

Matthias Schäfer (Hrsg.)

# **Der Gesetzesentwurf zur „Musterfeststellungsklage“**

Ein Sammelband aktueller Beiträge

*Herausgeberin: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. 2018, Sankt Augustin/Berlin*



*Diese Publikation/Der Text dieses Werkes ist lizenziert unter den Bedingungen von „Creative Commons Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 international“, CC BY-SA 4.0 (abrufbar unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.de>)*

*Satz: Janine Höhle, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.*

*ISBN 978-3-95721-436-2*

## INHALT

Vorwort .....	5
Effektiver kollektiver Rechtsschutz statt anwaltlicher Geschäftsmodelle: Ein Plädoyer für eine klageberechtigte Ombudsstelle .....	7
<i>Stephan Wernicke</i>	
Ein Impulsreferat zum kollektiven Rechtsschutz aus der richterlichen Praxis .....	33
<i>Joachim Lüblinghoff</i>	
Die Musterfeststellungsklage: Anmerkungen zu Lücken im kollektiven Rechtsschutz und dem Gesetzentwurf des BMJV zur Einführung der Musterfeststellungsklage .....	46
<i>Jutta Gurkmann</i>	
Die Musterfeststellungsklage nach den Entwürfen des Bundesjustizministeriums – Konstruktion, Funktionsweise und offene Fragen .....	76
<i>Hans-Jörg Dietsche</i>	
Die Ausgestaltung einer Musterfeststellungsklage als Instrument zur Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes für Verbraucher .....	92
<i>Elisabeth Winkelmeier-Becker</i>	
Die Musterfeststellungsklage: Eine chronologische Betrachtung aus parlamentarischer Sicht .....	112
<i>Sebastian Steineke</i>	
Sammelklagen in den Vereinigten Staaten .....	124
<i>Heribert Hirte</i>	



## Vorwort

Bis zum 1. November 2018 will die Bundesregierung eine Musterfeststellungsklage einführen, um „die Rechtsdurchsetzung für die Verbraucherinnen und Verbraucher zu verbessern“, wie es im Koalitionsvertrag heißt.

Der Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern steht weit oben auf der ordnungspolitischen Agenda. Für Ludwig Erhard, der mit der Umsetzung der Währungsreform und der Freigabe der Preise vor fast genau 70 Jahren im Juni 1948 den Startschuss für die Soziale Marktwirtschaft und den wirtschaftlichen wie sozialen Wiederaufbau gab, ist das Leitbild des mündigen Verbrauchers ein essentieller Bestandteil einer funktionierenden Marktwirtschaft und ein dauerhafter Gestaltungsauftrag für die Wirtschaftspolitik.

Die aktuelle Diskussion über die Einführung einer Musterfeststellungsklage zeigt, dass Ludwig Erhards Verbraucherleitbild auch Maßstab aktueller wirtschaftspolitischer Reformentwicklungen ist und beileibe kein verstaubter Rückblick auf eine vergangene Epoche, zu der manche die Soziale Marktwirtschaft und ihre Gründerväter erklären. Und die Diskussion um die Musterfeststellungsklage führt im Übrigen auch die von Walter Eucken beschriebene „Interdependenz der Ordnungen“ vor Augen, denn die Einführung einer Musterfeststellungsklage hat neben der wirtschafts- oder ordnungspolitischen gerade auch eine rechtspolitische Dimension.

In den Beiträgen des vorliegenden Sammelbandes ordnen daher verschiedene Vertreter aus Politik, Wirtschaft, Verbänden und Wissenschaft wie auch der Rechtspraxis die Musterfeststellungsklage als ein neues Instrument des kollektiven Rechtsschutzes ein und geben konkrete Anregungen für die weitere Gestaltung des Gesetzgebungsprozesses. Denn die Ausweitung eines für das deutsche Rechtssystem nach wie vor untypischen Instruments des kollektiven Rechtsschutzes muss einen wirklichen Mehrwert für die Durchsetzung von Verbraucherrechten bringen. Und die Risiken,

dass bewährte Rechtsprinzipien Schaden nehmen und fragwürdige Geschäftsmodelle gefördert werden, müssen beherrschbar bleiben.

Eine unvoreingenommene Auseinandersetzung trägt dazu bei, dass der Gesetzgeber diesen Herausforderungen bei der Einführung einer Musterfeststellungsklage gerecht wird. Und dass der Verbraucherschutz seine fundamentale Rolle für die Funktionsfähigkeit unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung bewahrt.

Jedem Beitrag ist eine kurze Zusammenfassung des Herausgebers vorangestellt.

**Matthias Schäfer**

Teamleiter Wirtschaftspolitik

Hauptabteilung Politik und Beratung

Berlin im Juni 2018

# Effektiver kollektiver Rechtsschutz statt anwaltlicher Geschäftsmodelle: Ein Plädoyer für eine klageberechtigte Ombudsstelle

*Stephan Wernicke\**

## Zusammenfassung des Herausgebers

Prof. Dr. Stephan Wernicke erörtert die Risiken, die mit der Einführung kollektiver Rechtsschutzinstrumente auf europäischer Ebene einhergehen. Er spricht sich für die Einführung einer öffentlich-rechtlichen Ombudsstelle aus, die für den Fall des Scheiterns eines Schlichtungsverfahrens klageberechtigt ist. Durch die Ombudsstelle werde sichergestellt, dass bei dem Rechtsprozess finanzielle Interessen nicht im Vordergrund stehen. Stephan Wernicke lehnt amerikanische Verhältnisse wie die Ökonomisierung im europäischen und deutschen kollektiven Rechtsschutz deutlich ab und warnt vor Gefahren des unregulierten Rechtstandortwettbewerbs und vor dem sogenannten Forum Shopping innerhalb der EU.

## Einführung

Im Namen von 64.696 chinesischen Unternehmen klagte die US-Sammelklagenkanzlei Hausfeld in London wegen vermeintlich überhöhter Luftfrachttarife auf Schadenersatz gegen einzelne europäische Luftverkehrsgesellschaften. Im Oktober 2015 wurde die Klage vom High Court zurückgewiesen, weil sie einen „Missbrauch des Verfahrens“ darstelle, denn weder wussten die betroffenen Unternehmen etwas davon, dass

\* *Stephan Wernicke ist Chefjustitiar des Deutschen Industrie- und Handelskammertages DIHK. e.V. Er ist Honorarprofessor für Europarecht, Europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Text basiert auf einem Vortrag vor der Konrad Adenauer-Stiftung im März 2017. Die Ausführungen sind persönlich und entsprechen nicht notwendigerweise der Position des DIHK.*

in ihrem Namen geklagt wurde, noch hätten sie die Kanzlei jemals mandatiert und schließlich gab es sogar keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Unternehmen überhaupt per Luftfracht Waren transportiert hatten.<sup>1</sup> Dem Gericht zufolge handelte die Kanzlei mit einem *complete lack of candour*<sup>2</sup>, während Anwalt Hausfeld – auch ohne Mandat – in der Rolle des Kämpfers für Gerechtigkeit gesehen werden will: „*I can't stand the great divide between the powerful and the powerless*“.<sup>3</sup> Der Fall zeigt exemplarisch auf, welche Risiken Sammelklagen beinhalten: unklare Klageberechtigungen, unterschiedliche Lebenssachverhalte, hohe Reputationsrisiken und eine Rechtsordnung zwischen Geschäftsmodellen Einzelner und dem Gerechtigkeitsanspruch für viele Geschädigte.

Diese Konstellation droht nunmehr auch in Deutschland und Kontinentaleuropa – denn die Schaffung entsprechender Instrumente für den kollektiven Rechtsschutz steht auch hier auf der Tagesordnung. Nahezu alle Parteien im Bundestag der 19. Legislaturperiode forderten die Kollektivklage im Bundestagswahlkampf auf die eine oder andere Art. Die mögliche „Große Koalition“ hat sie, unterstützt durch die Konferenz der Verbraucherschutzminister der Bundesländer<sup>4</sup>, im Koalitionsvertrag vereinbart, in Teilen gestützt auf einen „Diskussionsentwurf“ einer sogenannten Musterfeststellungsklage<sup>5</sup>, den die ehemalige Bundesregierung Mitte 2017 ohne Ressortabstimmung veröffentlicht hatte. Aus der Oppositionsfraktion von Bündnis90/Die Grünen war zuvor mehrfach der Entwurf einer „Gruppenklage“ eingebracht worden<sup>6</sup>. Die Europäische Union hat Vorschläge zum kollektiven Rechtsschutz für das Frühjahr 2018 angekündigt<sup>7</sup>. Auch die akademische Diskussion hat intensiv begonnen,<sup>8</sup> und der 72. Deutsche Juristentag widmet sich dem Thema im Herbst 2018 in der Abteilung Verfahrensrecht<sup>9</sup>.

Zugleich erscheint die gesamte Debatte merkwürdig gebrochen: Rechtspolitisch wird nahezu ausschließlich der VW-Dieselskandal und die gegenüber Verbrauchern in den USA unterschiedlichen Ergebnisse bemüht, um die Forderung der Einführung von Sammelklagen in Deutschland und der EU zu untermauern. Auch die in Deutschland geplante Musterfeststellungsklage scheint allein eine Reaktion auf das Handeln von Volkswagen zu sein



und keine systematische Aufarbeitung von möglichen zivilprozessualen Lücken. Die vielfältigen zivilprozessualen Probleme und die intendierten Durchbrechungen der prozessualen Systematik treten in den Hintergrund; so kommt es rechtspolitisch zu einer stark verkürzten und einseitigen Defizitorientierung (I).

Zudem treiben weniger Gerechtigkeitslücken als wirtschaftliche Aspekte die Debatte, konkret neue Geschäftsmodelle von Anwälten. Dieser Aspekt wird bislang nur am Rande aufgegriffen<sup>10</sup>, die Stellungnahmen der Anwaltsorganisationen schweigen beredt im Eigeninteresse, obgleich gerade hier die Funktion der Anwälte als Organ der Rechtspflege gefordert wäre. Dabei geht es beim kollektiven Rechtsschutz tatsächlich genau darum: Sollen die Rechtsstandorte Deutschland und Europa im vornehmlichen Interesse von Anwälten zu attraktiven Foren für Kläger ausgebaut werden, einschließlich der Entwicklung des Rechts hin zu einem Investitionsobjekt, oder sollen Gerechtigkeitslücken geschlossen und tatsächliche Entschädigung sichergestellt werden (II)?

Die Debatte fügt sich dabei ein in Tendenzen, die in ganz Europa sichtbar werden: der rechtsvergleichende Blick auf andere Mitgliedstaaten offenbart den Wettbewerb um Kläger und Verfahren – keineswegs den Wettbewerb um die beste Kompensation von Schäden (III).

Ähnlich verfährt die EU: Ihre Handlungen sind eher geprägt von politischer Fassade in Zeiten der Krise und den EP-Wahlen 2019, als von zukunfts-offenen Lösungen schwieriger rechtlicher Kompetenzprobleme und prozessualer Fragen (IV).

Dabei liegen hier die Kernprobleme: Wie können kompetenzgemäße europäische Vorgaben für ein Prozessrecht aussehen, das effektiven Schadenersatz bei einer Vielzahl von identischen Rechtsverletzungen gewährt, ohne den Missbrauch des Verfahrens zu ermöglichen oder zu begünstigen – und somit das wechselseitige Vertrauen in rechtsstaatliche Lösungen zu unterminieren (V)?

Eine denkbare Lösung liegt im Aufbau einer öffentlich-rechtlichen Ombudsstelle (VI), die neutral und ohne finanzielle Eigeninteressen geeignete Fälle im Allgemeininteresse aufarbeitet und gegebenenfalls Klage erhebt. So könnte die bisherige Aporie jeder Diskussion um kollektiven Rechtsschutz<sup>11</sup> aufgelöst werden. Diese liegt darin, dass das Einklagen kleiner Beträge oder das Führen komplexer Wirtschaftsverfahren sich für den Einzelnen nicht lohnt, umgekehrt aber finanzielle Anreize für Verbände, Anwälte oder Investoren bestehen. Solche Klagen führen letztlich immer zu Lasten der Geschädigten, deren Recht zum Investitionsobjekt umgestaltet wird.

## **1. Die rechtspolitische Debatte: Jenseits des Diesel-Skandals**

Sammelklagen – oder allgemein kollektiver Rechtsschutz – war für viele Jahre im Verbraucherrecht ein überwiegend akademisches Thema. Erst Mitte der 2000er Jahre nahm es rechtspolitische Konturen an, als die EU-Kommission gleichzeitig im Verbraucherschutzrecht und im Kartellrecht Sammelklagen einführen wollte. Der politische Hintergrund war offensichtlich: Verbraucherschutz stiftete vermeintliche Bürgernähe und die Durchsetzung des Kartellrechts konnte in Teilen privatisiert werden. Das Entstehen eines neuen Geschäftsfeldes für Anwälte war ein von der EU gewünschter Nebeneffekt. Dabei wurde anfangs kaum unterschieden zwischen verschiedenen Schadenstypen: Bei Streuschäden ist eine Vielzahl von Geschädigten betroffen, jeweils aber nur mit ganz geringen Schäden, etwa bei Kartellen im Lebensmittelbereich wegen überteuertem Kaffee oder Zucker. In diesen Fällen besteht ein sogenanntes rationales Desinteresse der Geschädigten, wegen kleiner Summen einen teuren Prozess anzustrengen. Die Tatsache, dass in vielen dieser Fälle verhältnismäßig kleine Schäden von Verbrauchern nicht kompensiert werden, ist das wohl einzige konsentiertere Defizit im Bereich der Kollektivschäden.

Masseschäden wiederum betreffen vor allem Großschadensereignisse, bei denen ein einziges Ereignis, wie ein fehlerhaftes medizinisches Produkt

oder ein Flugzeugunglück, unmittelbar zu einer großen, aber letztlich in aller Regel abgegrenzten Zahl an Geschädigten führt. Auch die negativen Auswirkungen auf Anleger durch möglicherweise fehlerhafte Informationen der Kapitalmärkte gehören in diese Kategorie. Das deutsche Zivilrecht kennt einige Instrumente, u.a. die Streitgenossenschaft, die zu einer einheitlichen Klage bzw. zu einem möglichst effektiven Verfahrensverlauf führen sollen. Gute Versuche der kollektiven Lösung wie das Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG) gibt es durchaus, im bekannten Telekom-Fall konnten sie in der Praxis vom zeitlichen Ablauf her allerdings nicht wirklich überzeugen.

