dazu auch *Stadler*, JZ 2014, 613 (618).

⁸⁹ BGH NJW 1989, 1276 (1277); BGH NJW 1995, 1886 (1887); *Mansel* (Fn. 67), § 138 Rn. 2 f.; *Wendtland* (Fn. 82), § 138 Rn. 26.

⁹⁰ *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (340 m.w.N.); *Ellenberger* (Fn. 68), § 138 Rn. 10; *Wendtland* (Fn. 82), § 138 Rn. 27.

⁹¹ Vgl. zur Möglichkeit der Bestätigung BGH NJW 2007, 2841 und zur Neuvernahme BGH NJW 2012, 1570 (1571).

⁹² OLG Düsseldorf BeckRS 2015, 05317 Rn. 74.

⁹³ *Stadler*, JZ 2014, 613 (618).

⁹⁴ BGH NJW-RR 1993, 670; *Bendtsen* (Fn. 37), § 51 Rn. 21; *Bork*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2004, Vorbem. zu § 50 Rn. 44; *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 37. Aufl. 2016, § 51 Rn. 33; *Weth* (Fn. 37), § 51 Rn. 26.

Fall „CDC/Zementkartell“ verneint, denn waren prozessökonomische Vorteile für die an der Zeession Beteiligten handlungsleitend.

⁸⁰ Hierfür spricht sich insbesondere *Gsell* ([Fn. 11], S. 197) aus.

⁸¹ Zutreffend *Fest*, WM 2015, 705 (712).

⁸² BGH NJW 2008, 2027, st. Rspr.; *Armbrüster* (Fn. 63), § 138 Rn. 30 und insbesondere für die Zeessionsfälle Rn. 111; *Mansel* (Fn. 67), § 138 Rn. 8; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 138 Rn. 21.

⁸³ *Zutr. Stadler*, JZ 2014, 613 (618).

⁸⁴ *Stadler*, JZ 2014, 613 (618).

⁸⁵ *Thole*, ZWeR 2015, 93 (101).

⁸⁶ *Thole*, ZWeR 2015, 93 (101).

dann eine selbsteintretende Heilung der nunmehr sittengemäßen Abtretung ausgeschlossen sein soll, erschließt sich nicht.⁹⁵ Des Weiteren kommen Zweifel an der starren Zeitpunkt Betrachtung auf, sobald man sich den hypothetischen Fall vor Augen hält, dass der Inkassozeessionar im Zeitpunkt der Vornahme der Abtretung finanziell leistungsstark war, aber noch vor Klageerhebung oder während des Prozesses vermögenslos geworden ist.⁹⁶ Der Prozesskostenerstattungsanspruch wäre in einem derartigen Fall gleichermaßen gefährdet. Gleichwohl würde man eine sittenwidrige Abtretung mit der Begründung verneinen, der Vermögensverlust sei nicht sittenwidrig gewesen.⁹⁷ Eine solche Betrachtungsweise verleitet sodann zu Manipulationen, indem ein Prozessfinanzierer, ein Dritter oder der Zedent im Zeitpunkt der Abtretung eine Finanzierungszusage macht, der zufolge der Kostenerstattungsanspruch gesichert ist, aber diese Zusage vor oder während des Prozesses zurückzieht, mithin die h.M. konsequenterweise eine sittenwidrige Abtretung verneinen müsste – auch wenn das Vermögen des Zessionars lediglich „künstlich hochgehalten“ wurde.⁹⁸

a) Abstellen auf das Ende der letzten mündlichen Verhandlung

Um der starren Zeitpunkt Betrachtung des § 138 BGB zu entgehen, könnte man daher erwägen, für die finanzielle Lage des Inkassozeessionars auf das Ende der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen. Für das Abstellen auf das Ende der letzten mündlichen Verhandlung im Rahmen des § 138 BGB spricht zunächst die Berücksichtigung positiver Veränderungen der finanziellen Leistungsfähigkeit – entsprechend der h.M. zur gewillkürten Prozessstandschaft.⁹⁹ Die ohnehin „funktionsäquivalenten“ Rechtsinstitute der Inkassozeession und der Einziehungsermächtigung sowie ihre prozessuale Durchsetzung im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft würden mithin gleichermaßen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit behandelt werden.¹⁰⁰ Hinzu kommt, dass eine Klageabweisung mit der Begründung, der Kostenerstattungsanspruch sei einmal früher hypothetisch gefährdet gewesen, „eine durch nichts zu rechtfertigende Bevorzugung des Beklagten allein in den Inkassofällen [wäre] und [...] den Kläger zur erneuten Klageerhebung nach wiederholter Abtretung [zwingen würde].“¹⁰¹ Schließlich würde man dieser Ansicht nach in der Tat auch das Beibringen von Bürgschaften berücksichtigen, indem etwa ein Dritter, der sich zwar noch nicht im Zeitpunkt

