

# Kollektive Rechtsdurchsetzung

Asmus / Waßmuth

2022

ISBN 978-3-406-72935-5

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Abs. 2 RVG iVm § 16 Nr. 13 RVG: Das OLG solle den Kläger mit dem höchsten Streitwert favorisieren, um dessen Prozessvertreter einen finanziellen Ausgleich zu sichern.<sup>78</sup> Dieses (praxisbezogene) Argument hat mit Inkrafttreten des § 41a RVG am 1.11.2012 an Gewicht verloren. Denn § 41a RVG schafft eine besondere Gebühr für die Rechtsanwältin/den Rechtsanwalt, die/der den Musterkläger im erstinstanzlichen Musterverfahren vertritt.<sup>79</sup>

**cc) Ermessensgerechte Auswahl.** Die Auswahl des Musterklägers erfolgt nach billigem Ermessen des OLG (Abs. 2 S. 1) mit dem Ziel, eine angemessene Interessenwahrnehmung aller Kläger der Ausgangsverfahren zu gewährleisten.<sup>80</sup> Dabei hat das Gericht die in Abs. 2 S. 2 Nr. 1–3 genannten Kriterien vorrangig zu berücksichtigen.<sup>81</sup> **46**

**(1) Angemessene Wahrnehmung der Interessen aller Kläger (Prognoseentscheidung).** Die Ermessensentscheidung des OLG soll gewährleisten, dass die Interessen aller Kläger im Musterverfahren angemessen wahrgenommen werden können.<sup>82</sup> Die Person des Musterklägers muss ein gewichtiges Interesse am Ausgang des Musterverfahrens haben<sup>83</sup> und möglichst die Interessen aller Beigeladenen, jedenfalls aber keine gegensätzlichen Interessen vertreten.<sup>84</sup> **47**

**(2) Ermessensreduzierung auf null.** Einigen sich alle Kläger der Ausgangsverfahren auf einen Musterkläger, ist das Auswahlermessen des Gerichts zwar nicht generell auf null reduziert. Der Grundsatz der Parteiherrschaft (→ Rn. 39) gebietet es aber, jedenfalls dann, wenn keine gewichtigen Gründe gegen die Eignung des Musterklägers bzw. dessen Prozessbevollmächtigte sprechen, der Einigung der Kläger zu folgen, ihr jedenfalls besonderes Gewicht beizumessen.<sup>85</sup> **48**

**(3) Verhältnis der Auswahlkriterien zueinander.** Das Gesetz trifft keine Aussage über das Verhältnis der einzelnen Auswahlkriterien zueinander. In der gerichtlichen Praxis hat sich eine gewisse Vorgehensweise etabliert: Zunächst gibt das OLG den Klägern der Ausgangsverfahren Gelegenheit, Vorschläge bzgl. eines Musterklägers zu machen bzw. eine Einigung iSd Abs. 2 S. 2 Nr. 2 mitzuteilen (→ Rn. 39 ff.).<sup>86</sup> Oftmals werden dem OLG auch mehrere mögliche Musterkläger vorgeschlagen.<sup>87</sup> Liegt keine **49**

<sup>78</sup> Ausf. KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 56 mit Verweis auf Vorwerk/Wolf/Lange KapMuG § 8 Rn. 24.

<sup>79</sup> Ausf. Fölsch NJW 2013, 507, der jedoch die Gebührenbegrenzung auf einen Gebührensatz von 0,3 als unangemessen niedrig erachtet.

<sup>80</sup> OLG München BeckRS 2008, 15971.

<sup>81</sup> OLG Celle BeckRS 2016, 115907 Rn. 8.

<sup>82</sup> KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 57; Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 24.

<sup>83</sup> OLG Celle BeckRS 2016, 115907 Rn. 9.

<sup>84</sup> Ausf. KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 57.

<sup>85</sup> KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 58; ihm folgend Saarländisches OLG Beschl. v. 27.10.2014 – 4 Kap 1/14, Klageregister.