Die verbleibende Kategorie ist die eigentliche Herausforderung: Was ist zu tun bei typisierbaren Schäden (wie übersteuerten rechtswidrigen Energietarifen) oder bei in Teilen rechtswidriger AGB in einer Vielzahl von vergleichbaren, aber nicht identischen Fällen? Welche Konsequenzen sind daraus zu ziehen, dass gesetzliche Anordnungen des Schadenersatzes bei Verspätungen oder Ausfällen von öffentlichen Verkehrsmitteln missachtet werden? Solche Fälle wurden öffentlich wenig diskutiert. Stattdessen stand nur eine Frage im Vordergrund: Wie soll die Rechtsordnung mit Schadensereignissen wie dem Abgasskandal umgehen? Die jüngsten Rufe nach der Einführung von Gruppenklagen, Musterfeststellungsklagen oder Sammelklagen fokussierten nahezu ausschließlich den sogenannten Dieselskandal. In der Tat war es bemerkenswert, dass Volkswagen – in Ausnutzung der gegenüber der EU unterschiedlichen Rechtslage in den USA – Kunden und Händler in Europa anders behandelte als in den USA. Die Klagen dazu sind noch anhängig, der rechtspolitische Schaden indes bereits eingetreten. Denn in der Öffentlichkeit war diese Ungleichbehandlung nicht überzeugend zu erklären. Offenkundig war allein, dass die Drohung mit existenzvernichtenden Schadenersatzansprüchen und Bußgeldern, wie sie in den USA üblich sind und regelmäßig zu Verhandlungszwecken von Klägern wie von Behörden eingesetzt werden, Volkswagen dort zu einer schnellen Lösung gezwungen hat – und dies in den europäischen Rechtsordnungen (zu Recht) nicht bzw. nicht in angemessener Zeit möglich ist. Die Politik hat dieses Defizit aufgegriffen und fordert einheitlich Abhilfe. Doch bemerkenswerterweise hätte auch bei bereits erfolgter

Umsetzung keiner der diskutierten Gesetzentwürfe für Sammelklagen den Verbrauchern im Volkswagenfall geholfen, im Gegenteil. Das lag zum einen an der Beschränkung auf Feststellungsklagen, an langen Umsetzungsfristen, aber vor allem an der Missachtung eines grundlegenden Aspektes der deutschen Rechtsordnung: „Gleiche Sachverhalte“ müssen auch gleich sein, und die Vielzahl von rechtlichen Konstellationen im Dieselskandal, von unterschiedlichen Motoren, Modellen, Verträgen etc., erlaubten keinen identischen Streitgegenstand, sondern nur teilweise Überschneidungen.

Daher muss die Motivation für dieses neue rechtspolitische Hauptthema an anderer Stelle gesucht werden: Vielleicht geht es doch eher um die Ermöglichung neuer Geschäftsmodelle? Jedenfalls ist es hilfreich, diese Geschäftsmodelle zu kennen, nicht nur für ein komplettes Bild, sondern auch, um die Motivation vieler Wirtschaftsverbände (und damit gleichermaßen auch selbst geschädigter Unternehmen) zu verstehen, die sich trotz bestehender Defizite vehement gegen kollektiven Rechtsschutz aussprechen.<sup>12</sup>

## **2. Der wirtschaftliche Aspekt: Recht als Investitions- und Spekulationsobjekt**

Das US-amerikanische Rechtssystem hat seine Eigengesetzlichkeiten, gewachsen aus einer Orientierung des Rechtssystems an Marktgesichtspunkten: Statt eines europäischen, behördlich dominierten Vorbeugeprinzips kennt das US-Recht eben weitgehend in das Ermessen der Behörden gestellte Strafen z.B. für umweltrechtliche Verstöße. Auch der Zugang zum Recht wird vor allem über den Markt geregelt, Prozesskostenhilfe im kontinentalen Sinne existiert daher nicht, denn sollte ein Anspruch begründet sein, so würde sich auch ein Anwalt finden, der ihn einschließlich eigener Kosten durchsetzt<sup>13</sup>. Ähnlich wird der Verzicht auf präventiven Verbraucherschutz kompensiert durch eine primär private *claim culture* mit Sammelklagen, gekoppelt mit Strafschadenersatz (sogenannte *punitive damages* bzw. *triple damages*): Es dürfe sich eben nicht lohnen, gegen Gesundheitsschutz-, Umwelt- oder Verbraucherschutznormen zu verstoßen. Stark verkürzt ausgedrückt wird so durch bloße

Marktmechanismen das Recht nicht auf den rechtmäßigen Zustand hin orientiert, sondern auf monetäre Kompensation als im Zweifel „höheres Gut“. Dies erklärt auch die Anreize, die Anwälten für Sammelklagen gemacht werden, zumal diese eine „Einigung“ zu ihren Gunsten abschließen können. Gerichte entscheiden nur in seltenen Fällen, viele Geschädigten gehen in aller Regel leer aus oder erhalten Minimalbeträge<sup>14</sup>.

Die bisweilen obsessive, nur aus der US-Geschichte erklärliche Beschäftigung mit „Rechten“<sup>15</sup> ist allerdings in sich völlig konsistent – es ist eine zu akzeptierende Wahl des US-Rechtssystems. Doch warum sollten entsprechende Mechanismen in Europa übernommen werden? Oft ist von Befürwortern der Sammelklage zu lesen, einschließlich des Bundesjustizministeriums und der EU-Kommission, niemand wolle die Übernahme von US-Mechanismen. Diesen Sirenen gesängen darf nicht getraut werden: Zwar ist es richtig, dass bestimmte zivilprozessuale Aspekte des US-Systems – bislang – in Deutschland nicht zur Debatte stehen, etwa Strafschadenersatz oder extrem teure *discovery* (vorprozessuale Beweissicherung), auch wenn diese von Anwälten durchaus eingefordert werden<sup>16</sup>. Es gibt bislang aber kein einziges überzeugendes Modell, das die aus den USA bekannten Risiken von Sammelklagen als Geschäftsmodell ausschließt: Denn fehlen Anreize für Anwälte, sind komplexe Klagen nur durch Prozessfinanzierer als Investoren oder in Vorlage tretende Verbände zu finanzieren (oder durch den Staat, was aber bislang nicht gewollt ist und jenseits einer Prozesskostenhilfe als Ausdruck des Sozialstaatsgebotes auch auf den ersten Blick nur schwer in die zivilrechtliche Systematik zu integrieren wäre). Also müssen Anreize indirekt gesetzt werden, etwa dadurch, dass Anwälte oder klagende Verbände die zu erstreitenden Summen in Teilen zur Finanzierung ihrer Arbeit vereinnahmen können, während die Geschädigten leer ausgehen, eine Art Drittschadensliquidation zu eigenen Gunsten. Daher fallen bislang alle vorgestellten Modelle kollektiven Rechtsschutzes wieder zurück auf die Schaffung von kollektivem Rechtsschutz als Geschäftsmodell, auch das des Koalitionsvertrages. Entscheidend bleibt die Frage, wer berechtigt sein darf, im Namen einer Vielzahl von bekannten – oder unbekanntenen – Klägern Kompensation einzuklagen, und wie mögliche erstrittene oder durch einen Vergleich gewährte Summen zu verteilen sind.

Empirisch lässt sich jedenfalls feststellen, dass US-Kanzleien in den letzten Jahren in Großbritannien und Deutschland Fuß gefasst haben, um dieses Geschäftsfeld zu etablieren – mit Millionenbeträgen gefördert von großen Prozessfinanzierern wie Burford Capital oder Bentham Europe und damit offenkundig mit Blick auf einen ausreichenden *return on investment*. Die Wahrung des Rechtsstaats ist allerdings keine Aufgabe von Prozessfinanzierern, das verbietet im Zweifel schon ihr Gründungsstatut. Die hierfür eigentlich standesrechtlich verpflichteten Anwaltsorganisationen in Deutschland haben sich – mit Blick auf diese Mitglieder – neu orientiert. Statt die Sicherung und Förderung des Rechtsstandortes in den Vordergrund zu rücken, sehen auch sie angesichts der Geschäftsmöglichkeiten in einem schwieriger werdenden Markt Kollektivklagen mittlerweile positiv. Dass die Bundesrechtsanwaltskammer jüngst in einer förmlichen Stellungnahme an die EU von einem „regelmäßigen“ Rechtsbruch von Unternehmen sprach<sup>17</sup>, der die Einführung von Sammelklagen erfordere, zeugt von einer gewissen Hybris und eigener massiver Unsicherheit in Zeiten des digitalen Wandels. Es ist allerdings zugleich ein exzellentes Beispiel für die Interessenkonstellationen, durch welche die Debatte gefördert wird: Nicht der tatsächlich geschädigte Verbraucher oder das geschädigte Unternehmen bestimmt den Diskurs, sondern die Geschäftsinteressen ihrer insoweit nur vermeintlichen Interessenvertreter.

Dass das Recht nicht nur zum Investitionsobjekt zu werden droht, sondern sich zunehmend zum Spekulationsobjekt entwickelt, lässt sich einfach an US-Sammelklagen nachvollziehen. Im Zuge der Sicherheitslücke von Intel-Prozessoren Anfang Januar 2018 hat es keine 24 Stunden gedauert, bis erste Sammelklagen eingereicht wurden. Ohne jegliche Kenntnis der genauen Umstände, der Risiken, der Ursachen, der Schäden oder gar der Verantwortlichkeiten, ohne rechtlich belastbare Analysen werden Klagen eingereicht in der Hoffnung, möglichst als erster den Anspruch zu besetzen, im Namen aller potentiell Geschädigten Geld zu „verdienen“ – im Kern nicht einmal durch Urteil, sondern im Kontext von sogenannten *black-mail settlements*. Damit wechselt der Fokus vom Sachverhalt zum „Marktobjekt Gerichtsverfahren“, es handelt sich letzten Endes um nicht mehr als um (demnächst vielleicht sogar über die dahinterstehenden Fonds)

marktfähige Wetten auf eine mögliche Profitance. Nun ist modernen und erfolgreichen Geschäftsmodellen gegenüber nichts einzuwenden – allerdings sollte sich die Gesellschaft beginnen zu fragen, welche Aufgabe das Recht letztlich erfüllen soll, welchem Anspruch es dient, ob man nur den Markt oder auch den Rechtsstandort gesichert sehen will.

### 3. Der rechtsvergleichende Rahmen: Standortwettbewerbe

In den Mitgliedstaaten der EU ist kollektiver Rechtsschutz ein *growing business*. Neue Studien zeigen, dass jeweils mehrere dutzend Fälle zwischen 2013 und 2017 in Polen, Frankreich, Großbritannien, Österreich und Italien eingebracht und abgeschlossen wurden<sup>18</sup>. Der EU-Kommission zufolge hätten 13 Mitgliedstaaten kollektiven Rechtsschutz ermöglicht.<sup>19</sup>

Dabei muss systematisch der Verbraucherschutz vom Kartellrecht getrennt werden: Durch die Stärkung privater Schadenersatzklagen durch die EU waren alle Mitgliedstaaten aufgefordert, die prozessuale Geltendmachung zu verbessern. Das hat insbesondere Großbritannien veranlasst, sich aufbauend auf einer speziellen Gerichtsbarkeit, dem *Competition Appeals Tribunal (CAT)*, als Gerichtsstandort für solche Kartellschadenersatzklagen zu etablieren. Mittlerweile wird ein Großteil von Kartellschadenersatzklagen, auch zwischen Unternehmen aus sonstigen Mitgliedstaaten, in London eingereicht („*forum of choice*“)<sup>20</sup>. Die größte jemals in Europa geführte Sammelklage, nämlich die von 46 Millionen Verbrauchern aus Großbritannien gegen Mastercard wegen kartellrechtswidriger Kosten von Kreditkartenzahlungen, ist immer noch anhängig<sup>21</sup>. Dem CAT wurde 2015 auch eine neue Kompetenz für Sammelklagen im Verbraucherschutzbereich eingeräumt<sup>22</sup>, hier sind erste Klagen anhängig. Bemerkenswerterweise muss der Verbraucher in Großbritannien nichts davon wissen, dass in seinem Namen geklagt wird, nur eine *Opt-out*-Option ist normiert<sup>23</sup>, auch die *Losser-pays*-Regel gilt in Großbritannien nicht uneingeschränkt.<sup>24</sup> Erst der Brexit mag hier zu Änderungen führen, sonst ist der Wettbewerb der Rechtsordnungen jedenfalls für das Kartellrecht schon weitgehend entschieden.<sup>25</sup>

In den Niederlanden wurde bereits 2005 das *Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM)* eingeführt, das 2013 ausgeweitet wurde<sup>26</sup>. Das *WCAM* erlaubt nicht allein Unterlassungsklagen für Verbände, die keine Schadenersatzansprüche umfassten<sup>27</sup>, sondern ermöglicht es dem zuständigen Berufungsgericht in Amsterdam, einen außergerichtlichen Vergleich für Schadenersatzleistungen für verbindlich zu erklären. Die geschädigte Gruppe wird kollektiv in der Form eines *Opt-out* („*niet meedoen*“) vertreten: Der Betroffene muss nicht wissen, dass in seinem Namen geklagt wird, es kann aber Zeitungsannoncen geben, und man kann sich aus dem Verfahren zurückziehen. Regelmäßig werden zu diesem Zweck ad hoc Stiftungen gegründet – wie auch im Volkswagenfall, in dem auch über die Niederlande eine kollektive Lösung gesucht wird<sup>28</sup>. Rechtsfrieden kann für den Schädiger im Übrigen unter keinen Umständen erreicht werden, denn wird vom *Opt-out*-Recht Gebrauch gemacht so besteht keinerlei Bindungswirkung des Vergleichs. Kritik am *WCAM* zielt vor allem auf die geringen Anreize für alle Seiten, aber auch die Vorgehensweise der Klägerorganisationen erscheine „bisweilen unlauter“. <sup>29</sup> Gleichwohl hat angesichts der allgemeinen Attraktivität Großbritanniens für Sammelklagen die niederländische Regierung einen Gesetzesentwurf vorgelegt, wonach eine echte Sammelklage (*class action*) eingeführt werden solle.<sup>30</sup> Die Anforderungen an die Repräsentativität der Kläger sind minimal: Die Betroffenen müssten Gehör finden und auf die Arbeitsweise der für sie klagenden Organisation Einfluss nehmen können.