der Abtretung, aber jedenfalls noch vor Klageerhebung oder bis zum Ablauf der letzten mündlichen Verhandlung bereit erklärt, für den Kläger zu „bürge“¹⁰²; ergo eine Gefährdungslage des Beklagten – anders als beim Abstellen auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts – erst gar nicht entstehen würde.

b) Zwischenergebnis

Weil die Rechtsprechung weiterhin an der starren Zeitpunkt Betrachtung festhält, sei „myRight“ zu raten, sich bereits vor den Inkassoabtretungen um eine hinreichende Prozessfinanzierung zu bemühen. Nachdem der Prozessfinanzierer *Burford Capital*¹⁰³ der Kanzlei von *Hausfeld* bereits zugesagt hatte, 30 Millionen für ihre Prozesse in Deutschland zur Verfügung zu stellen,¹⁰⁴ dürfte der Prozesskostenerstattungsanspruch für die VW-AG im Falle des Obsiegens gedeckt sein. Zumindest dürften grundsätzlich keine Bedenken für einen Missbrauch der Inkassozeession durch das „Vorschieben eines mittellosen Klägers“ bestehen, da die einzelnen VW-Kunden (insbesondere Verbraucher) kaum liquider sein werden als ein Prozessfinanzierer. Der Rechtsprechung sei jedenfalls zu raten – aufgrund der Änderung der tatsächlichen Grundlage der angenommenen Sittenwidrigkeit im Falle des Vorschiebens eines mittellosen Inkassozeessionars – von der starren Zeitpunkt Betrachtung Abstand zu nehmen und wegen des (notwendigen) Vergleichs zur gewillkürten Prozessstandschaft vielmehr auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen, zumal auch für Testamente inzwischen anerkannt ist, dass der Zeitpunkt der richterlichen Bewertung bzw. des Erbfalls entscheidend sei.¹⁰⁵ Im Übrigen wird auch für die Feststellung eines Rechtsmissbrauchs im Rahmen des § 242 BGB auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Rechts bzw. – im Rechtsstreit – auf die letzte mündliche Verhandlung abgestellt, so dass eine derartige Betrachtungsweise keinesfalls eine eklatante Ausnahme in der Rechtsprechung zu den „Generalklauseln des BGB“ darstellen würde.¹⁰⁶

⁹⁵ Ebenso *Stadler*, JZ 2014, 613 (618 f.).

⁹⁶ *Thole*, ZWeR 2015, 93 (103).

⁹⁷ Denn ist für die Verhältnisse des Zessionars der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts maßgeblich, vgl. nur *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (340 m.w.N.) aus der Rechtsprechung des RG sowie des BGH; dazu auch *Boecken/Krause*, NJW 1987, 420 (421).

⁹⁸ Zutreffend hiervon ausgehend *Thole*, ZWeR 2015, 93 (103); ebenso *Makatsch/Abele*, WuW 2014, 164 (167).

⁹⁹ Denn gilt dort der Grundsatz der Rücknehmbarkeit von Prozesshandlungen, vgl. nur *Schumann* (Fn. 35), S. 473.

¹⁰⁰ Ähnlich *Stadler*, JZ 2014, 613 (619).

¹⁰¹ Wörtlich *Stadler*, JZ 2014, 613 (619).

¹⁰² Ähnlich *Thole*, ZWeR 2015, 93 (102). Dies gilt natürlich nur insofern der Bürge über ausreichend Kapital verfügt.

¹⁰³ Zur Website <http://www.burfordcapital.com/> (1.11.2016).

¹⁰⁴ So die Mitteilung auf der Website von Hausfeld, unter <http://www.hausfeld.com/news/global/30-mio.-euro-projekt-von-hausfeld-und-burford-capital-fuer-den-deutschen-ma> (1.11.2016) abrufbar.