<sup>86</sup> Vgl. etwa OLG Celle BeckRS 2016, 115907 Rn. 6; Rathmann ZBB 2018, 259 (264).

<sup>87</sup> ZB im Verfahren OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 31.10.2016 – 23 Kap 1/16, Klageregister.

## KapMuG § 9

### Abschnitt 2. Durchführung des Musterverfahrens

Einigung vor, prüft das OLG, ob eine besondere Eignung eines (vorgeschlagenen) Klägers iSd Abs. 2 S. 2 Nr. 1 ersichtlich ist. Sofern weder eine Einigung vorliegt noch eine besondere Eignung zu einer Auswahl eines Musterklägers führt, wird die Anspruchshöhe vom OLG als Auswahlmaßstab herangezogen, da es sich bei dem Kriterium iSd Abs. 2 S. 2 Nr. 3 um ein vergleichsweise einfach feststellbares Kriterium handelt.<sup>88</sup>

- 50 Hieraus lässt sich jedoch keine allgemeine Aussage über das Verhältnis der Auswahlkriterien zueinander entnehmen. Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass die drei Kriterien kumulativ zu berücksichtigen sind. Wie jedoch in Fällen zu verfahren ist, in denen die Anwendung der einzelnen Auswahlkriterien zu unterschiedlichen Auswahlentscheidungen führen würde, regelt das Gesetz nicht.
- 51 **(a) Besondere Bedeutung der Eignung.** Dem Kriterium der Eignung des Musterklägers zur angemessenen Verfahrensführung in Abs. 2 S. 2 Nr. 1 wird eine besondere Bedeutung für die Auswahlentscheidung beigemessen. Teilweise wird vertreten, das Kriterium der Eignung sei das entscheidende Kriterium bei der Auswahl des Musterklägers und vorrangig gegenüber den Kriterien in Abs. 2 S. 2 Nr. 2, 3, welche „nur Erläuterungen dieses Kriteriums“ seien.<sup>89</sup> *Kruis* misst dem Auswahlkriterium der Anspruchshöhe (Nr. 3) in Bezug auf die Eignung als Musterkläger „nur eine indizielle Bedeutung“ zu.<sup>90</sup> Zweifelsfrei ist die Eignung des Musterklägers zur angemessenen Verfahrensführung von entscheidender Bedeutung für den Verlauf und den Ausgang des Musterverfahrens.<sup>91</sup>
- 52 **(b) Verhältnis der Eignung zur Einigung.** Etwas anderes – nämlich der Vorrang der Parteidisposition – gilt in der Regel, wenn sich alle Kläger der Ausgangsverfahren auf einen Musterkläger geeinigt haben.<sup>92</sup> Fraglich ist, welches Gewicht einer Einigung vieler, jedoch nicht aller Kläger im Verhältnis zum Kriterium der Eignung zukommt. Überzeugend erscheint hier die Gewichtung bei *Kruis, arg. e* § 17 Abs. 1 S. 4, wonach bei einer Einigung von über 70 % der Kläger Einigung und Eignung die gleiche Bedeutung zukommt.<sup>93</sup>
- 53 **(c) Zurücktreten der Anspruchshöhe.** Nicht von entscheidender Bedeutung ist, dass tatsächlich und unbedingt der Kläger mit dem höchsten Anspruch zum Musterkläger ausgewählt wird. Die Anspruchshöhe kann durchaus hinter den Kriterien aus Abs. 2 S. 2 Nr. 1, 2 zurücktreten.<sup>94</sup>

<sup>88</sup> OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 31.10.2016 – 23 Kap 1/16, Klageregister, das „in Ermangelung anderer valider Kriterien vor allem die Höhe des geltend gemachten Anspruchs“ berücksichtigt hat; Rathmann ZBB 2018, 259 (264).

<sup>89</sup> Halfmeier ZIP 2016, 1705 (1706); ähnlich Wolf/Lange NJW 2012, 3751 (3753); krit. Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 16 hins. des Verhältnisses zwischen Einigung und Eignung.

<sup>90</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 20.

<sup>91</sup> Ähnlich auch Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 16.