Frankreich hatte bereits 2014 eine Form der Sammelklage eingeführt, die *action de groupe* (Gruppenklage)<sup>31</sup>, die Bestandteil des Verbrauchergesetzes, dem *Code de la consommation* (Art. L 423-1), ist und erst 2016 erweitert wurde.<sup>32</sup> Ihr Kennzeichen ist ein mehrstufiges System, beginnend mit der Klage qualifizierter Einrichtungen, d.h. aller in der EU „staatlich zugelassenen Verbraucherschutzvereinigungen“, darunter die 16 französischen Verbraucherverbände und Gewerkschaften, stellvertretend für eine Gruppe Geschädigter; zudem handelt es sich um ein *Opt-in*-System. Klagegegenstand sind alleine die Verletzung von vertraglichen Pflichten eines Unternehmers beim Verkauf von Waren oder Dienstleistungen sowie Wettbewerbsverstöße.<sup>33</sup> In einer zweiten (Leistungs-)Phase kommt es



erst zu individuellen Leistungsansprüchen. Dann kann das Gericht zur Effektivitätssteigerung Schadensschätzungen vornehmen und Mindestschadenssummen festlegen. Eine signifikante Gefahr besteht darin, dass in Frankreich bei Verbraucherklagen gegen Unternehmen häufig letztere auch bei Obsiegen die Kosten zu tragen haben<sup>34</sup>.

Deutlich wird schon durch diese grobe Übersicht, dass die EU einen Wettbewerb der Rechtsstandorte ermöglicht und verstärkt hat. Die europaweite Suche der Kläger nach dem jeweils günstigsten Gerichtsstandort für die eigenen Ansprüche, das sogenannte *forum shopping*, ist an der Tagesordnung. Dieser Wettbewerb wurde ermöglicht durch die Anerkennung und die Vollstreckbarkeit von Urteilen aus anderen EU-Mitgliedstaaten mittels der Brüssel I-Verordnung<sup>35</sup> – die auf wechselseitigem Vertrauen in die jeweilige Rechtsstaatlichkeit beruht. Auch das BMJV erwägt, Deutschland für solche Kollektivklagen zu öffnen, damit diese Klagen nicht abwandern. Doch überzeugt das Argument nicht: Denn zum einen sollte bedenklichen Entwicklungen kein Vorschub geleistet werden. Und zum anderen stellt sich die Frage nach den Folgen, lässt man in dieser Form den Wettbewerb der Rechtsstandorte zu. Es stünde zu erwarten, dass sich nicht Qualität durchsetzt, sondern der Fokus in der Rechtsverfolgung allein anhand der maximalen Gewinne bzw. Schadenersatzsummen orientiert wäre, eine Entwicklung, die dem schon jetzt massiv unterminierten Vertrauen in die rechtsstaatlichen Strukturen einzelner EU-Mitgliedstaaten nicht dient.

Doch bleibt festzuhalten: Der Wettbewerb der Rechtsstandorte findet statt vor dem Hintergrund tatsächlich bestehender Defizite in der Kompensation von Bagatellschäden einerseits und dem Interesse einzelner Mitgliedstaaten daran, Anwälte und Kläger an den Standort zu locken andererseits, unabhängig von vorangehender Analyse der Gefahren. *Forum shopping* scheint daher die Zukunft der EU-Rechtsstandorte zu determinieren. Deutlich wird, dass damit auch Deutschland sich stärker im Wettbewerb der Rechtsordnungen, ja der Rechtskulturen zu behaupten hat. Dabei könnten die Vorzüge des eigenen Standortes, z.B. indem *frivolous claims* verhindert werden, herausgestellt werden, so wie es die

Initiative „Law – Made in Germany“ im Rahmen des Bündnisses für das deutsche Recht, an dem die großen Justizorganisationen sowie auf Wirtschaftsseite DIHK und BDI beteiligt sind, seit einigen Jahren intensiv betreibt.<sup>36</sup> Denn: Der Verzicht auf Aspekte anglo-amerikanischer Justiz, die nur dort eine Binnenrationalität besitzen, kann „ein bedeutender Standortvorteil sein“.<sup>37</sup>

#### **4. Die Europäische Union: Verbraucherpolitik statt Verbraucherrecht**

Auch die derzeitige Justizkommissarin der EU-Kommission, Vera Jourova, fordert die Einführung von Sammelklagen und hat entsprechende Gesetzgebungsvorschläge für 2018 angekündigt<sup>38</sup>. Damit greift sie – ausdrücklich anlässlich des Volkswagenskandals – ein Thema auf, das die Kommission aus guten juristischen Gründen 2009 nach mehreren umfangreichen Konsultationen<sup>39</sup> zurückgestellt hat und das 2013 konsequenterweise nur zu einer Empfehlung an die Mitgliedstaaten führte<sup>40</sup>, nicht zu einem verbindlichen Rechtsakt. Die bisherige Zurückhaltung beruhte auf der Einsicht, dass die Kompetenzen der EU zur Regelung nationalen Zivilprozessrechts gering sind, wie auch das Europäische Parlament zunächst konzedierte<sup>41</sup>. Denn nur drei Rechtsgrundlagen kommen in Betracht:

Denkbar wäre zunächst Artikel 81 AEUV zur justiziellen Zusammenarbeit. Hier stehen aber die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten im Vordergrund, z.B. durch die Brüssel I-Verordnung: Eine allgemeine Kompetenz der EU zur Regelung oder Angleichung des Zivilprozessrechts besteht gerade nicht, weder unter dem Aspekt der (indirekten) Regelung der Voraussetzungen der Anerkennung noch unter dem des „Zugangs zum Recht“ (Art. 81 Abs. 2 lit. e AEUV)<sup>42</sup>, schon gar nicht, wenn kein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist.

Gleiches gilt für Art. 67 Abs. 1 AEUV, der den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet, gleichzeitig aber die Union zur

Achtung der verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten verpflichtet. Dies ist eine Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips. Das Zivilprozessrecht bleibt in der Hand der Mitgliedstaaten.<sup>43</sup> Auch mit der Aussage in Art. 67 Abs. 4: „Die Union erleichtert den Zugang zu Recht“ wird der EU keine originäre Kompetenz gewährt<sup>44</sup>. Vielmehr geht es darum, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt kein Hindernis für die Geltendmachung behaupteter oder die Durchsetzung gerichtlich festgestellter Ansprüche sein soll<sup>45</sup>.

Am wahrscheinlichsten ist daher die Berufung auf Art. 114 AEUV, der Kompetenzgrundlage für alle Maßnahmen zur Herstellung des Binnenmarktes.<sup>46</sup> Wahrscheinlich deshalb, weil der EuGH diese Norm immer weit ausgelegt hat. Voraussetzung einer positiven Harmonisierungsmaßnahme gemäß Art. 114 AEUV ist allerdings immer noch die vorherige Feststellung einer spürbaren „Beschränkung“ des Binnenmarktes, die allein durch ein Handeln der EU beseitigt werden kann.<sup>47</sup> Man mag bei gehöriger Anspannung der Phantasie durchaus behaupten, dass der „Wettbewerb der Rechtssysteme“, der oben beschrieben wurde, notwendig zu Verzerrungen führt, indem Geschädigten in den Mitgliedstaaten schlicht unterschiedliche Wege der Rechtsverfolgung gewährt werden. Aber: Erstens geht es anders als etwa bei bisherigen Maßnahmen, die in das Prozessrecht der Mitgliedstaaten eingreifen (wie die Kartellschadenersatzrichtlinie), primär gerade nicht um die Umsetzung von durch EU-Recht gewährten Rechten (daher greift auch nicht der Vergleich mit prozessualen Vorgaben des effektiven Rechtsschutzes), sondern um allgemein deliktische und teilweise vertragliche Rechte. Nur selten handelt es sich bei Kollektivschäden um unmittelbar unionsrechtlich gewährte Verbraucherrechte. Und zweitens – wichtiger noch – führt diese Argumentation zwingend zur Schlussfolgerung, dass bloße Unterschiede im nationalen Prozessrecht ein Eingreifen der EU erlauben. Das widerspricht nicht allein der bisherigen europarechtlichen Dogmatik<sup>48</sup>, sondern dann wäre es in das Belieben der EU gestellt, durch Anerkennungsregeln wie die der Brüssel I-Verordnung erst einen viel breiteren Handlungsimperativ zu schaffen. Nicht zuletzt widerspräche es auch der gegenwärtigen praktischen Politik, könnte doch – etwa zum Ausgleich der von der Kommission festgestellten rechtsstaatswidrigen

prozessualen Maßnahmen in Polen – die EU dann auch unionsweit ihre Sicht des Rechtsstaats oder der *rule of law* durchsetzen, was sie wohlweislich nicht tun wird. Die Kompetenznöte der EU werden besonders offensichtlich, wenn zur Kompetenzbegründung eine direkte Berufung auf Grundrechte erfolgt. Dazu gehören Argumente, wonach kollektiver Rechtsschutz zur Verwirklichung des in der Charta vorgesehenen *access to justice* oder dem allgemeinen „fairen Verfahren“, Art. 47 Abs. 3 GrCH erforderlich sei.<sup>49</sup>

Dieses europarechtliche Ergebnis ist im Übrigen durchaus bedauerlich, denn es entspräche ja den Wünschen aller Beteiligten<sup>50</sup>, könnte die EU den Missbrauch von kollektivem Rechtsschutz dadurch effektiv regeln, dass sie die Empfehlungen an die nationalen Gesetzgeber von 2013<sup>51</sup> selbst umsetzt: Etwa den Ausschluss von Strafschadenersatz, Vorrang für *Opt-in*-Klagen oder die Beschränkung der Honorare/Gewinnmöglichkeiten und des Einflusses von Prozessfinanzierern auf die Einigung.<sup>52</sup> Die Präzisierung der Kompetenz der EU zur Regelung der nationalen Zivil(prozess)-rechtsordnungen wird letztlich den bereits Jahrzehnte währenden Debatten um die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts vorbehalten bleiben, die durch das EP derzeit wieder neu aufgelegt wurden und gute Vorschläge enthalten.<sup>53</sup>

Zusätzlich ist zu bedenken, dass mitgliedstaatliche Handlungsoptionen schon jetzt eingeschränkt sind, etwa durch die bestehenden Normen zur Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen in Zivilverfahren, die keinen Rückgriff auf den *ordre public* erlauben. Ein Urteil wäre auch dann zu vollstrecken, wenn der das Urteil erlassende Mitgliedstaat aus Gründen der attraktiven Gestaltung seiner Rechtsordnung etwa Strafschadenersatz zuließe. Ferner ist zu beachten, dass die von einzelnen Mitgliedstaaten gewünschte Restriktion der Klageberechtigung auf bestimmte Personen des Privatrechts nur sehr beschränkt durchführbar ist: Will man etwa nur qualifizierten privaten Verbraucherschutzvereinen ein Klagerecht zugestehen, so gilt dies für alle qualifizierten Verbraucherschutzvereine in der EU – also auch solche, die sich unter Ausnutzung sehr weiter Zulassungsregelungen in EU-Staaten dort „qualifiziert“ haben, möglicher-

weise wiederum mit Finanzinvestoren im Hintergrund, mit dem einzigen Ziel der Prozessführung in anderen Mitgliedstaaten. Allein die Zahl der Vereine auf der EU-Liste zu den nach der Unterlassungsklagenrichtlinie qualifizierten Vereinen liegt bei weit über 300.<sup>54</sup>

Regelungstechnisch geht die EU im Rahmen ihrer Ankündigung eines *New Deal for Consumers* für April 2018 ein weiteres bemerkenswertes Risiko ein, denn sie möchte Sammelklagen im Rahmen der Neufassung der EU-Unterlassungsklagen-Richtlinie regeln. Damit werden zwei Rechtsbereiche vermischt, die strukturell extrem unterschiedlich sind. Zum einen sind Unterlassungsklagen in Deutschland und Österreich vor allem privatrechtlichen Verbänden übertragen – während in den anderen EU-Staaten Behörden diese Zuständigkeit besitzen. Zum anderen regeln Unterlassungsklagen auch genau dies: Unterlassung, keinen Schadenersatz. Die Vermischung ist wohl dem einleitend beschriebenen rechtspolitischen Druck geschuldet. Folgerichtig stützt die EU sich in der vorbereitenden Argumentation auch weniger auf starke rechtliche Argumente denn auf faktische Defizite, etwa der doch sehr allgemein wirkenden Aussage, Verbraucherrechte würden tatsächlich in der EU „nicht hinreichend“ von den Gerichten durchgesetzt.<sup>55</sup>

## 5. Über zivilprozessuale Hürden – und Öffnungen

Die zivilprozessualen Hürden in Deutschland sind vielfältig und reichen von verfassungsrechtlichen Vorgaben bis zu möglichen Widersprüchen in der Systematik der ZPO. Nur drei ausgewählte Themen sollen mit Blick darauf erwähnt werden, welche positiven Lösungsmodelle verstärkt zu diskutieren sind<sup>56</sup>.