¹⁰⁵ Vgl. dazu nur OLG Hamm OLGZ 1979, 425 (427 f.) sowie die Darstellung bei *Eckert*, AcP 199 (1999), 337 (342 f.), insbesondere 356 m.w.N.); siehe auch *Paal*, JZ 2005, 436 (443 f.); *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2011, § 138 Rn. 105.

¹⁰⁶ Vgl. dazu *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2015, § 242 Rn. 153; siehe auch *Boecken/Krause*, NJW 1987, 420 (421), die sich gerade auf § 242 BGB berufen.

5. Vorteile einer Prozessführung durch die Bündelung von Ansprüchen

Ein weiterer „Makel“, der der Lösung der Rechtsprechung anhaftet, ist die Nichtberücksichtigung der Vorteile einer Prozessführung durch die Bündelung von Ansprüchen mittels einer Inkassozeession, denn es darf nicht vergessen werden, dass die Lösung über § 138 BGB „stets eine Prüfung der Beweggründe, die zumindest auch im Subjektiven verhaftet sind“¹⁰⁷, erfordert. Bereits das OLG München¹⁰⁸ hat im sog. Kirch-Fall zutreffend auf die mannigfachen kostensparenden Folgen einer Anspruchsbündelung – von denen beide Parteien profitieren – hingewiesen. Zudem entbindet ein „gebündeltes“ Vorgehen von der mehrfachen Durchführung der gleichen Beweisaufnahme.¹⁰⁹ Dies führt zugleich zu zeitlichen Ersparnissen.¹¹⁰ Zusätzlich kann durch eine solche Vorgehensweise – zumindest bei Massenschäden – die Justiz entlastet werden.¹¹¹ Obendrein dient die „Bündelung von Ansprüchen“ dem Entscheidungseinklang und der Rechtssicherheit, da die Gefahr divergierender Entscheidungen besteht, wenn verschiedene Gerichte über dasselbe tatsächliche und/oder rechtliche Problem urteilen.¹¹² Hinzu kommt, dass eine Rechtsdurchsetzung – gerade bei geringen Bagatell- bzw. Streuschäden, aber auch bei Massenschäden – nur in Betracht kommt, wenn eine Person das Heft des Handelns in die Hand nimmt, denn mag es aus Sicht des einzelnen Beteiligten – aufgrund der „hohen Wagnisse und Mühen“¹¹³ eines (eigenen) Zivilprozesses – durchaus rational¹¹⁴ sein, auf eine individuelle Anspruchsdurchsetzung zu verzichten. Daher

läuft die Argumentation, der einzelne Zedent könne den Anspruch selbst einklagen, ins Leere.¹¹⁵ Schließlich wäre bei einer solchen Betrachtungsweise auch der Finanzierungsvorteil des Zedenten – nämlich gerade nicht die Kosten des Rechtsstreits zu tragen – dahin.¹¹⁶ Des Weiteren würde der Beklagte insoweit von der Anwendung des § 138 BGB doppelt begünstigt werden, indem einerseits der Inkassozeessionar (bereits im Zeitpunkt der Abtretung!) mit hinreichend Kapital ausgestattet sein und andererseits der Anspruchsgegner – sollte die Abtretung nichtig sein – keinen weiteren Prozess durch die einzelnen Zedenten fürchten muss.¹¹⁷

6. Schädigungsabsicht für Inkassozeessionen?

Vor dem Hintergrund der fehlenden Bündelungsmöglichkeit von Ansprüchen bei Bagatell- bzw. Streuschäden und Massenschäden, könnte für die Bewertung der Wirksamkeit einer Inkassozeession ein strengerer Maßstab – als dies bisher der Fall war – anzulegen sein, der das „strenge moralische Urteil“¹¹⁸ des § 138 BGB rechtfertigt. So wird zutreffend vorgeschlagen, dass eine Inkassozeession nur dann sittenwidrig sein kann, wenn Zedent und Zeessionar sie nur aus dem Grund vornehmen, um in *Schädigungsabsicht* die prozessuale Kostenerstattungssituation des Beklagten zu verschlechtern.¹¹⁹ Zwar ist eine Schädigungsabsicht ebenso wenig wie eine – jüngst vom BGH¹²⁰ geforderte – „verwerfliche Gesinnung“ eine allgemeine Voraussetzung für die Annahme eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts,¹²¹ doch spricht insbesondere der Grundsatz, dass kein Beklagter einen Anspruch auf einen

¹⁰⁷ Thole, ZWeR 2015, 93 (101); sowie von der Kenntnis der „sittenwidrigkeitsbegründenden Umstände, Motive, Zwecke usw.“ sprechend Dörner, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 138 Rn. 4; so auch Wendtland (Fn. 82), § 138 Rn. 23; siehe näher zum „Subjektiven Tatbestand des § 138“ auch Lindacher, AcP 173 (1973), 124 (125 ff., insb. 127).