<sup>92</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 17; auch schon Vorwerk/Wolf/Lange KapMuG § 8 Rn. 30.

<sup>93</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 17.

<sup>94</sup> KG Berlin BeckRS 2015, 20746 Rn. 11; so auch schon KG Berlin BeckRS 2015, 20747; Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 20.

So kann etwa – aufgrund von Praktikabilitätserwägungen oder aus prozessökonomischen Gründen – ein Kläger mit einem niedrigen Individualanspruch zum Musterkläger bestimmt werden, wenn eine Einigung iSv Abs. 2 S. 2 Nr. 2 vorliegt. Insofern wird der Anspruchshöhe gegenüber der Einigung nur eine sekundäre Bedeutung beigemessen.<sup>95</sup> Dies erscheint jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn das Musterverfahren dadurch schlank gehalten wird und durch die streitgenössische Vertretung ein gewisser Bündelungseffekt eintritt. Dafür muss die den Musterkläger vertretende Kanzlei eine Vielzahl an Kleinanlegern vertreten und eine effiziente Führung des Musterverfahrens für alle betroffenen Kläger gewährleisten können. Ob die Wahrscheinlichkeit einer Klagerücknahme des zum Musterkläger bestimmten Kleinanlegers überhaupt beurteilt werden und ein taugliches Kriterium darstellen kann,<sup>96</sup> erscheint fraglich.

Soweit teilweise vorgeschlagen wird, der Anspruchshöhe eine Vermutungswirkung zugunsten des Klägers mit dem höchsten Anspruch beizumessen, die durch die Kriterien aus Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und Nr. 1 widerlegt werden kann,<sup>97</sup> ist dies nicht überzeugend. Weder der Wortlaut noch die Rspr. zu Abs. 2 S. 2 Nr. 3 geben Anlass zu einer solchen Auslegung.<sup>98</sup>

**(d) Sehr hoher Individualanspruch.** Schwieriger erscheint es, wenn ein sehr hoher Individualanspruch einer Einigung entgegensteht. *Reuschle* erscheint ein Vorrang der Einigung gegenüber der Anspruchshöhe als sachgerecht, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind: Erstens müssen die zusammengerechneten Ansprüche der an der Einigung beteiligten Kläger gegenüber dem Individualanspruch gleichwertig sein. Zweitens müssen die an der Einigung beteiligten Kläger von ein und demselben Prozessvertreter im Musterverfahren vertreten werden.<sup>99</sup>

**(4) Kläger mit vergleichbaren verhältnismäßig hohen Individualansprüchen.** Machen mehrere Kläger vergleichbar hohe Individualansprüche gegen den Musterbeklagten geltend, kann bei der Auswahl zwischen diesen Klägern die absolute Anspruchshöhe nicht (erneut) als sachlicher Grund/entscheidendes Auswahlkriterium herangezogen werden. Vielmehr ist in einem solchen Fall vom OLG zu prüfen, ob eine Einigung iSd Abs. 2 S. 2 Nr. 2 vorliegt oder einer der Kläger sich besonders als Musterkläger eignet.<sup>100</sup>

Zutreffend dürfte es sein, das Kriterium des Abs. 2 S. 2 Nr. 3 (Höhe des Anspruchs) in den Hintergrund treten zu lassen, wenn dem Kläger Ansprüche lediglich zur Einziehung abgetreten wurden; der Kläger hat dann hinsichtlich des Ausgangs des Musterverfahrens kein eigenes wirtschaftliches Interesse, das über die vom Zedenten versprochene Vergütung hinausgeht und das für eine angemessene Verfahrensführung sprechen könnte.<sup>101</sup>

<sup>95</sup> OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 13.7.2018 – 23 Kap 1/18, Klagerregister.

<sup>96</sup> KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 54.

<sup>97</sup> Halfmeier ZIP 2016, 1705 (1708).

<sup>98</sup> Zutr. Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 20.

<sup>99</sup> KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 60.

<sup>100</sup> Ausf. KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 59; Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 20; Vorwerk/Wolf/Lange KapMuG § 8 Rn. 28.