Zunächst ist das über Art. 103 Abs. 1 GG grundgesetzlich gewährleistete rechtliche Gehör zu nennen: Ziel einer Sammelklage kann es sinnvollerweise nur sein, den Geschädigten effektiv Schadenersatz zu gewähren – will man anders als in den USA bloße Abschreckung nicht zum Gegenstand des Zivilprozessrechts machen. Umgekehrt sollen die Schädiger, sofern

sie rechtlich haften, Rechtssicherheit erhalten. Auch wenn die Gruppe der Geschädigten abgrenzbar ist, so verbleibt es damit in Deutschland in der Privatautonomie des Einzelnen, Klage zu erheben - oder eben nicht. Zudem darf das rechtliche Gehör nicht beschnitten werden. Jede *Opt-out*-Lösung, d.h. eine automatische Mitgliedschaft in einer Gruppe, setzt voraus, dass der Betroffene Kenntnis von der Klage erhält und sich entscheiden kann – genau das ist kaum zu erreichen. Weder Zeitungen noch das Internet können dafür auch nur ansatzweise garantieren oder auch nur eine Wahrscheinlichkeit der Kenntnis begründen. Hier würde der Einzelne damit zum Nutzen der Vielen instrumentalisiert, ein dem Zivilprozessrecht unbekannter Utilitarismus. In Deutschland sind daher alleine *Opt-in*-Klagen denkbar, die Gruppe wäre damit namentlich benannt. Damit steht umgekehrt das Ergebnis der Rechtssicherheit in Frage, da den Nichtmitgliedern der Gruppe der Rechtsschutz ja nicht indirekt durch das Handeln Dritter versagt werden kann. Dieses Problem erhält besonderes Gewicht im europäischen Kontext. Viele Fälle potentiellen kollektiven Rechtsschutzes, etwa Produktmängel im Massenmarkt, wirken sich schließlich nicht nur in einem Mitgliedstaat aus. Doch welche Bindungswirkungen hätten Gerichtsurteile aus anderen Mitgliedstaaten? Es spricht einiges dafür, die Wirkung von Feststellungsurteilen in Sammelklagen aus anderen Mitgliedstaaten sehr restriktiv zu beurteilen.

Ferner stellt sich die Frage der Klageberechtigung, die gleich zwei komplexe Themen berührt: Sollen Anspruchsteller, wie im Entwurf der Musterfeststellungsklage<sup>57</sup> der Fall, nur „Verbraucher“ gemäß § 13 BGB sein, oder sollen nicht vielmehr in den Interessenkonstellationen auch Verbraucher-ähnliche Unternehmen erfasst sein – so wie in Belgien<sup>58</sup>? Bedingt die Beschränkung auf Verbraucher auch den in § 13 BGB enthaltenen Bezug auf „Rechtsgeschäfte“ – und damit den Ausschluss deliktsrechtlicher Ansprüche? Auch für die Repräsentativität der Kläger bestehen bislang keine überzeugenden Modelle: Der Entwurf der Gruppenklage von Bündnis 90/Die Grünen benennt allein als Voraussetzung, ein Gruppenkläger müsse „willens und geeignet“ sein, das Gruppenverfahren mit Wirkung für die Gruppe durchzuführen.<sup>59</sup> Die Musterfeststellungsklage der ehemaligen Bundesregierung beschränkt in § 607 DiskE-ZPO die Klage-

berechtigung auf die „qualifizierten Verbände“ nach dem Unterlassungsklagengesetz (§ 4 UKlaG) – eine Mindestmaßnahme des Schutzes vor missbräuchlichen Klagen.<sup>60</sup> Das ist auch konsequent, schaut Deutschland schließlich auf eine erfolgreiche Historie der Verbandsklage als Instrument privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung zurück<sup>61</sup>, die allerdings durch neue Verbands- und Popularklagen<sup>62</sup> Freiheitsspielräume zunehmend eingeengt wird<sup>63</sup>. Dass indes selbst Deutschland bei der Qualifizierung von Verbraucherschutzverbänden wenig bis kaum kontrolliert und so die „Qualifikation“ einzelner Einrichtungen zweifelhaft erscheinen lässt, belegt eine bedenkliche Rechtspraxis zu § 4 UKlaG: Das Bundesamt für Justiz lässt auch vermeintliche Verbraucherschutzverbände zu, bei denen bereits vor Eintragung erhebliche Indizien auf künftigen Missbrauch hindeuten. Dass dies im Ergebnis dem Ansehen des Systems und damit den etablierten und vertrauenswürdigen Verbänden wie der Verbraucherzentrale Bundesverband VZBV schadet, ist bedauerlich.

Klagegegenstand könnte, dem Entwurf der Musterfeststellungsklage zufolge, nur die Feststellung eines Rechtsverhältnisses mit anschließender Erstreckung der Bindungswirkung auf Personen sein, die in einem neu zu schaffenden „Klageregister“ eingetragen sind. Diese Personen könnten dann in der Folge einfache Leistungsklagen erheben. Dies stellt natürlich im Ergebnis den angestrebten Entlastungseffekt in Frage<sup>64</sup>. Die Gruppenklage von Bündnis 90/Die Grünen wiederum würde weitgehend unkontrolliert kollektive Leistungsklagen zulassen. In beiden Fällen stellt sich aber die schwierige Frage des Streitgegenstandes; nur selten gibt es den „gleichen Lebenssachverhalt“, der für eine Vielzahl von Klägern determinierend ist. Das belegt gerade das erwähnte Beispiel Volkswagen, bei dem es eine Vielzahl höchst unterschiedlicher Rechtsverhältnisse gibt, vom Verbraucherkauf stark unterschiedlicher KfZ bis Händlerverträge, bei noch völlig offener öffentlich-rechtlicher Beurteilung der Zulassung sowie vor dem Hintergrund umweltrechtlicher Fahrverbote.

Will man den zivilprozessualen Fremdkörper „Kollektivklage“ in das Zivilprozessrecht einführen, gilt es vorher also viele zivilprozessuale Fragen überzeugend zu klären: Noch schwankt der Diskurs zur Klageberechtigung

zwischen besonderer Prozesslandschaft und Rechtsdienstleistung, die Finanzierung zwischen Anreiz zu Spekulation und staatlicher Aufgabe, die genannten Rechtsschutzziele umfassen die Prävention von Rechtsbrüchen, die Gewinnabschöpfung sowie den effektiven Schadenersatz bei einer Vielzahl von Betroffenen: alles Punkte, die jeweils eigene Konstruktionen bedingen. Doch es gibt Alternativen.

## **6. Eine mögliche Lösung: klageberechtigte öffentlich-rechtliche Ombudsstellen**

Nähert man sich vor dem beschriebenen Hintergrund dem kollektiven Rechtsschutz an mit der fünffachen Maßgabe der (1) effektiven Entschädigung von geschädigten Verbrauchern bzw. Unternehmen, (2) des Ausschlusses missbräuchlicher Klagen, (3) der adäquaten Verhaltenssteuerung von Unternehmen, (4) der Verhinderung einer Klageindustrie bzw. bloß anwaltlicher Geschäftsmodelle, sowie (5) angesichts der Belastung der Justiz zusätzlicher effektiver Modelle der außergerichtlichen Streitbeilegung, dann ergeben sich ohne große Eingriffe in das geltende Recht Vorschläge auf der Basis der oben genannten Kategorien:

Für Masseschäden wäre daran zu denken, den Klagebeitritt (die Streitgenossenschaft) zu vereinfachen bzw. zu erweitern, während alle anderen Maßgaben der ZPO erhalten blieben<sup>65</sup>. Die einfache Abtretungslösung versagt indes bei Verbraucherklagen mit unbestimmter Anzahl. Diesbezüglich hat der EuGH erst jüngst im Urteil Schrems/Facebook<sup>66</sup> – ausdrücklich gegen die Stellungnahme Deutschlands – klargestellt, dass durch Abtretung kein eigener Verbrauchergerichtsstand begründet werden kann, sonst wären im Europarecht Sammelklagen durch die Hintertür eingeführt worden. Hier sind AGB-rechtliche Regelungen zu bedenken. Das KapMuG hat zudem gezeigt, dass es in Fällen eindeutig abgrenzbarer Gruppen von Geschädigten denkbar ist, auf der Basis eines freiwilligen Zusammenschlusses gemeinsam Klage zu führen, allerdings determiniert allein der



Musterkläger das Verfahren, die Beigeladenen verbleiben lediglich Streit-  
helfer.<sup>67</sup>

Für Streuschäden, z.B. infolge zu hoher Preise von Massengütern wie Kaffee oder Zucker, reicht diese Lösung wegen der hohen Zahl an – häufig unbekanntem – geschädigten Verbrauchern nicht aus, auch Sammelklagen erscheinen nicht sachgemäß<sup>68</sup>. Hier erscheint es einerseits sinnvoll, die Unternehmen aufzufordern, ihre häufig bereits bestehenden Kundenportale um Modelle außergerichtlicher Streitbeilegung zu ergänzen. Es ist nicht wirklich einsichtig, warum z.B. Anbieter von Bahn- und Flugverkehr bei Verspätungen und unzweifelhaft gegebenen gesetzlichen Ansprüchen nicht die in aller Regel bekannten Daten der Kunden dazu nutzen, von sich aus Kompensation anzubieten, bzw. eine einfache *Legaltech*-Lösung zur Streitschlichtung aufstellen<sup>69</sup>. Andererseits könnten auch unternehmensunabhängige Verbraucherschlichtungsstellen hier einen Aufgabenbereich finden. Diese Form der Schlichtung hat sich aber bislang nur schleppend bewegt, auch wegen der unglücklichen rechtlichen Konstruktion, die Kosten einer freiwilligen Schlichtung alleine und unabhängig vom Ergebnis immer einer Partei – dem Unternehmen – aufzuerlegen. Mit wenigen Änderungen am Verbraucherschlichtungsgesetz wäre wohl eine effektive Abhilfe möglich.

Wie ist nach alledem umzugehen mit der schwierigsten Fallgruppe, den Fällen, die einerseits keine abgrenzbare Gruppe bilden, aber andererseits offensichtlich eine Vielzahl zumindest ähnlicher Fälle darstellen bzw. miteinander in enger Beziehung stehen? Da effektive *safeguards* nahezu unmöglich<sup>70</sup> sind, sind die Bedenken der Wirtschaft auch erheblich und nachvollziehbar. Das BMJV behauptet gleichwohl wiederholt, große Teile der Wirtschaft hielten „ein Schutzschild über die eigenen schwarzen Schafe.“<sup>71</sup> Das ist schon aus dem Eigeninteresse betroffener Unternehmen heraus nicht der Fall. Die gewerbliche Wirtschaft hat demgegenüber mehrere Vorschläge unterbreitet, wie sich neben der im Unlauterkeitsrechts und im Kartellrecht bereits möglichen Gewinnabschöpfung eine effektive Streitschlichtung für alle Beteiligten, mit adäquater Entschädigung der Betroffenen und Stabilität für den Rechtsstandort, verwirklichen

ließe. Vorgeschlagen werden Modelle, die zuletzt immer stärker in den Fokus der Diskussion rücken: öffentlich-rechtliche Ombudsstellen.

Dass solche Modelle im Kontext der in Deutschland staatlich finanzierten, aber staatlich nicht beaufsichtigten privaten Verbraucherschutzverbände nicht sofort auf Zuspruch stoßen, ist verständlich – sie sind aber bislang die einzige Option des Ausgleichs. Die akademische Literatur in Deutschland hat diese Vorschläge aufgenommen und überwiegend positiv rezipiert<sup>72</sup>. Solche Ombudsleute sind in skandinavischen Ländern bereits gut bekannt. Sie gewinnen zunehmend an Attraktivität, auch die EU hat eine Ombudsfrau. In der europäischen akademischen Diskussion wird ihnen das größte verbraucherrechtliche Innovationspotential beigemessen<sup>73</sup>. Öffentlich-rechtliche Ombudsstellen sorgen für eine neutrale und kompetente Streitschlichtung, ohne eigene Anreize zu maximalen Kosten oder gar Gewinn zu haben. Kurz: Sie sind das Gegenteil einer Ökonomisierung der Justiz, Fehlanreize werden vermieden.

Zudem bieten Sie die Gewähr dafür, dass durch die Bindung an das Gesetz in einem ersten Schritt die Sachlage neutral ermittelt wird. Im Fall von Gesetzesverstößen kann erst einmal der Verhandlungsweg beschritten werden, ohne notwendige und gerade durch Anwälte instrumentalisierte mediale Begleitung. Es ist durchaus zu erwarten, dass Vergleiche mit einer Ombudsfrau eher getroffen werden als mit renditeorientierten Kanzleien. Aber es geht keinesfalls nur um Vermittlung oder Schlichtung: Dänemark etwa hat seine Ombudsfrau konsequenterweise mit der Führung von Sammelklagen ermächtigt<sup>74</sup>, sollte keine Einigung mit den Unternehmen erreichbar sein. Dies ist insbesondere in Fällen erfolgversprechend, in denen es um Tarifausgestaltungen geht, auch bei Flugstornierungen mit einer Vielzahl jeweils unterschiedlicher Verträge ist das hilfreich. Das Modell könnte in Deutschland relativ problemlos übernommen werden, indem sowohl für Feststellungsklagen als auch Leistungsklagen zu Gunsten einer bestimmten Gruppe eine Ombudsstelle berechtigt werden würde. Damit würde die Ombudsstelle auch in den Verhandlungen viel stärker.

Ihre ganz eigene Attraktivität gewinnt die Einrichtung einer Ombudsstelle noch durch weitere Aspekte. Denn sie ist geeignet, wirtschaftlich und politisch komplexe Fälle aufzugreifen, da sie für alle Seiten einen kompetenten und handlungsfähigen Ansprechpartner darstellt. Vielschichtige Skandale, die Umweltaspekte, Verbraucherschutz, Verkehr, Infrastruktur und Industriepolitik betreffen, könnten so ein geeignetes Forum finden, zumal die Regierung selbst nicht mehr wie im Dieselskandal nur eingeschränkt handlungsfähig wäre, weil sie zugleich auch Regulierungsbehörde und damit unmittelbar Beteiligte ist. Es erscheint evident, dass eine rechtliche Situation wie der Dieselskandal nicht allein von einem Landgericht in einer Vielzahl von Verfahren bewältigt werden kann, die jeweils zivilprozessual fokussiert sind.