¹⁰⁸ OLG München ZIP 2013, 558.

¹⁰⁹ OLG München ZIP 2013, 558.

¹¹⁰ Generell zur sog. Prozessökonomie und -effizienz siehe Buchner (Fn. 10), S. 47, die aber richtigerweise anführt, dass auch auf dem Gebiet des kollektiven Rechtsschutzes zeit- und kostenintensive Klagen geführt werden (können); Möllers/Weichert, NJW 2005, 2737 (2738); Tamm, ZHR 174 (2010), 525 (529).

¹¹¹ Zutreffend Buchner (Fn. 10), S. 50, die aber den „kollektiven Rechtsschutz“ bei Bagatellschäden als eine „Mehrbelastung“ der Justiz beschreibt.

¹¹² Buchner (Fn. 10), S. 50; Reuschle, WM 2004, 966 (973).

¹¹³ Thole, ZWeR 2015, 93 (100).

¹¹⁴ So auch Bamberger (Fn. 10), S. 33 f., der von „subjektive[n] und bisweilen übertriebene[n] Ängste[n]“ Massenschäden Betroffenen spricht, diese aber gleichwohl auch durch „faktische Umstände gehindert“ sieht zu klagen; vom „rationalen Desinteresse“ potentiell Geschädigter spricht etwa Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 79; siehe ferner auch Bien (Fn. 15), S. 131 f. zum „Problem der rationalen Apathie“; ferner Hempel, NJW 2015, 2077; Schaub, JZ 2011, 13 (16) insbesondere für Bagatellschäden.

¹¹⁵ Zutr. Thole, ZWeR 2015, 93 (100).

¹¹⁶ So stellt Hempel (NJW 2015, 2077 [2079]) richtigerweise klar, dass man „auf die Zedenten als Geldgeber [...] nicht unbedingt setzen [kann]“, denn haben diese „eher wenig Interesse an einer Kostenbeteiligung.“

¹¹⁷ Thole, ZWeR 2015, 93 (100).

¹¹⁸ Stadler, JZ 2014, 613 (619).

¹¹⁹ So Stadler, JZ 2014, 613 (619 f.); vgl. ferner Boecken/Krause, NJW 1987, 420 (421), die eine „Lösung dieses Interessenkonflikts“ im Rahmen des § 242 BGB suchen, wonach „die Ausübung einer Rechtsposition eine grobe und unerträgliche Unbilligkeit“ darstellen müsste, damit der Grundsatz des Verbots der unzulässigen Rechtsausübung greift. Eine solche „grobe und unerträgliche Unbilligkeit“ impliziert einen äußerst strengen Maßstab, der mit der Schädigungsabsicht gleichzustellen sein könnte.

¹²⁰ BGH NJW 2004, 2671 (2673); BGH NJW 2010, 363; siehe dazu auch Armbrüster, JZ 2015, 733 (735).

¹²¹ Vgl. nur BGH NJW 1993, 1587 (1588); Dörner (Fn. 107), § 138 Rn. 4; Wendtland (Fn. 82), § 138 Rn. 23 gegen das Erfordernis einer Schädigungsabsicht; sowie Armbrüster (Fn. 63), § 138 Rn. 117; ders., JZ 2015, 733 (736); Canaris, AcP 200 (2000), 273 (301); Lindacher, AcP 173 (1973), 124 (126) gegen das Erfordernis einer „verwerflichen Gesinnung“, denn geht es bei § 138 BGB lediglich darum inhaltlich anstößige Rechtsgeschäfte dem Nichtigkeitsverdikt auszusetzen, hingegen nicht um die Unterdrückung als bedenklich erachteter Gesinnungen; dagegen auch LG Düsseldorf JZ 2014, 635 (640).