<sup>101</sup> Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 22.

- 59 (5) Bevorzugung inländischer Kläger.** Teilweise wird vertreten, dass inländische Kläger aufgrund ihrer sprachlichen Kenntnisse und ihres Verständnisses für die deutsche Rechtsordnung am ehesten in der Lage seien, das Musterverfahren angemessen zu führen. Daher entspräche es dem pflichtgemäßen Ermessen des OLG, einen inländischen Kläger zum Musterkläger zu bestimmen.<sup>102</sup> Dem dürfte schon deshalb nicht zu folgen sein, weil der ausländische Kläger sich von zugelassenen Rechtsanwälten vertreten lassen muss.
- 60 (6) Bereitschaft des Musterklägers zur Prozessführung.** Zwar sind die Bereitschaft und die Zustimmung des Musterklägers zur Prozessführung kein Auswahlkriterium iSd Abs. 2 S. 2.<sup>103</sup> Richtigerweise wäre es jedoch nur in den seltensten Fällen ermessensgerecht, einen Kläger gegen dessen erklärten Willen zum Musterkläger zu ernennen.<sup>104</sup> In der Regel dürfte es in einem solchen Fall schon an der Eignung des Klägers fehlen.
- 61 b) Ablauf des Auswahlverfahrens.** Sobald das Prozessgericht das OLG über die ersten Aussetzungsbeschlüsse unterrichtet hat (§ 8 Abs. 4), ist das OLG in der Lage, einen Musterkläger auszuwählen. Die Auswahlentscheidung erfolgt durch Beschluss; der Auswahlbeschluss ist nicht anfechtbar (Abs. 2 S. 3). Weitere ausdrückliche Vorgaben bzgl. des Ablaufs des Auswahlverfahrens enthält das KapMuG nicht.<sup>105</sup> Das OLG wird auch insoweit auf die allgemeinen Bestimmungen der ZPO verwiesen (→ § 11 Rn. 7).
- 62** Richtigerweise bezieht sich das Ermessen des OLG gem. Abs. 2 S. 1 nicht nur auf die inhaltlichen Auswahlkriterien, sondern auch auf das dabei anzuwendende Verfahren. Begrenzt wird das Ermessen etwa durch die allgemeinen Grundsätze (§ 329 ZPO) und das Erfordernis des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Darüber hinaus muss das OLG eine zügige Auswahl des Musterklägers ermöglichen.<sup>106</sup>
- 63 aa) Auswahlgrundlage/Auswahlfähige Kläger.** Das OLG bestimmt einen Musterkläger aus dem Kreis der Kläger, deren Verfahren nach § 8 Abs. 1 ausgesetzt wurden (Abs. 2 S. 1). Die zur Auswahl stehenden Kläger kann das OLG den Aussetzungsmittellungen der Prozessgerichte (§ 8 Abs. 4) entnehmen; nicht jedoch dem Klageregister (§ 3 Abs. 4).<sup>107</sup>
- 64** Kläger, deren Verfahren erst noch ausgesetzt werden, können folglich nicht zum Musterkläger bestimmt werden.<sup>108</sup> Dies entspricht dem eindeutigen Wortlaut („ausgesetzt wurden“) des Abs. 2 S. 1;<sup>109</sup> so auch das OLG

<sup>102</sup> Wiczeorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 24.

<sup>103</sup> BT-Drs. 15/509,1 25; zust. KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 59; aA Vorwerk/Wolf/Lange KapMuG § 8 Rn. 28, 31 f., allerdings zur alten Rechtslage, als die Eignung noch kein festgeschriebenes Auswahlkriterium war.

<sup>104</sup> Wiczeorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 23.

<sup>105</sup> KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 62; Wiczeorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 6.

<sup>106</sup> Wiczeorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 6.

<sup>107</sup> Ausf. KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 61; Wiczeorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 8.

<sup>108</sup> Wiczeorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 13.

<sup>109</sup> Anders noch der Wortlaut des § 8 Abs. 2 aF, vgl. Vorwerk/Wolf/Lange KapMuG § 8 Rn. 45.