Im Ergebnis setzt das Modell daher auch zwingend eine öffentlich-rechtliche Ombudsstelle voraus, so wie es derzeit auch für Kollektivklagen in Finnland und Polen der Fall ist.<sup>75</sup> Ermächtigte man private Ombuds- oder Schiedsstellen zur Klageerhebung, dann gäbe es keinen belastbaren Grund, andere private Vereine von diesem Recht auszuschließen<sup>76</sup>. Europarechtlich wäre es aus Gründen des Schutzes vor Diskriminierung nicht möglich, beliebige private Verbraucherschutzorganisationen mit Schiedsstellen auszuschließen – was genau dem Missbrauch durch Investoren wieder Raum gäbe. Selbst die Kommission sieht das für private Vertreterorganisation so.<sup>77</sup> Und dass öffentlich-rechtliche Stellen klagebefugt sein können, ist in den Empfehlungen der Kommission sogar eigens aufgeführt.<sup>78</sup> Auch die Finanzierungs- und Anreizfrage stellt sich dann als lösbar dar. Staatliche Rahmenfinanzierung sichert eine angemessene Basis. Zudem wäre es – anders als bei der Finanzierung von privaten Verbänden – bei einer staatlichen Stelle auch durchaus denkbar, einen Teil der erstrittenen Erlöse der Tätigkeit der Ombudsstelle zugutekommen zu lassen.

Nicht zuletzt eröffnet die konfliktlösende Tradition einer Ombudsstelle in Deutschland wie in Europa ganz neue Entwicklungsperspektiven des Verbraucherschutzes<sup>79</sup>. Schon allein die durch die Marktbeobachtung und Problemorientierung entstehenden Kenntnisse der Behörde wären ein immenser Vorteil, da sie ähnlich wie beim Bundesbeauftragten für den

Datenschutz neutral gewichtet würden und sich die Bundesregierung in Bezug auf gesetzgeberischen Handlungsbedarf nicht mehr auf private Einrichtungen verlassen müsste. Insgesamt spricht daher alles für eine Debatte um neue Instrumente, die in Deutschland – und in der EU – bislang vernachlässigt wurden – jedenfalls, wenn man die oben genannten Ziele effektiv erreichen will und nicht nur rechtspolitische Kosmetik betreiben will. Es ist an der Zeit, sich nicht weiter auf erwiesenermaßen fehlerhafte Wege einer vermarkteten, ökonomisierten Justiz zu bewegen, sondern originär europäische Traditionen der Streitschlichtung und der Durchsetzung zu folgen. Wahrscheinlich ist eine solche Perspektive rechtspolitisch allerdings leider nicht, zu stark bietet die Einführung des kollektiven Rechtsschutzes Raum für Profilierung und Investition.

- 1| *Bao Xiang International Garment Centre and Others / British Airways et al*, 27.10.2015, per Rose, para 32, 33, 40 („abuse of process“, „wholly irresponsible“), para 33 „no grounds for believing ... that any particular claimant had shipped air freight“, im Verlauf des Verfahrens stellte sich heraus, dass tatsächlich weniger als 10 % der Unternehmen Luftfracht befördert hatten, para 33.
- 2| „There was a complete lack of candour on the part of Hausfeld“, *ibid*, para 38, eigene Übersetzung.
- 3| *Handelsblatt global*, 19.12.2017.
- 4| *dpa Meldung vom 2. Februar 2018*, „Verbraucherschutzminister dringen auf Sammelklage“.
- 5| <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Musterfeststellungsklage.html>
- 6| *Zuletzt Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Gruppenverfahren der Fraktion Bündnis90/Die Grünen, BT-Drucksache 18/13426 vom 28. August 2017*.
- 7| „A New Deal for Consumers“, [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-5324969\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-5324969_en).
- 8| *Umfassend zuletzt dazu Woopen, Kollektiver Rechtsschutz – Ziele und Wege*, NJW 2018, 133, mwN., rechtsvergleichend Victoria Harsagi/C. H. van Rhee (Eds), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, zu Einzelfragen vgl. Weber/van Boom, *Neue Entwicklungen in puncto Sammelklagen – in Deutschland, in den Niederlanden und an der Grenze*, VuR 2017, 290; Habbe/Gieseler, *Einführung einer Musterfeststellungsklage – Kompatibilität mit zivilprozessualen Grundlagen*, Betriebsberater 2017, 2188; Halfmeier, *Musterfeststellungsklage: Nicht gut, aber besser als nicht*, ZRP 2017, 201, vorangehend Meller-Hennich/Höland, *Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente*, 2011.

- 9] <http://www.djt.de/nachrichtenarchiv/meldungen/artikel/themenuebersicht-72-djt/>
- 10] Wernicke, *Recht ist kein Investitionsobjekt*, Betriebsberater 2017, Nr. 11, Die Erste Seite.
- 11] Hodges/Money-Kyrlle, *Safeguards in Collective Redress*, Foundation for Law, Justice and Society 2012, p. 5.
- 12] *Stellungnahmen aus der jüngsten Zeit „Wirtschaftspolitische Positionen der IHK-Organisation 2017, „Musterverfahren sind denkbar, setzen aber öffentlich-rechtliche, repräsentative Vertreter und gleiche tatsächliche und rechtliche Situationen voraus“*, [https://www.dihk.de/themenfelder/wirtschaftspolitik/info/wipos-2017/wipos-2017-32-wettbewerb.pdf/at\\_download/file?mdate=1493128435643](https://www.dihk.de/themenfelder/wirtschaftspolitik/info/wipos-2017/wipos-2017-32-wettbewerb.pdf/at_download/file?mdate=1493128435643); Stellungnahme des HDE zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage vom 4. September 2017, Stellungnahme des BIHK zur Einführung einer Musterfeststellungsklage.
- 13] *Instruktiv bis heute: Merritt v. Faulkner*, 697 F.2d 761, C.A.Ind.,1983, January 6, 1983, per Posner: „we subject the probable merit of [the] case to the test of the market. If [the plaintiff] cannot retain a lawyer on a contingent fee basis the natural inference to draw is that he does not have a good case.“
- 14] Woopen, *Kollektiver Rechtsschutz – Ziele und Wege*, NJW 2018, 133, mit dem Hinweis auf eine durchschnittliche Transaktionskostenquote von 22-29 %, die Intermediäre erhalten teilweise mehr als alle Geschädigten zusammengenommen.
- 15] Shklar, *Der Liberalismus der Rechte*, 2017.
- 16] Tiip/Schiefer: *VW Dieselgate – die Notwendigkeit zur Einführung einer zivilrechtlichen Sammelklage*, NZV 2017, 14 (18): „Eine gleichwertige Beweisermittlung wie in den USA existiert in Deutschland ... nicht.“
- 17] BRAK Stellungnahme 31/2017.
- 18] *US Chamber of Commerce, The Growth of Collective Redress in the US – A Survey of Developments in 10 Member States*, March 2017, abrufbar unter [http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/The\\_Growth\\_of\\_Collective\\_Redress\\_in\\_the\\_EU\\_A\\_Survey\\_of\\_Developments\\_in\\_10\\_Member\\_States\\_April\\_2017.pdf](http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/The_Growth_of_Collective_Redress_in_the_EU_A_Survey_of_Developments_in_10_Member_States_April_2017.pdf)
- 19] *Bericht der Kommission an Rat und Parlament über die Umsetzung der Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013 über gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (2013/396/EU)*, KOM(2018)40 final.
- 20] *Zuletzt die Millionenklage des staatlichen schwedischen Unternehmens Vattenfall in London gegen dänische und italienische Unternehmen wegen vorgeblicher Kartellschäden*, HC-2017-000682 *Vattenfall AB et alt v. Prysmian SpA et alt*, High Court; *Vattenfall* wird im Verfahren „tactical forum shopping“ unterstellt.
- 21] *Competition Appeal Tribunal, Walter Hugh Merricks CBE v Mastercard Incorporated and Others*, Case no. 1266/7/7/16, wegen der unklaren rechtlichen Konstellation wurde Antrag auf Berufung sowohl vor dem Court of Appeals als auch dem Administrative Court gestellt. (Der Antrag auf Berufung wurde nach dem Verfassen dieses Beitrages abgelehnt (CAT-tribunal, Case no. 1266/7/7/16, 28. September 2017), Anm. d. Hrsg)
- 22] *Sec. 47Bff. Consumer Act 1998.*
- 23] *Dazu Mulheron, The United Kingdom’s New Opt-Out Class Action*, Oxford Journal of Legal Studies, 2017, 814.
- 24] *Sec. 44 Civil Procedure Rules; Rule 104, 2015 CAT Rules: Das Gericht hat ein weites Ermessen.*

- 25| Ausführlich Andreangeli, *The consequences of Brexit for competition litigation: an end to a „success story“?*, *European Competition Law Review* 2017, 228; Roth, *A British perspective: EU antitrust law and international damages actions*, *February 2017*, *Concurrences Review* N° 1-2017, p. 243.
- 26| Art. 7:907 – 910 Burgerlijk Wetboek, sowie Änderungsgesetz vom 26.Juni 2013.
- 27| Art. 3:305 a BW.
- 28| [www.stichtingvolkswagenclaim.com](http://www.stichtingvolkswagenclaim.com)
- 29| Weber/van Boom, *Neue Entwicklungen in puncto Sammelklagen – in Deutschland, in den Niederlanden und an der Grenze*, *VuR* 2017, 290 (294).
- 30| *Wetvorstel collectieve schadevergoedingsactie*, 2017 noch in der zweiten Kammer anhängig.
- 31| *Loi Hamon – loi 2014-344 du 17.3.2014 relative à la consommation*, *JORF* 18.3.2014, no 65 p. 54.
- 32| *Loi Sapin2 – loi n° 2016-1547 du 18.11.2016*, *JORF* 19.11.2016, n°0269.
- 33| Ausführlich Rohlfing-Dijoux, *Reform des Verbraucherschutzes in Frankreich durch die Einführung einer Gruppenklage in das französische Recht*, *EuZW* 2014, 771 ff., der wegen der gewachsenen Risiken für Unernehmen auch bei fehlender Verantwortlichkeit höhere Verbraucherpreise erwartet (S. 772).
- 34| *So US Chamber of Commerce*, *supra* Fn. 19, S. 36, *Cour Civile Paris*, 27.Januar 2016, 15/00835.
- 35| *Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I)*, *ABl. EU* v. 20.12.2012, L 351, S. 1; Ausführlich zur Brüssel-I-Verordnung in Kollektivklagen Stadler, *The Commission's Recommendation on common principles of collective redress and private international law issues*, *Niederlands internationaal privaatrecht NiPR* 2013, 483 (486).
- 36| [www.lawmadeingermany.de](http://www.lawmadeingermany.de) sowie das Bündnis für das deutsche Recht: [http://www.bmjv.de/DE/Themen/EuropaUndInternationaleZusammenarbeit/BuendnisDeutschesRecht/BuendnisDeutschesRecht\\_node.html](http://www.bmjv.de/DE/Themen/EuropaUndInternationaleZusammenarbeit/BuendnisDeutschesRecht/BuendnisDeutschesRecht_node.html)
- 37| Brand, *US-Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz in der EU*, *NJW* 2012, 1116 (1120).
- 38| *Speech of Commissioner Jourova at the release of the U.S. Chamber Institute for Legal Reforms Consumer public opinion poll on European collective redress*, 28.September 2017.
- 39| *Zu nennen sind das Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher von 2008 (KOM(2008)794 sowie das Weißbuch zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts von 2008, KOM(2008)165 endg.*
- 40| *Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten*, *ABl. EU* v. 26.7.2013, L 201, S. 60.
- 41| *Entschließung des EP vom 2.Februar 2012, Kollektiver Rechtsschutz – Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz*, 2011/2089(INI), Rn. 26 ff.
- 42| *Erfasst sind auch Kooperation und Kommunikation zwischen Gerichten, aber Art 81 beinhaltet „keine Regelungskompetenz“*, so ausdrücklich Hess in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 81 AEUV, Rn. 40, lit. e umfasse nur „praktische Hilfestellungen“ wie Prozesskostenhilfe, *ebd.* Rn. 47, vom Ansatz weitergehend Rossi in *Callies/Ruffert, EUV/AEUV*, 2016, Art. 81 Rn. 26: *Justizgewährleistungsanspruch*, a.A. Franck, *Marktordnung durch Haftung* 2016, S: 183 ff.
- 43| *Hodges, Collective Redress: A breakthrough or a Damp Squibb?* *Journal of Consumer Policy* 2014, 67 (878).
- 44| *Ausdrücklich Röben in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 2017, Art. 67 Rn. 61.