zahlungsfähigen Kläger hat dafür, sie gleichwohl für die Bewertung sittenwidriger Inkassoessionen heranzuziehen.¹²² Auch der Umstand, dass eine Inkassoession grundsätzlich nur dann als sittenwidrig gilt, wenn ihr „maßgeblicher Zweck“, der sich nur vorsätzlich – nicht aber (grob) fahrlässig verfolgen lässt –, die Verlagerung des Prozesskostenrisikos auf den Beklagten ist, lässt eine derartige Auslegung zu.¹²³ Schließlich stellt die im Allgemeinen uneingeschränkte Abtretbarkeit von Forderungen eines der Grundprinzipien des deutschen Zivilrechtssystems dar, so dass eine Einschränkung jener Freiheit nur dann erfolgen kann, „wenn sie völlig einseitig zur Schädigung Dritter missbraucht wird.“¹²⁴

7. Rechtsfolgen einer „sittenwidrigen“ Inkassoession

Gelangt man schließlich – entsprechend dem Vorliegen einer Schädigungsabsicht der an der Zession Beteiligten – zu dem Ergebnis, dass die Inkassoession sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB ist, bedarf es der Frage, ob diese – nach den allgemein anerkannten Grundsätzen zu § 138 BGB – von Anfang an (ex tunc) als nichtig anzusehen ist.¹²⁵

a) „Durchgriffslösung“

Teilweise wird gegen das Nichtigkeitsverdict für die Inkassoession eingewandt, diese hätte eine „überschießende Sanktion“ zur Folge, „die nicht notwendig ist, um den Vermögensinteressen des Beklagten Rechnung zu tragen.“¹²⁶ Vielmehr erscheine eine sog. „Durchgriffslösung“, die für die Vermögensverhältnisse im Rahmen der Inkassoession auf den Inkassozedenten abstellt, sachgerecht, zumal dies für die Rechtsprechung kein Neuland wäre, das sie zu betreten hätte, denn ist allgemein anerkannt, dass bei der rechtsmissbräuchlichen Erschleichung von Prozesskostenhilfe durch das „Vorschieben eines mittellosen Klägers“ gerade auf den tatsächlichen Rechtsinhaber abzustellen sei.¹²⁷

b) Zweifel an der „Durchgriffslösung“?

Eine solche „Durchgriffslösung“ müsste aber mit dem Prinzip des Zwei-Parteien-Prozesses¹²⁸ und dem maßgeblichen formellen Parteibegriff der ZPO (§§ 91 ff. ZPO)¹²⁹ konkurrieren. Daher wird eingewandt, eine derartige Lösung hätte eine Verkomplizierung des Kostenerstattungsverfahrens zur Folge. Zudem bestünde für denjenigen Zedenten, der sich seiner Forderungen vollständig „abgestoßen“ habe, gleichwohl die Gefahr, mit fremden Prozessen – nämlich denen des Zessionars – in Berührung zu kommen.¹³⁰ Es mag zwar durchaus richtig sein, dass bei einer „Durchgriffslösung“ die Wertungen der §§ 91 ff. ZPO umgangen werden würden, jedoch ist ein Durchgriff auf den vermögenden Zedenten – sofern man weiterhin mit dem „vagen“ Maßstab des § 138 BGB operieren muss – jedenfalls angemessener, als die Nichtigkeit der Zession.¹³¹ Dies vor allem deshalb, weil es infolge von Inkassoessionen nicht immer zwingend zu Prozessen kommen muss, das Nichtigkeitsverdict aber gerade einen möglichen außergerichtlichen Vergleich oder Anwaltsvergleich, der sachgerecht erscheint, weil dann die Prozesskostengefährdung des Gegners nicht gegeben ist, zunichtemachen würde.¹³² Schließlich greift auch das Argument der vollständigen Entledigung der Forderungen durch den Zedenten im Rahmen der Inkassoession nicht, sofern man sich ihre Rechtsnatur vor Augen führt. Maßgeblich für sie ist – wie unter Punkt II. erläutert – eine wirtschaftliche und gerade keine formalrechtliche Betrachtungsweise, mithin eine „Forderungsabstoßung im Ganzen“, da der Inkassozedent weiterhin das Bonitätsrisiko der Einziehung der Forderung trägt, überhaupt nicht denkbar sei. Des Weiteren soll die „Durchgriffslösung“ nur auf Fälle von Inkassoessionen beschränkt werden. Keinesfalls kann sie eine allgemeine Lösung für sämtliche „normale“ Abtretungsfälle darstellen.