Frankfurt a.M., demzufolge „eine Bestellung als Musterkläger nicht in Betracht kommt“, wenn das Ausgangsverfahren „noch nicht ausgesetzt ist“.<sup>110</sup> Über den Wortlaut des Abs. 2 S. 1 hinaus ging das OLG München, als es „auf übereinstimmenden Antrag aller als Musterkläger in Betracht kommenden Beteiligten“ einen Kläger zum Musterkläger bestimmte, dessen Verfahren noch nicht ausgesetzt war.<sup>111</sup> Das OLG München begründete seine Auswahlentscheidung damit, dass „auch der bestimmte Musterkläger zum Kreis der Kläger gehört, deren Verfahren infolge des Eintragungs- bzw. Vorlagebeschlusses unterbrochen ist“.<sup>112</sup> Eine solche Auslegung erscheint geboten, wenn man der Aussetzung (§ 8) im Verhältnis zum Vorlagebeschluss (§ 6) eine (rein) formale Bedeutung zumisst (→ § 6 Rn. 6 ff.; → § 8 Rn. 3 ff.).

Gegen eine (rein) formale Bedeutung des Aussetzungsbeschlusses spricht die Gesetzssystematik, die deutlich zwischen einer Unterbrechung (§ 5) und einer Aussetzung (§ 8) des Ausgangsverfahrens unterscheidet. Dies wird etwa deutlich bei der Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen. So ist der Bekanntmachungsbeschluss nach § 3 Abs. 2 S. 1 unanfechtbar, während eine Anfechtung des Aussetzungsbeschlusses seit der Reform des KapMuG zum 19.10.2012 zugelassen ist.<sup>113</sup> Daran anknüpfend spricht auch der Sinn und Zweck des Abs. 2 – Gewährleistung einer effizienten (und kontinuierlichen) Verfahrensführung (→ Rn. 12) – gegen die Auffassung des OLG München. Die Bestimmung eines Musterklägers, dessen Verfahren noch nicht ausgesetzt wurde, birgt stets das Risiko, dass dessen Ausgangsverfahren – aus welchen Gründen auch immer (→ § 8 Rn. 3 ff.) – nicht ausgesetzt wird, mit der Folge, dass der Musterkläger aus dem laufenden Musterverfahren ausscheidet und ein neuer Musterkläger bestimmt werden muss. Dies kann zu Behinderungen und Verzögerungen des Musterverfahrens führen (→ Rn. 63).

In zeitlicher Hinsicht sollte die Bestimmung des Musterklägers entsprechend dem Beschleunigungszweck des KapMuG-Verfahrens<sup>114</sup> und im Hinblick auf die verjährungshemmende Wirkung der Anmeldung gem. § 10 Abs. 2 (→ § 10 Rn. 49 ff.)<sup>115</sup> zwar frühzeitig erfolgen. Es muss aber gewährleistet sein, dass das Gericht bei der Auswahl des Musterklägers seinen Ermessensspielraum überhaupt ausüben kann. Dafür muss die Anzahl der ausgesetzten Verfahren zumindest so hoch sein, dass eine Abwägung der in Betracht kommenden Musterkläger nach den Kriterien des Abs. 2 S. 2 stattfinden kann. Erforderlich ist nach der Rspr. eine „Vielzahl“ von ausgesetzten Verfahren, auch wenn das einen späteren Beginn des Musterverfahrens mit sich bringt.<sup>116</sup> Dies kann dazu führen, dass zwischen der Veröffentlichung des Vorlagebeschlusses im Bundesanzeiger und der Einleitung weiterer

<sup>110</sup> OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 31.10.2016 – 23 Kap 1/16, Klageregister.

<sup>111</sup> OLG München Beschl. v. 12.5.2017 – 5 Kap 1/17, nv.

<sup>112</sup> OLG München Vfg. v. 28.6.2017 – 5 Kap 1/17, nv.

<sup>113</sup> KK-KapMuG/Kruis § 8 Rn. 64.