- 45] Breitenmoser/Weyeneht in von der Groeben/Schwarze/Hatje, 2015, Art. 67 Rn. 159.
- 46] Stadler, *The Commission's Recommendation on common principles of collective redress and private international law issues*, NiPR 2013, 483 (488).
- 47] *Handelsbeschränkende Wirkungen aufgrund bestehender unterschiedlicher Rechtsvorschriften*, so Tietje in Grabitz/Hilf/Nettesheim, 2017, Art. 114 Rn. 97 ff.
- 48] Vgl. alleine Tietje in Grabitz/Hilf/Nettesheim, 2017, Art. 114 Rn. 25 ff. mwN, etwa zur Anerkennung des Systemwettbewerbs sowie der in Art. 114 enthaltenen Freiheitsgarantie.
- 49] Ehem. Justizkommissarin Reding, *Videobotschaft auf der Conference on collective redress in a European perspective* der Ratspräsidentschaft, Kopenhagen, 22.März 2012, ebenso der Vorschlag des EP Empfehlungen an die Kommission zu gemeinsamen Mindeststandards des Zivilprozessrechts in der EU, 2015/2084(INL), Punkt G.
- 50] Dazu US Chamber of Commerce, *Supporting Safeguards*, September 2017.
- 51] *supra* Fn. 41.
- 52] *supra* Fn. 41, Para 31 (Strafschadenersatz), 14ff. 29, 32 (Finanzierung), 21 (Opt-in).
- 53] So die Forderung des EP vom 4.Juli 2017 mit „Empfehlungen an die Kommission zu gemeinsamen Mindeststandards des Zivilprozessrechts in der EU“, 2015/2084(INL), die vom gewünschten Ende her argumentierend die Rechtsgrundlage für eine gesamte Harmonisierung aus dem Zusammenspiel aller oben genannten Rechtsgrundlagen ableitet, ebd. Rn. N-R, aber förmlich nur Art. 81 Abs. 2 AEUV nennt. Positiv ist, dass erstmals die Gefahren von Prozessfinanzierern gesehen werden, ebd. Art. 16, wenngleich das gewählte Mittel (richterliche Kontrolle) hilflos wirkt, wenn kein Maßstab existiert: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass bei einer Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten durch private Dritte die Vergütung, die der Geldgeber erhält, oder die von ihm verlangten Zinsen nicht von der Höhe der Einigung oder dem zugesprochenen Schadensersatz abhängig gemacht werden dürfen, es sei denn, die Finanzierungsvereinbarung wird von einer Behörde kontrolliert, um die Interessen der Parteien zu wahren.“
- 54] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:361:FULL&from=EN>.
- 55] Europäische Kommission, *An evaluation study of national procedural laws and practices, Procedural Protection of Consumers*, Januar 2017, Rn. 36, ohne Argumentation hinsichtlich der rechtlichen Basis für die vorgeschlagenen gesetzlichen Maßnahmen.
- 56] Eine umfassende Darstellung in Habbe/Gieseler, *Einführung einer Musterfeststellungsklage – Kompatibilität mit zivilprozessualen Grundlagen*, Betriebsberater 2017, 2188.
- 57] § 606 ZPO-E im Diskussionsentwurf der MFK, *supra* Fn. 6, dazu ausführlich Kranz: *Der Diskussionsentwurf zur Muster-Feststellungsklage – ein stumpfes Schwert?*, NZG 2017, 1099.
- 58] *Belgiens hat seit Januar 2018 die belgische Sammelklage auch für KMU geöffnet.*
- 59] § 606 Nr. 4 Entwurf-ZPO, dies muss durch ein Gericht bestätigt werden.
- 60] Ebenso der Koalitionsvertrag; soweit ersichtlich wird diese Beschränkung bislang alleine von Halfmeier mit seinem Plädoyer für Großkanzleien kritisiert, in: *Musterfeststellungsklage: Nicht gut, aber besser als nicht*, ZRP 2017, 201 (202), es handele sich bei dem Entwurf um ein „klares Misstrauensvotum der Sozialdemokratie gegen die Verbraucherinnen und Verbraucher“, verständlich wird diese Analyse erst im Blick auf die - durch keinerlei Argumentation unterlegte - Prämisse Halfmeiers, die Situation in Deutschland sei durch „massenhafte Rechtsbrüche durch große Unternehmen gekennzeichnet“ (204).
- 61] Ausführlich und weiterhin aktuell Säcker, *Die Einordnung der Verbandsklage in das System des Privatrechts*, 2006, 7 ff.
- 62] Zuletzt im Datenschutzrecht durch die Erweiterung des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG.

- 63] Überzeugend Säcker, ebd. S. 74: Die „Planbarkeit unternehmerischer Entscheidungen und die Vorhersehbarkeit künftiger Freiheitsspielräume“ würde durch neue Verbands-, Gruppen und Popularklagen dramatisch eingeengt.
- 64] Halfmeier, ZRP 2017, 201 (203).
- 65] Ein diskutierter Beispielsfall sind schadhafte Brustimplantate, dazu auch EuGH, Urteil vom 16. Februar 2017, C-219/15 - Schmitt, Streitgenossenschaft eher als ineffektiv ablehnend Stadler: Ist die Streitgenossenschaft ein taugliches Bündelungsmodell für Massenschäden?, VuR 2014, 445.
- 66] EuGH Urt. v. 25.01.2018, Az. C-498/16 – Schrems II, mit dem Hinweis auf die erforderliche Vorhersehbarkeit des Gerichtsstandes (Rn. 48), zudem könne eine Forderungsabtretung für sich allein keinen Einfluss auf die Bestimmung des zuständigen Gerichts haben, bereits der Generalanwalt hatte vor einer indirekten Einführung der Sammelklage durch den EuGH gewarnt, GA Bobek, Tz. 119 ff., die Brüssel I-Verordnung sei jedenfalls kein geeigneter Ort.
- 67] Habbe/Gieseler, Einführung einer Musterfeststellungsklage – Kompatibilität mit zivilprozessualen Grundlagen, Betriebsberater 2017, 2188 (2190).
- 68] Ebenso Kredel/Brückner, Sammelklagen – das richtige Instrument für den Umgang mit kartellrechtlichen (Streu-)Schäden? BB 2015, S. 2.947.
- 69] Hierzu u.a. Fries, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht, NJW 2016, 2860, sowie Habbe/Gieseler, ebd., S. 2.190, die den Einsatz von legal tech als effektive Alternative zu kollektivem Rechtsschutz diskutiert und für einfach gelagerte Sachverhalte mit pauschalisierenden Rechtsfolgen zB im Transportsektor positiv bewertet; vgl. auch Christi, Massenklagen via Internet – ein Ersatz für Muster- und Sammelklagen? NJ 2017, 309.
- 70] Hodges/Money-Kyrle, Safeguards, supra Fn. 12, "It is simply not possible ... to produce just enough meritorious litigation, and no abusive or unmerited litigation", p. 5.
- 71] Billen, StS im BMJV, Deutschlandfunk Kultur vom 5. Dezember 2017, „Die Sammelkläger“.
- 72] Woopen, Kollektiver Rechtsschutz – Ziele und Wege, NJW 2018, 133 (135 ff.) mit dem Vorschlag von EU-Ombudsstellen für kollektive Klagen, ähnlich Hodges/Voet, University of Oxford, 31.10.2017 Delivering Collective Redress, Response to the European Commission's Inception Impact Assessment Revision of the Injunctions Directive („The mechanisms that deliver collective redress well are regulatory authorities (...) and consumer ombudsmen“.
- 73] Hodges, Consumer Redress – Implementing the vision, in: Cortés, The new regulatory framework for consumer dispute resolution, 2016.
- 74] <https://www.consumerombudsman.dk/>
- 75] So Bericht der Kommission, supra Fn. 20, KOM(2018)40 final, S. 4.
- 76] Ebenso Woopen, s.o. Kollektiver Rechtsschutz – Ziele und Wege, NJW 2018, 133 (135): „Es bedarf einer staatlich organisierten Lösung, weil nur staatlich alimentierte Funktionsträger die Gewähr dafür bieten, dass keine kommerziellen Interessen die Statik der Rechtsdurchsetzung beeinflussen und die Rechtspflege dauerhaft deformieren könnten.“
- 77] Empfehlung 2013, supra Fn. 41, para 18.
- 78] Empfehlung 2013, supra Fn. 41, para 7.
- 79] Für eine kritische Erörterung der Rolle von öffentlich-rechtlichen Ombudsstellen vgl. Hodges, Verbraucher-Ombudsstellen: Bessere Regulierung und Beilegung von Streitigkeiten, ZEuP 2015, 263; ders./Voet, Consumer Dispute Resolution Mechanisms: Effective Enforcement and Common Principles, in Hess/Kramer (eds), From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure, 2017.



## Ein Impulsreferat zum kollektiven Rechtsschutz aus der richterlichen Praxis

*Joachim Lüblinghoff\**

### Zusammenfassung des Herausgebers

Joachim Lüblinghoff legt seine praxisorientierten Sichtweisen zu Institutionen des kollektiven Rechtsschutzes dar. Er verweist zu Beginn auf bereits bestehende Rechtsschutzmöglichkeiten und zeigt auf, wie Richterinnen und Richter für Massenklagen in der Praxis bereits fallbezogene Lösungsmöglichkeiten gefunden haben. Er beschreibt bereits weitere bestehende Instrumente im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes und geht zum Abschluss auf die Diskussion zur Einführung einer Musterfeststellungsklage ein.

### Einführung

Als Rechtspraktiker sind zunächst die in Deutschland vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Bürgers vorzustellen, falls eine Vielzahl von Bürgern betroffen ist. Für die Wahrung öffentlicher Interessen stehen den Aufsichtsbehörden und den Verbraucherschutzverbänden außerdem Rechtsschutz- oder Beteiligungsmöglichkeiten zur Verfügung. Anschließend wird auf Basis (im April 2017, Anm. des Herausgebers) vorliegender Gesetzesentwürfe eine prognostische Einschätzung für den Fall der Einführung des kollektiven Rechtsschutzes abgegeben.

\* *Joachim Lüblinghoff ist Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Hamm und stellvertretender Vorsitzender der Deutschen Richterbundes. Der Text basiert auf einem Vortrag bei der Konrad Adenauer-Stiftung im April 2017. Die Ausführungen sind persönlich und entsprechen nicht notwendigerweise der Position des DRB.*

## 1. Bestandsaufnahme

Eine Bestandsaufnahme zeigt, dass Deutschland bereits über ein vielschichtiges System kollektiver Rechtsdurchsetzungsinstrumente verfügt.

### a.

Grundmodell des kollektiven Rechtsschutzes ist die streitgenössische Klage (§§ 59 ff. ZPO, subjektive Klagehäufung). Nach den §§ 59, 60 ZPO können mehrere Personen als Streitgenossen klagen oder verklagt werden. Sie sind die Parteien dieses Rechtsstreits. Die Streitgenossen sind von der Rechtskraftwirkung eines Urteils unmittelbar erfasst. Die Degressivität der Gerichts- und Rechtsanwaltsgebühren bewirkt, dass bei einer gemeinsamen Klage das Prozessrisiko für jeden einzelnen Streitgenossen geringer ist als bei einer Einzelklage. Zudem profitieren die Streitgenossen davon, dass eine eventuell kostspielige Beweisaufnahme für mehrere Klagen gemeinsam durchgeführt wird und sich auch dadurch das Prozessrisiko verringert.

### b.

Verbraucher, die nicht selbst klagen wollen, können ihre Forderungen außerdem gemäß § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO durch einen Verbraucherverband oder eine Verbraucherzentrale einziehen lassen. Daneben können die Verbraucher ihre Ansprüche gemäß § 79 Abs. 1 S. 2 ZPO auch an jede andere Person zur Einziehung abtreten, sofern sich diese Person in der Einziehungsklage durch einen Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigten vertreten lässt.

### c.

Weiterhin bestehen Kollektivklagebefugnisse für Verbände, qualifizierte Einrichtungen, Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG), dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

**d.**

Zudem sind bestimmte Verbände und qualifizierte Einrichtungen berechtigt, einen sogenannten Gewinnabschöpfungsanspruch in den Fällen geltend zu machen, in denen Unternehmen vorsätzlich dem UWG bzw. dem GWB zuwiderhandeln und hierdurch auf Kosten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielen. Die abgeschöpften Gewinne werden zugunsten des Bundeshaushaltes eingezogen. Dieser im Wege der Verbandsklage durchzusetzende Gewinnabschöpfungsanspruch ist gegenüber Individualansprüchen subsidiär. Individuelle Ersatzleistungen werden daher bei der Gewinnermittlung berücksichtigt. Ziel des Gewinnabschöpfungsanspruchs ist nicht die Kompensation der Geschädigten, sondern der Schutz der sich rechtstreu verhaltenden Konkurrenten.

**e.**

Schließlich ermöglicht das Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG) Anlegern, unter bestimmten Voraussetzungen, in verschiedenen rechtshängigen Prozessen gestellte rechtliche und tatsächliche Musterfragen einheitlich und verbindlich durch einen vom Oberlandesgericht erlassenen Musterentscheid mit bindender Wirkung für die Prozessgerichte klären zu lassen. Bis zur Entscheidung im Musterverfahren werden die Ausgangsverfahren ausgesetzt. Der Anwendungsbereich des KapMuG ist begrenzt auf Rechtsstreite, in denen folgende Ansprüche geltend gemacht werden:

- Schadensersatzanspruch wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation bzw.
- ein Schadensersatzanspruch wegen Verwendung einer falschen oder irreführenden öffentlichen Kapitalmarktinformation oder wegen Unterlassung der gebotenen Aufklärung darüber, dass eine öffentliche Kapitalmarktinformation falsch oder irreführend ist, bzw. ein Erfüllungsanspruch aus einem Vertrag, der auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruht.

## **2. Fallbeispiel: Der Essener Brustkrebskandal**

### **a. Sachverhalt**

Mitte der 1990er Jahre ist es im Ruhrgebiet, insbesondere in Essen, zu vermehrten Brustkrebsdiagnosen gekommen. In der Folge kam es bei den Frauen zu Brustamputationen und anschließenden Chemo- und Strahlentherapien. Einem behandelnden Frauenarzt kam die Häufung der Krebserkrankungen so suspekt vor, dass, auf seine Initiative hin, die untersuchten Präparate neu untersucht werden sollten. Dabei stellte sich heraus, dass die Diagnose der Krebserkrankung in vielen Fällen falsch war. In vielen anderen Fällen konnten die Präparate nicht mehr erneut untersucht werden, weil sie nicht hinreichend gelagert oder gesichert waren oder vernichtet wurden. Der behandelnde Pathologe war letztlich unter nicht mehr genau zu klärenden Umständen in den Räumen der Pathologie durch den Ausbruch eines Feuers ums Leben gekommen.

Nach damaligen Schätzungen ging man davon aus, dass bis zu 1.000 Frauen betroffen waren. Von diesen Patientinnen erhoben etwa 300 Klage gegen die behandelnden Ärzte, die Kliniken und insbesondere gegen den Nachlasskonkursverwalter des verstorbenen Pathologen. Dabei verlangten die Patientinnen die abgesonderte Befriedigung aus der Entschädigungsforderung des verstorbenen Pathologen. Der Versicherer verweigerte jedwede Zahlung.

Die bei dem Landgericht eingegangenen Klagen mit Schmerzensgeldforderungen zwischen 50.000 DM und 250.000 DM blieben erfolglos. Es versteht sich von selbst, dass diese Verfahren – nicht nur im Ruhrgebiet – auf ein starkes mediales Echo stießen. Wie im späteren Brustimplantatskandal dauerte es nicht lange, bis der Ruf nach einer Gesetzesänderung laut wurde, um eine angebliche Gesetzes- oder auch Gerechtigkeitslücke zu schließen.

Zu diesem Zeitpunkt befanden sich die überwiegende Anzahl dieser Verfahren in der Berufungsinstanz am Oberlandesgericht Hamm. Zuständig

war dort der 3. Zivilsenat, der seit Ende der 1970er auf dem Gebiet des Arzthaftungsrechts spezialisiert ist. Ich selbst war Mitglied in diesem Senat und der zuständige Berichterstatter für all diese Verfahren.