¹²² Stadler, JZ 2014, 613 (619 f.).

¹²³ So Armbrüster, JZ 2015, 733 (736); ähnlich Fest, WM 2015, 705 (711).

¹²⁴ Wörtlich Armbrüster, JZ 2015, 733 (735).

¹²⁵ Vgl. nur Boemke/Ulrici, BGB, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 61; Dörner (Fn. 107), § 138 Rn. 17; Mansel (Fn. 67), § 138 Rn. 25 ff.; Rütters/Stadler (Fn. 41), § 26 Rn. 42; Wendtland (Fn. 82), § 138 Rn. 29.

¹²⁶ Stadler, JZ 2014, 613 (621).

¹²⁷ So etwa BGHZ 47, 289 (292); vgl. insbesondere für einen „Durchgriff“ im Kontext der gewillkürten Prozessstandschaft auf den Ermächtigenden Schumann (Fn. 35), S. 487 m.w.N.; Fischer, in: Musielak/Voit, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 13. Aufl. 2016, § 114 Rn. 5; Kießling, in: Saenger, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2015, § 114 Rn. 14; a.A. Bork (Fn. 94), § 114 Rn. 7; vgl. ferner die Entscheidungen des BGH zur Prozessermächtigung einer vermögenslosen juristischen Person bei Schumann (Fn. 35), S. 489 f.

¹²⁸ Dazu allgemein Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2010, § 40 Rn. 26; sowie im Kontext kollektiver Klageinstrumente Lange, Das begrenzte Gruppenverfahren, 2011, S. 110 ff. (insb. S. 112), die letztlich ebenfalls das Prinzip des Zwei-Parteien-Prozesses nicht als Zulässigkeitshindernis für Kollektivklagen sieht, „soweit eine eindeutige Zuordnung der Beteiligten zu einer der sich gegenüberstehenden Seiten möglich ist.“ Dies ist im Fall der gebündelten Rechtsdurchsetzung mittels Inkassoession unstreitig der Fall.

¹²⁹ Hierzu allgemein siehe Jacoby, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2004, Vorbem. zu § 50 Rn. 2 m.w.N.; Paulus (Fn. 72), Rn. 64 ff.

¹³⁰ Vgl. Thole, ZWeR 2015, 93 (107 f.).

¹³¹ Zutr. Stadler, JZ 2014, 613 (621); dies gilt vor allem auch deshalb, weil die Kostenfrage so in subjektive Bereiche verschoben wird, obschon die prozessualen Kostenerstattungsansprüche kein Verschulden der unterliegenden Partei voraussetzen, vgl. dazu Schumann (Fn. 35), S. 488.

¹³² Stadler, JZ 2014, 613 (620 f.).

c) Zwischenergebnis

Vor diesem Hintergrund stellt der Durchgriff auf den vermögenden Zedenten im Falle der Prozesskostenerstattung de lege lata für die Inkassozeession ein vernünftiges Mittel dar. Das Nichtigkeitsverdict des § 138 BGB sollte daher teleologisch reduziert werden.¹³³ Alternativ ließe sich das Nichtigkeitsurteil über die Anwendung von § 242 BGB vermeiden, sofern sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, da die Nichtigkeitsrechtsfolge dann zu einem Ergebnis führt, welches der Billigkeit (im Sinne von Individualgerechtigkeit) widerspricht.¹³⁴

V. Schlussbetrachtung und Ausblick

Die Inkassozeession eignet sich als etwaige „Sammelklage“ nach deutschem Recht – gemäß den Vorgaben der Rechtsprechung – noch nicht als ein effektives kollektives Rechtsschutzinstrument, obschon sie dies – de lege lata – zumindest für die Bewältigung von Massenschäden sein kann. Voraussetzung hierfür wäre ein differenzierter Ansatz der Rechtsprechung im Rahmen der § 134 BGB (i.V.m. § 3 RDG), § 138 BGB. De lege ferenda täte der Gesetzgeber gut daran, eine Anpassung des Prozesskostenrechts und des Rechts der Prozesskostensicherheit für die Fälle der treuhänderischen Rechtsdurchsetzung vorzunehmen.¹³⁵ Als „Vorbild“ könnten insofern die Rules 25.12-25.14 der Civil Procedure Rules 1999 von England und Wales dienen, die auf Antrag des Beklagten die gerichtliche Anordnung einer „security for costs“ vorsehen, wenn eine klagende Gesellschaft oder ein „nominal claimant“ voraussichtlich die Prozesskosten der Gegenseite im Falle ihres Obsiegens nicht tilgen kann.¹³⁶ Dies entspricht insofern einer subsidiären Haftung des Inkassozedenten für die Prozesskosten des Gegners – anteilig nach der Höhe der jeweiligen Forderung – im Fall der Vermögenslosigkeit des Inkassozeessionars (so Rule 25.14 der Civil Procedure Rules für England und Wales).¹³⁷