<sup>114</sup> OLG Hamburg Beschl. v. 13.3.2018 – 14 W 41/17, nv; Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 6.

<sup>115</sup> Ausf. Halfmeier ZIP 2016, 1705 (1705 f.).

<sup>116</sup> OLG Hamburg Beschl. v. 13.3.2018 – 14 W 41/17, nv.

Schritte zur Bestimmung des Musterklägers durch das OLG mehrere Monate vergehen, in denen das Gericht die Aussetzung weiterer Ausgangsverfahren abwartet.<sup>117</sup> Dem ist zuzustimmen. Das OLG muss daher zuwarten, bis es über eine „angemessene Zahl“ von ausgesetzten Verfahren unterrichtet wurde<sup>118</sup> bzw. bis „mindestens zehn Verfahren ausgesetzt“ wurden (*arg. e* § 6 Abs. 1 S. 1) und „mindestens vier Wochen“ seit der Bekanntmachung des Vorlagebeschlusses im Kleregister gem. § 6 Abs. 4 vergangen sind.<sup>119</sup> Das OLG muss nicht abwarten, bis das Prozessgericht über die Aussetzung sämtlicher möglicherweise einschlägiger Verfahren entschieden hat.<sup>120</sup>

- 67 bb) Anhörung/Gelegenheit zur Äußerung vor Bestimmung des Musterklägers.** Eine Anhörung der Kläger der ausgesetzten Verfahren vor Bestimmung des Musterklägers sieht das Gesetz – anders als § 93a Abs. 1 S. 2 VwGO – zwar nicht vor.<sup>121</sup> Die Praxis der KapMuG-Verfahren zeigt jedoch, dass den Klägern der ausgesetzten Ausgangsverfahren die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben wird.<sup>122</sup> Denn zum einen ist auch bei Bestimmung des Musterklägers die Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG zu gewährleisten,<sup>123</sup> und zum anderen sind die Gerichte schlicht und einfach auf die Mithilfe der Verfahrensbeteiligten angewiesen, um ein effektives Musterverfahren gewährleisten zu können. Im Zweifel dürfte das OLG eine mündliche Verhandlung über die Bestimmung des Musterklägers durchführen.<sup>124</sup> Nicht anzuhören sind die Musterbeklagten.<sup>125</sup>
- 68 cc) Bestimmung durch Beschluss/Beschluss des OLG.** Die Auswahl des Musterklägers erfolgt – wie in § 93a Abs. 1 S. 3 VwGO – durch unanfechtbaren Beschluss des OLG (Abs. 2 S. 1).
- 69 dd) Bekanntmachung des Beschlusses.** Voraussetzung für das Wirksamwerden der Auswahlentscheidung ist die Bekanntmachung gegenüber dem Musterkläger. Das OLG teilt analog § 329 Abs. 2 S. 1 ZPO allen Verfahrensbeteiligten den Beschluss über die Bestimmung zum Musterkläger formlos per Verfügung mit.<sup>126</sup> In der Regel wird mit gleicher Verfügung die Bekanntmachung des Musterverfahrens im Kleregister gem. § 10 veranlasst.<sup>127</sup> Diese enthält gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 die Bezeichnung des Musterklägers.

<sup>117</sup> OLG Köln VfG./Hinweis v. 22.5.2018 – 24 Kap 1/18, S. 2, nv.

<sup>118</sup> Halfmeier ZIP 2016, 1705 (1705).

<sup>119</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 8.

<sup>120</sup> Ausf. Halfmeier ZIP 2016, 1705 (1705 f.).

<sup>121</sup> Saarländisches OLG Beschl. v. 27.10.2014 – 4 Kap 1/14, Kleregister; KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 63, demzufolge eine förmliche Anhörung vor Bekanntmachung des Auswahlbeschlusses, vor dem Hintergrund eines zügigen KapMuG-Verfahrens, entbehrlich sei.