### **b. Das Vorgehen des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm**

Die bis zu 300 eingegangenen Berufungsverfahren überstiegen die räumlichen und personellen Kapazitäten des 3. Zivilsenats. Dabei war absehbar, dass in nahezu jedem Fall – mehrere – medizinische Sachverständigen-gutachten zum Grunde und zur Höhe der Haftung einzuholen waren. Betroffen waren die Facharztgebiete der Gynäkologie, der Radiologie, der Chirurgie, der Pathologie und der Onkologie. Hätte sich der Senat dafür entschieden, dies in jedem Fall gesondert zu machen, hätten sich diese Verfahren über viele Jahre hingezogen. Natürlich hat der Senat auch eine Prozessverbindung gem. § 147 ZPO erwogen, aus dieser aber keine hinreichende Entlastung erwartet. Hinzu kam, dass die einzelnen Fälle, und zwar nicht nur in Nuancen, zu unterschiedlich erschienen.

Wir haben uns vielmehr dafür entschieden, einen sogenannten Präzedenz- oder Musterfall zu schaffen.

Das bedeutet:

Der Senat entscheidet einen Fall und wartet dann ab, ob ein Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof eingelegt wird. Wird dann ein Rechtsmittel eingelegt und kommt es zu einer höchstrichterlichen Entscheidung, dann kann diese Entscheidung der wesentliche Maßstab für das weitere Vorgehen sein. Diese Verfahrensweise ist nach der Zivilprozessordnung nur vorgesehen, falls die Parteien zustimmen. In unserem Fall stimmten die Parteien dem vorgeschlagenen Prozedere zu oder widersprachen unserem Vorschlag nicht. Dazu wurden die Prozessbevollmächtigten in allen Verfahren, die bei dem Senat anhängig waren, angeschrieben.

Als Präzedenzfall oder Musterverfahren wählte der 3. Zivilsenat einen besonderen drastischen Fall aus. Hierbei dürfte es sich wohl um das Verfahren gehandelt haben, dass zu einer besonders gravierenden Schä-

digung der Patienten geführt hat. Unsere Patientin war im Jahr 1964 geboren und zu Beginn der in Rede stehenden Behandlung im Jahr 1994 gerade einmal 30 Jahre alt. Die Patientin hatte an ihrer linken Brust einen Knoten ertastet. Nach angeblicher Feststellung eines duktales Mammakarzinoms wurde ihr im März des Jahres 1994 die linke Brust entfernt und eine Prothese eingesetzt. Ende des Jahres 1994 ertastete die Patientin erneut einen Knoten, diesmal in ihrer rechten Brust. Nach durchgeführter Probeexzision will der verstorbene Pathologe erneut ein invasives duktales Mammakarzinom festgestellt haben. Diese Diagnose hatte zur Folge, dass der Patientin auch die rechte Brust amputiert worden ist. Die – von dem verstorbenen Pathologen – befundenen Präparate konnten nicht mehr an die Patientin herausgegeben werden. Eine Nachbefundung war somit ausgeschlossen. Ende des Jahres 1998 ging die Klage der Patientin beim Landgericht Essen ein. Nach durchgeführter Beweisaufnahme wies das Landgericht mit Urteil vom 21. Februar 2000 die Klage ab. Gegen diese Entscheidung legte die Patientin beim 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm Berufung ein. Unser Senat holte weitere Gutachten ein und ließ diese Gutachten im Rahmen eines Senatstermin mündlich erläutern. Zusätzlich wurde die Patientin im Termin selbst angehört. Dieser Termin war öffentlich und stieß auf ein großes Medienecho. Im Termin anwesend waren auch viele Patientinnen aus den Parallelverfahren. Mit Urteil vom 12. Dezember 2001 sprach der Senat der Patientin ein Schmerzensgeld von 250.000 DM nebst Zinsen zu. Darüber hinaus wurde die Feststellung zum Ersatz materieller und zukünftiger, zum Zeitpunkt des Urteils nicht vorhersehbarer, immaterieller Schäden ausgesprochen – 3 U 119/00 – NJW-RR 2003,807.

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 8. Oktober 2002 – VI ZR 41/02 – zurückgewiesen.

Nach diesen Entscheidungen begann der Versicherer die Patientinnen, von denen sich viele in einer Interessengruppe verbunden hatten, zu entschädigen. Gerade bei berechtigten Schmerzensgeldansprüchen ist bekannt, dass ein zögerliches Regulierungsverhalten zur Erhöhung der

Schmerzensgeldforderung führen kann. Insgesamt soll der Versicherer den Patientinnen bis zu 20 Millionen € gezahlt haben.

### 3. Prognose

Derzeit wird die Einführung eines weiteren kollektiven Rechtsschutzes diskutiert. Die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen hat hierzu vor zwei Jahren den Entwurf zur Einführung einer Gruppenklage oder Sammelklage vorgestellt. Allein mit dem Begriff „Sammelklage“ wird man negative Assoziationen wecken. In den USA ist dies ein übliches Modell, bei dem mitunter hohe Schadensersatzsummen erstritten werden. Allein mit dem Begriff der Sammelklagen wird nahezu zwangsläufig eine unweigerliche Pressearbeit durch Rechtsanwälte verbunden. Deswegen wird allein mit dem Begriff der Sammelklage die Annahme und Befürchtung verbunden, dass dieses Institut vor allem den finanziellen Interessen von Großkanzleien dienen soll.

Im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz existiert die Planung eines Referentenentwurfs für eine Musterfeststellungsklage, die vor allem Verbraucherverbände zur Sammelklage ermächtigen soll.

Die Hoffnung geht dahin, dass eine unkomplizierte Sammelklage in einem solchen Massenverfahren helfen und zudem die Vergleichsbereitschaft der Unternehmen erhöhen könnte. Der Verbraucher registriert sich für einen bestimmten Fall, und das Gericht trifft verbindliche Regelungen für alle. Ausgelöst durch den Dieselskandal nehmen viele Autofahrer anwaltlichen Rat in Anspruch und hoffen auf Unterstützung aus der Politik, gerade dann, wenn sie selbst das Prozessrisiko zu tragen haben. Es bedarf keiner großen Phantasie um zu erkennen, dass dieses Thema auch weiterhin eine Rolle spielen wird. Das Bundesjustizministerium dürfte an seinem geplanten Referentenentwurf für eine Musterfeststellungsklage festhalten. Auch die Union könnte ihren bisherigen Widerstand gegen Sammel- oder Musterfeststellungsklagen aufgeben. Ein Eckpunktepapier der Union existiert jedenfalls.

Bei dieser Diskussion sollten sich alle vergegenwärtigen, dass das bisherige Verfahren durchaus zu akzeptablen Lösungen führt. Insoweit darf ich nur auf die gerichtliche Handhabung des Essener Brustkrebskandals verweisen. In einem solchen Fall darauf zu hoffen, dass durch eine einfache Anmeldung der Ansprüche die Regulierung erfolgen wird, möglicherweise sogar durch die Patientinnen selbst – ohne anwaltliche Beratung – wäre wohl ein nicht zu verantwortendes Wunschdenken.

Das Versprechen allein, unbürokratische Lösungen zu finden, dürfte hier kaum weiterhelfen.

Nicht umsonst wird Patientinnen und Patienten geraten, bei Verdacht eines Behandlungsfehlers einen Fachanwalt für Medizinrecht aufzusuchen. Nicht umsonst hat das Bundesverfassungsgericht (Beschl. v. 25. Juli 1979, 2 BvR 878/74, NJW 1979, 1925; Beschl. v. 17.1. 2012, 1 BvR 2728/10, NJW 2012, 1346) im Bereich des Arzthaftungsrechts mehrfach zu Gunsten der Patientinnen und Patienten eingegriffen, um so die gebotene Waffengleichheit zwischen Patient und Arzt herzustellen. Es wäre wohl unverantwortlich und würde den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht genügen, die Patientinnen und Patienten hier ohne anwaltliche Hilfe zu lassen. Dies dürfte auch für andere rechtliche Materien gelten, die einen ähnlichen Schwierigkeitsgrad oder eine vergleichbare Komplexität aufweisen.

Dann aber könnten für Massenverfahren nur rechtlich einfach gelagerte Fälle verbleiben.

Hierbei wird die Höhe der Streitwerte von Bedeutung sein.

#### **a. Geringere Streitwerte**

Es ist allgemein bekannt, dass die gerichtliche Verfolgung von Ansprüchen von dessen Höhe abhängt. Es ist bekannt, dass der Verbraucher dann eher nicht klagt, wenn die beanspruchten Beträge zu gering, das Verfahren zu teuer oder zu lästig ist. Man spricht hier von einem „rationalen



Desinteresse". Bei einem geringen Streitwert erscheint den Anspruchstellern, den Geschädigten, der erforderliche Aufwand für eine gerichtliche Geltendmachung oft unverhältnismäßig. Wir wissen auf Grund des jährlich erscheinenden Roland Rechtsreports, ab wann die Bürger vor Gericht gehen würden. Der Durchschnittswert liegt aktuell bei 1.950 €. Nur jeder vierte Befragte würde bei einem Streitwert unter 1.000 € einen Gerichtsprozess anstrengen. Es ist demnach offensichtlich:

Je geringer der Streitwert, desto geringer ist die Bereitschaft den Betrag gerichtlich einzuklagen.

Falls das Prozesskostenrisiko über ein Gruppenverfahren oder über eine Musterfeststellungsklage gesenkt oder erheblich gesenkt würde, ist zu erwarten, dass die gerichtlichen Fallzahlen zunehmen werden.

## **b. Höhere Streitwerte**

Bei höheren Streitwerten ist möglicherweise damit zu rechnen, dass es zu einer Entlastung der Gerichte kommen kann. Dies hängt davon ab, ob die Bürger bereit sind, nur den kollektiven Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Diese Bereitschaft dürfte wiederum von mehreren Faktoren abhängig sein.

Falls ich als Bürger eine Rechtsschutzversicherung habe oder mit der Bewilligung von Prozesskostenhilfe rechnen kann, dann dürfte der individuelle Rechtsschutz auch weiterhin dem kollektiven Rechtsschutz vorgezogen werden. Das wissen wir aus den aktuellen Fallzahlen bei den Gerichten. Überall dort, wo die Parteien rechtsschutzversichert sind, haben sie kein Kostenrisiko zu fürchten. Die Fallzahlen nehmen in diesen Bereichen kontinuierlich zu.

Anders dürfte es aussehen, falls ich diese Möglichkeiten nicht habe. Hier dürfte die Bereitschaft eher gegeben sein, am Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes teilzunehmen. Sollte man dies für geboten halten, sollte man bei den Bürgerinnen und Bürgern nicht den Eindruck erwecken, dass man hiermit die aktuelle Dieselfläre bewältigen könnte.

Nach dem geplanten Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bietet die geplante Musterfeststellungsklage keine Hilfe für die Dieselsegeschädigten. Nach dem geplanten Entwurf könnte eine Musterfeststellungsklage erst in zwei Jahren durchgeführt werden. Solange würde allein der Aufbau des erforderlichen Klageverzeichnisses dauern.

Bei der weiteren Diskussion sollte klar zwischen den Begriffen der Sammel- und Musterfeststellungsklage differenziert werden. Nach der herkömmlich verstandenen Sammelklage können Parteien tatsächlich zusammen klagen, Urteile erstreiten oder Vergleiche abschließen.

Bei der Musterfeststellungsklage ist das aber nicht der Fall. Hier müssen die Parteien nach Abschluss des Musterfeststellungsverfahrens jeweils einzeln ihre Klagen führen, um einen eigenen Titel zu erlangen. Musterfeststellungsklagen könnten deshalb weder für die Justiz noch für die Verbraucher eine Entlastung sein.

Erstrebenswert ist natürlich die schnelle und rechtssichere Klärung der Rechtslage. Dies aber dürften die bisher diskutierten Modelle einer Sammelklage oder einer Musterfeststellungsklage kaum garantieren.

Es müsste zudem überzeugend aufgezeigt werden, warum eines dieser Modelle der bisherigen Handhabung von Massenverfahren überlegen sein soll. Dass unsere Verfahrensordnung durchaus eine schnelle und rechtssichere Klärung der Rechtslage auch bei Massenverfahren zulässt, habe ich anhand des Essener Brustkrebsskandals dargestellt. In dem doch sehr komplexen Fall hat es vom Eingang der Sache bei dem Landgericht – Ende des Jahres 1998 – bis zur letztinstanzlichen Entscheidung durch den Bundesgerichtshof – im Oktober der Jahres 2002 – keine vier Jahre gedauert.

Jedenfalls sollte bei jedweder Änderung darauf geachtet werden, dass die Rechte der Verbraucher, der Geschädigten und künftigen Kläger, hinreichend gewährleistet werden. Hier ist natürlich gute anwaltliche Beratung gefragt.

Weiß doch jede Richterin oder jeder Richter, dass die tatsächliche und rechtliche Aufbereitung die Aufgabe der richterlichen Entscheidungsfindung einfacher und auch besser macht. Ob die geplante Musterfeststellungsklage die Justiz entlasten wird, ist aus den bereits erwähnten Gründen eher nicht anzunehmen. Anzunehmen ist eher eine Belastung durch Erhöhung der Fallzahlen.

Man erweckt den Eindruck mit einer Musterfeststellungsklage oder einer Sammelklage rechtliche Probleme von Verbrauchern besser lösen zu können. Der Vorschlag, dass es zur Problemlösung eines neuen Gesetzes bedarf, ist - wie häufig - schnell gemacht.

Schon seit 2002 haben die Verbraucherverbände mit der - bereits oben dargestellten - Einziehungsklage gem. § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO die Möglichkeit, Ansprüche von Verbrauchern gerichtlich geltend zu machen. In der Praxis hat sich diese Regelung als zu aufwändig erwiesen und ist deshalb weitgehend bedeutungslos geblieben. Deshalb sollte auch für ein etwaiges Gesetzesvorhaben der Grundsatz Montesquieus berücksichtigt werden:

„Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu erlassen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen.“

Es sollte daher genau geprüft werden, ob diese Notwendigkeit besteht oder nicht. Starke Eingriffe in die Zivilprozessordnung können bekanntlich gravierende Auswirkungen auf die gerichtliche Praxis haben. Auch sollte die Kreativität der Richterinnen und Richter bei der Handhabung neuer Fallkonstellationen nicht unterschätzt werden. Diese Kreativität hat doch in der Praxis oft zu gut brauchbaren Ergebnissen geführt.