Grenzen werden der „Inkassozeessionslösung“ jedenfalls bei der Bewältigung von Bagatell- bzw. Streuschäden gesetzt, weil sich die lediglich ganz geringfügig Geschädigten¹³⁸ kaum auf den mit dem Verkauf und der Abtretung der Forderungen verbundenen bürokratischen Aufwand einlassen werden, zumal gewiss das Interesse des Inkassozeessionars (und seines Finanzierers) bei niedrigen Schadensersatzforderungen

eher schwach sein dürfte.¹³⁹ Zwar werden es künftig auch die nach dem RDG registrierten Rechtsverfolgungsgesellschaften schwerer haben, eine Klage durchzusetzen, sofern nicht – im Zeitpunkt der Abtretung – hinreichend Kapital vorhanden ist, um den Kostenerstattungsanspruch des Beklagten zu decken.¹⁴⁰ Gleichwohl sollte man das „Inkassoabtretungsmodell“ nicht völlig aus den Augen verlieren, zumal eine effektivere kollektive Rechtsschutzmöglichkeit – mit Finanzierungscharakter – für die Bewältigung von Massenschäden in Deutschland kaum zu erkennen ist.¹⁴¹

¹³³ Stadler, JZ 2014, 613 (621).

¹³⁴ Siehe umfassend zum Verhältnis von § 242 BGB zu teleologischer Reduktion und Analogie Looschelders/Olzen (Fn. 106), § 242 Rn. 343 ff. und Rn. 365 ff. zur Konkurrenz zwischen § 242 BGB und § 138 BGB. Zur Möglichkeit der Einschränkung der Nichtigkeitsfolge des § 138 BGB durch § 242 BGB vgl. dies. (a.a.O.), § 242 Rn. 491 ff. (insbesondere Rn. 497).

¹³⁵ Zutreffend Gsell (Fn. 11), S. 197.

¹³⁶ Vgl. dazu näher Stadler, JZ 2014, 613 (618).

¹³⁷ Dafür spricht sich zutreffend Stadler, JZ 2014, 613 (622) aus.

¹³⁸ Ca. 15 € als Grenze, vgl. Bien (Fn. 15), S. 136 Fn. 28.

¹³⁹ Zutreffend Bien (Fn. 15), S. 136; so auch Bernhard (Fn. 15), S. 171 und 322 ff.; Gsell (Fn. 11), S. 195 f.; siehe auch Fiedler (Fn. 13), S. 112 und 118.

¹⁴⁰ So auch die Einschätzung von Thole, ZWeR 2015, 93 (116 f.) sowie Makatsch/Abele, WuW 2014, 164 (167); vgl. zudem Buchner (Fn. 10), S. 79, denn „zeigt [das Urteil des LG und OLG Düsseldorf], dass bei Abtretungen zur Forderungsbündelung und gesammelten Geltendmachung die finanzielle Situation des Zeessionars von großer Bedeutung ist.“

¹⁴¹ Siehe etwa Hempel, NJW 2015, 2077 (2080): „Das Abtretungsmodell ist nicht passé, aber anpassungsbedürftig.“; ähnlich auch Stadler, JZ 2014, 613 (621 f.); ferner Alfaro/Reher, The European Antitrust Review 2010, 2010, 43 (44), die bereits die gebündelte Klageerhebung von CDC mittels Inkassozeession als Nachweis dafür sehen, dass es einer gesetzlichen Fixierung von Sammelklagen in der EU nicht bedürfe; nach Kainer/Persch (WuW 2016, 2 [7]) ist „die Abtretungskonstruktion [...] keineswegs obsolet“; da das Urteil des LG Düsseldorf in der Berufung bestand hatte, sehen Makatsch/Abele (WuW 2014, 164 [170 f.]) dies als „deutliche[n] Rückschritt für die private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland“ an.