<sup>122</sup> Vgl. etwa OLG Celle BeckRS 2016, 115907 Rn. 6; OLG Köln Beschl. v. 21.8.2018 – 24 8/18, S. 3, nv; Rathmann ZBB 2018, 259 (264); so auch schon die Empfehlung von Vorwerk/Wolf/Lange KapMuG § 8 aF Rn. 34.

<sup>123</sup> Ausf. Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 7 ff.

<sup>124</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 9.

<sup>125</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 7.

<sup>126</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 10.

<sup>127</sup> OLG Köln VfG. v. 21.8.2018 – 24 Kap 1/18, S. 1, nv.

**ee) Keine Begründungspflicht des OLG.** Weder das KapMuG noch die ZPO sehen eine Pflicht zur Begründung des Auswahlbeschlusses des OLG vor; sie ist daher entbehrlich.<sup>128</sup> Eine Begründung wird jedoch von Teilen der Lit. als sinnvoll erachtet.<sup>129</sup>

**c) Unanfechtbarkeit des Auswahlbeschlusses.** Die Bestimmung des Musterklägers ist gem. Abs. 2 S. 3 unanfechtbar.<sup>130</sup> Gegen den Auswahlbeschluss kann daher nur unter den Voraussetzungen des § 321a ZPO im Wege der Gehörsrüge vorgegangen werden.<sup>131</sup>

## 2. Auswechslung des Musterklägers auf Antrag eines Beigeladenen, Abs. 4

Die Auswahl des Musterklägers kann naturgemäß zu einem großen Teil nur auf einer Prognoseentscheidung beruhen. Nicht immer wird der vom OLG ausgewählte Musterkläger dieser Prognose gerecht. Nach alter Rechtslage (§ 8 Abs. 2 aF) war umstritten, ob ein Musterkläger – außer in den in § 11 Abs. 2 S. 2 aF genannten Fällen – ausgewechselt werden kann.<sup>132</sup> Diese Frage regelt Abs. 4 nun ausdrücklich: Der Musterkläger kann auf Antrag eines Beigeladenen vom OLG abberufen werden, sofern er das Musterverfahren nicht angemessen führt. Das OLG hat dann nach Maßgabe des Abs. 2 einen neuen Musterkläger zu bestimmen. Eine Abberufung von Amts wegen oder auf Antrag der Musterbeklagten ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Abs. 4 nicht möglich. Ein Eigenantrag des Musterklägers ist zulässig.<sup>133</sup> Abs. 4 wird in der Praxis der Musterverfahren nur in seltenen Fällen zur Anwendung kommen.<sup>134</sup>

**a) Schutz der Beigeladenen.** Abs. 4 dient (allein) dem Schutz der Beigeladenen vor einer unangemessenen Verfahrensführung des Musterklägers<sup>135</sup> und steht in Zusammenhang mit dem Auswahlkriterium der Eignung in Abs. 2 S. 2 Nr. 1.<sup>136</sup>

**b) Keine angemessene Verfahrensführung.** Das OLG kann den Musterkläger auswechseln, sofern ein Beigeladener dies beantragt hat und (es zu der Überzeugung gelangt, dass) eine angemessene Verfahrensführung durch den Musterkläger bzw. dessen Prozessvertreter nicht (mehr) gewährleistet wird.<sup>137</sup>

<sup>128</sup> KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 64; Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 10; Vorwerk/Wolf/Lange KapMuG § 8 Rn. 35.

<sup>129</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 10 (zum Zwecke der Überprüfbarkeit der Gewährung des rechtlichen Gehörs und der angemessenen Verfahrensführung durch den Musterkläger); Halfmeier ZIP 2016, 1705 (1706) (zur Einhaltung des Willkürverbots).

<sup>130</sup> OLG Celle BeckRS 2016, 115907 Rn. 10.

<sup>131</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 11.

<sup>132</sup> Befürwortend Vorwerk/Wolf/Lange KapMuG § 8 Rn. 44f.; abl. KK-KapMuG/Reuschle § 8 Rn. 51.

<sup>133</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 32.

<sup>134</sup> Rathmann ZBB 2018, 259 (264).

<sup>135</sup> Wiczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 29.

<sup>136</sup> BT-Drs. 17/8799, 22.

<sup>137</sup> BT-Drs. 17/8799, 22.

## KapMuG § 9

### Abschnitt 2. Durchführung des Musterverfahrens

Einigkeit besteht darin, dass die Auswechslung des Musterklägers nur ausnahmsweise stattfinden darf. Das OLG kann demnach nicht ohne Weiteres eine unangemessene Verfahrensführung des Musterklägers annehmen.<sup>138</sup> Teilweise wird dies mit der gerichtlichen Pflicht zur Unparteilichkeit begründet;<sup>139</sup> andere verweisen auf die Gefahr, dass das Gericht oder die Beklagten sonst auf einfache Weise einen „unbequemen“ Musterkläger loswerden könnten.<sup>140</sup> Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Musterkläger und den Beigeladenen über die richtige Prozesstaktik<sup>141</sup> oder eine mangelhafte Prozessführung<sup>142</sup> begründen noch keine unangemessene Verfahrensführung des Musterklägers. Insoweit sind die Beigeladenen durch ihre Teilnahmerechte (→ Rn. 121 ff.) und die ggf. begrenzte Bindungswirkung gem. § 22 Abs. 3 (→ § 22 Rn. 49 ff.) geschützt.<sup>143</sup> Erforderlich ist daher ein erheblicher Interessenkonflikt zwischen dem Musterkläger und den Beigeladenen; zB wenn der Musterkläger bewusst und ohne ersichtlichen Grund den Interessen der Beigeladenen zuwiderhandelt und dadurch verhindert, dass bestimmte Fragen im Rahmen des Musterverfahrens geklärt werden können.<sup>144</sup>

- 75 **c) Unterschied zur Neubestimmung iSv § 13 Abs. 1 und 2.** Im Gegensatz zu Abs. 4 ist die Bestimmung eines neuen Musterklägers in den Sonderfällen des § 13 Abs. 1 und 2 zwingend erforderlich (→ § 13 Rn. 3 ff.).
- 76 Eine darüber hinausgehende analoge Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 mit der Folge, dass ein Musterkläger auszuwechseln ist, wenn dieser – etwa im Falle der Abtretung – den geltend gemachten Anspruch nicht mehr innehat, ist angesichts der gesetzgeberischen Entscheidung, die Anwendung von § 265 Abs. 2 ZPO nicht auszuschließen (→ § 11 Rn. 7), nicht erforderlich.<sup>145</sup> § 13 Abs. 2 erfasst die Fälle, in denen der Musterkläger verstorben oder aus anderen Gründen nicht mehr handlungsfähig ist. § 9 schließt es zudem nicht aus, dass ein Kläger, der im Ausgangsverfahren aus abgetretenem Recht vorgeht, zum Musterkläger bestimmt wird.
- 77 **d) Auswechslung aus verfahrensrechtlichen Gründen.** Wird der gegen die Bestimmung des Musterklägers erhobenen Gehörsrüge (§ 321a ZPO analog → Rn. 71) stattgegeben und abgeholfen, ist der Musterkläger gegen einen neuen, nach Maßgabe von Abs. 2 (→ Rn. 34 ff.) zu bestimmenden Musterkläger auszuwechseln.<sup>146</sup>
- 78 **e) Bindung des neuen Musterklägers an die vorgefundene Prozesslage.** Aus der Bestimmung eines neuen Musterklägers folgt nicht, dass die

<sup>138</sup> KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 67; Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 30; Vorwerk/Wolf/Lange KapMuG § 8 Rn. 45.

<sup>139</sup> Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 30.

<sup>140</sup> Vorwerk/Wolf/Lange KapMuG § 8 Rn. 45.

<sup>141</sup> KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 67.

<sup>142</sup> Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 30.

<sup>143</sup> Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 30.

<sup>144</sup> Ausf. KK-KapMuG/Reuschle § 9 Rn. 67; Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 30.

<sup>145</sup> AA Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 31.

<sup>146</sup> Wieczorek/Schütze/Kruis ZPO, § 9 KapMuG Rn. 28.