Falls dennoch die Schaffung eines weiteren prozessuales Instrument zur Durchsetzung des kollektiven Rechtsschutzes für geboten gehalten wird, so könnte sich ein Konzept anbieten, dass sich am Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) orientiert. Die dort bekannten Schachstellen sollten natürlich nicht übernommen werden.

Es sollte berücksichtigt werden, dass die Feststellungen zur Kausalität zwischen Pflichtwidrigkeit einerseits und eingetretenem Schaden andererseits nicht musterverfahrensfähig sind (BGH, Bschl. v. 4. Dezember 2008 – III ZB 97/07 – ; Bschl. v. 3. Dezember 2007 – II ZB 15/07). Ebenfalls ist die Höhe des individuellen Schadens nicht musterverfahrensfähig. Auch ist die Erfahrung zu berücksichtigen, dass eine im Musterverfahren getroffene Feststellung nicht sicher zur Einsicht und gütlichen Einigung führen muss (vgl. Halfmeier/Rott/Feess, Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz), 2009, 51f.) Werden die hohen Erwartungen der Verbraucher nicht erfüllt, wird ihre Frustration über die Justiz eher zunehmen.

In jedem Fall ist aber – gerade bei komplexen – Sachverhalten auf eine anwaltliche Beratung zu achten. Falls Ansprüche aus Rechtsverhältnissen anzumelden sind, so erweckt dies auf den ersten Blick den Eindruck, dass dies auch ohne anwaltliche Hilfe zu leisten ist.

Jeder Jurist aber weiß, dass die Bestimmung des Streitgegenstands oder die Bestimmung des Streitverhältnisses zu dem schwierigsten Gebiet gehört, das die Juristerei zu bieten hat. Dies allein den Parteien zu überlassen, wäre wohl unverantwortlich.

## **Schlussfolgerungen**

Dringender Handlungsbedarf für die Einführung eines weiteren kollektiven Rechtsschutzes besteht aktuell nicht. Hier ist man, wie auch sonst, gut beraten, sich nicht von Einzelfällen oder Skandalen leiten zu lassen.

Des Weiteren gilt es aber, die Notwendigkeit des kollektiven Rechtsschutzes im Auge zu behalten. Dabei gilt es natürlich gerade die Interessen und den Schutz des rechtsschutzsuchenden Publikums angemessen zu berücksichtigen.

Dass hierzu auch eine gute anwaltliche Beratung erforderlich ist, bedarf hier keiner gesonderten Erwähnung, zumal diese anwaltliche Beratung und Vertretung uns Richterinnen und Richtern die Arbeit erleichtert.

# Die Musterfeststellungsklage: Anmerkungen zu Lücken im kollektiven Rechtsschutz und dem Gesetzentwurf des BMJV zur Einführung der Musterfeststellungsklage

Jutta Gurkmann\*

## Zusammenfassung des Herausgebers

Jutta Gurkmann legt die Sichtweise des Verbraucherzentrale Bundesverbands zu dem Diskussionsvorschlag des BMJV einer Musterfeststellungsklage dar. Zu Beginn verweist sie durch das Aufzeigen der Unterschiede zwischen dem amerikanischen und deutschen Rechtssystem auf die Fehlerhaftigkeit der Zuspitzung der Debatte auf Vergleiche mit der US-amerikanischen Sammelklage. Im nächsten Teil stellt sie die unterschiedlichen Verbraucherschutzrechtlichen Instrumente vor und bewertet die gebündelten Klagemöglichkeiten nach geltendem Recht. Jutta Gurkmann betont abschließend die Wichtigkeit der Rechtssicherheit für Verbraucher und begrüßt die vorgesehene Bindungswirkung eines Musterfeststellungsurteils.

## 1. Einführung

Mit dem Abgasskandal des VW-Konzerns erhielt die bereits seit Längerem geführte Diskussion um die Einführung der Musterfeststellungsklage als Modell einer „deutschen Sammelklage“ verstärkt öffentliche Aufmerksamkeit. Bei der Debatte um die Einführung von Sammelklagen handelt es sich freilich nicht um eine deutsche Diskussion, sondern – ganz im Gegenteil – um eine Europäische Debatte, die von Deutschland bislang eher behindert als gefördert wurde. In Deutschland herrschte lange Zeit weitgehend

\* Jutta Gurkmann ist Leiterin des Geschäftsbereichs Verbraucherpolitik beim Bundesverband der Verbraucherzentralen.

politischer Konsens, dass man hier keine Sammelklagen brauche. Mit Blick auf die US-amerikanische Sammelklage (*class action*) war man sich einig, keinesfalls die dortigen „Auswüchse“ an Schadensersatzurteilen in astronomischer Höhe importieren zu wollen, die als grob unverhältnismäßig empfunden werden und die Existenz der betroffenen Unternehmen bedrohen können.

Diese Polarisierung der Diskussion wird der Problematik nicht gerecht: Wer Sammelklagen pauschal ablehnt, löst keine Probleme, sondern verhindert allenfalls neue. Das ist ein berechtigter Standpunkt, soweit es darum geht, „amerikanischen Verhältnissen“ in Deutschland entgegenzuwirken. Es ist aber kein hilfreicher Standpunkt, wenn es darum geht, Massenschäden juristisch zu bewältigen und den Zugang zum Recht für die einzelnen Betroffenen zu verbessern. Diese Herausforderungen sind in den letzten Jahren mehr als deutlich gewesen und nehmen weiter zu. Jüngstes Beispiel ist der VW-Dieselskandal, der vermutlich nicht nur auf Volkswagen beschränkt bleiben wird.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband nimmt deshalb seit vielen Jahren eine vermittelnde Position ein und fordert eben keine amerikanische *class action*, sondern eine Musterfeststellungsklage für Verbände. Einer solchen Verbandsklage könnten sich betroffene Verbraucher anschließen und von dem Musterverfahren unmittelbar profitieren.

Angesichts des politischen Widerstands gegenüber kollektiven Zahlungsklagen ist die Musterfeststellungsklage eine vergleichsweise geringfügige Änderung des Prozessrechts, die wir vor allem als Erweiterung der traditionellen Verbandsklage verstehen. Sie lässt sich gut in das System des kollektiven Rechtsschutzes einfügen, und könnte zur Lösung einiger zentraler Probleme beitragen, die gegenwärtig verhindern, dass Verbraucher von Verbandsklagen profitieren können.

Neben der Musterfeststellungsklage als Verbandsklage mit Breitenwirkung gibt es andere Konzepte wie Sammel- oder Gruppenklagen, die ebenfalls geeignet sein können, die Defizite in der kollektiven Verbraucherrechts-

durchsetzung zu beseitigen. Ich möchte deshalb vorausschicken, dass die Forderung nach Einführung der Musterfeststellungsklage und die grundsätzlich positive Bewertung des seit Ende des Jahres 2016 vorliegenden Gesetzentwurfs nicht als Ablehnung oder Bewertung alternativer Lösungen zu verstehen ist. Selbstverständlich sind weiterreichende Modelle denkbar und wären aus Verbrauchersicht ebenfalls zu begrüßen.

Das gilt besonders für die ebenfalls in Deutschland diskutierte Gruppenklage: Auch wenn es gewisse Ähnlichkeiten zwischen dieser und der Musterfeststellungsklage gibt, geht die Gruppenklage in einigen Punkten deutlich über die Musterfeststellungsklage hinaus. Wichtig ist aber, dass es beide Modelle wert sind, sich ehrlich und offen mit ihnen auseinanderzusetzen. Gemeinsam haben beide Instrumente, dass sie sich deutlich vom amerikanischen Modell unterscheiden (hierzu unten in Kapitel 2).

Um zu verstehen, welche Probleme das deutsche Recht bei der Bewältigung von Massenschäden bereitet, welche Lücken geschlossen werden müssen und warum die Musterfeststellungsklage hierfür geeignet und notwendig ist, bietet sich ein Blick in die jüngere Geschichte der Verbraucherverbandsklage an (hierzu unten Kapitel 3).

Seit vielen Jahren weisen die bei Verstößen gegen Verbraucherrechte klagebefugten Verbraucherverbände in Deutschland darauf hin, dass sie Unternehmen im Falle gesetzeswidriger AGB oder Geschäftspraktiken sowie bei Verstößen gegen Verbraucher- und Datenschutzrecht zwar erfolgreich auf Unterlassung in Anspruch nehmen können. Geht es aber darum, geschädigten Verbrauchern zum Ersatz ihres Schadens zu verhelfen, stoßen die Verbraucherschützer recht schnell an Grenzen: Verbraucherverbände, wie die Verbraucherzentralen, können zwar stellvertretend für Betroffene klagen, die ihre Ansprüche an die Verbände abtreten. Diese Verfahren sind aber unverhältnismäßig aufwendig. Die Verbände können nur wenige Verbraucher vertreten, so dass es in Fällen mit vielen Betroffenen an der Breitenwirkung fehlt.



Hinzukommt, dass auch die übrigen Bündelungsmöglichkeiten im Prozessrecht nicht ausreichen, um bei Massenschäden mit vergleichsweise geringen Forderungen im Einzelfall die rationale Apathie der Verbraucher in der Rechtsdurchsetzung zu überwinden. Eine Bündelung durch Streitgenossenschaft setzt eine individuelle Klage mit allen Risiken voraus und ist deshalb keine Lösung. Eine Klage aus abgetretenem Recht – etwa durch Rechtsdienstleistungsplattformen – führt in der Regel zu einem Verlust eines erheblichen Teils der Forderung im Erfolgsfall (hierzu Kapitel 4).

Der vzbv fordert deshalb die Einführung einer Musterfeststellungsklage, durch die für eine Vielzahl von Verbrauchern eine für die Gesamtheit problematische Frage rechtsverbindlich geklärt werden kann. Ein Urteil gälte dann für alle Betroffenen, die sich der Klage angeschlossen haben. Ein weiterer großer Vorteil für Verbraucher: Während des Gerichtsverfahrens wäre die Verjährung unterbrochen, so dass nicht jeder Einzelne eine eigene Klage erheben müsste, um zu verhindern, dass sein Anspruch bis zur rechtskräftigen Klärung der einem Schadensfall zugrundeliegenden Rechtsfragen verjährt ist. Diese zentralen Forderungen werden von dem vorliegenden Gesetzentwurf aufgegriffen, obwohl es in diesem Entwurf im Detail durchaus noch einige Verbesserungsmöglichkeiten gibt (hierzu Kapitel 5).

Wichtig ist aber: Anhand der gesammelten Erfahrungen der Verbraucherzentralen und des Verbraucherzentrale Bundesverbands wird deutlich, dass die Musterfeststellungsklage als Kompromiss zu verstehen ist. Ein Kompromiss, der auf vorhandene Klagearten aufbaut, evidente Lücken im kollektiven Rechtsschutz schließen kann, aber keine weitreichenden gesetzlichen oder Änderungen – insbesondere keinen „Systemwechsel“ – erforderlich macht. Anhand dieser Erfahrungen wird ebenfalls deutlich, dass die Folgen für die Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft keinesfalls gravierend oder auch nur annähernd so dramatisch wären, wie in den USA. In deren Nähe wird die Musterfeststellungsklage aber gerne gerückt, um anhand der dortigen „Auswüchse“ eine Szenerie zu zeichnen, die nach hiesiger Erwartung gerne von John Grisham oder Hollywood inszeniert, keinesfalls aber vom Gesetzgeber in unsere Gerichtssäle importiert werden darf.

## 2. Keine US-amerikanischen Verhältnisse

Der Zivilprozess in den USA hat insgesamt eine ganz andere Struktur als in Deutschland. Gerade dieser Vergleich – Sammelklage in den USA und Erfahrungen der Verbraucherzentralen in Deutschland – zeigt deutlich, dass die Idee der Musterfeststellungsklage etwas ganz anderes ist, als die amerikanische *class action*. Hinzukommen mehrere Elemente in der amerikanischen Rechtsordnung, die in der Summe zu Ergebnissen beitragen, die in Europa – sicherlich berechtigterweise – Kopfschütteln auslösen.

Zur Veranschaulichung der Unterschiede möchte ich die wichtigsten Elemente des amerikanischen Zivilprozesses im Folgenden skizzieren:

### a. *Opt-out* statt *Opt-in*

Die amerikanische Sammelklage beruht nicht notwendigerweise auf einem Mitwirken der Betroffenen. Rechtsanwälte können die Zulassung einer Sammelklage beantragen, ohne dass Verbraucher sich aktiv daran beteiligen. Wer im Rahmen einer Sammelklage nicht vertreten werden möchte, muss dann aktiv austreten (*Opt-out*).

Die Idee der Musterfeststellungsklage beruht demgegenüber auf einer aktiven Anmeldung der Betroffenen im Klageregister. Die Musterfeststellungsklage ist damit ein reines *Opt-in*-Modell und hebt sich damit gerade in diesem zentralen Punkt entscheidend von der amerikanischen Sammelklage ab.

Richtig ist aber auch, dass man im kollektiven Rechtsschutz nicht ganz auf *Opt-out*-Elemente verzichten kann, wie beispielsweise bei der Folgenbeseitigung auf Rückzahlung oder der Abschöpfung von Unrechtsgewinnen, die im Einzelfall sehr klein sind, in der Summe aber zu erheblichen Gewinnen auf Kosten der Verbraucher anwachsen. Wenn etwa der individuelle Zahlungsbetrag feststeht, wäre eine individuelle Zahlungsklage nach einem Musterfeststellungsurteil eine unnötige bürokratische Hürde. In solchen Fällen sollten die Gerichte unmittelbar eine Folgenbeseitigung

durch Rückzahlung anordnen können. Auch bei „Streuschäden“, die so gering sind, dass sich weder eine Individualklage noch der aktive Anschluss an eine Muster- oder Sammelklage lohnt, bleibt die Abschöpfung ohne *Opt-in* der Beteiligten die einzige Möglichkeit, den unrechtmäßigen Vermögenszuwachs zu entziehen und damit Anreize für weitere Rechtsverstöße zu vermeiden. Die Musterfeststellungsklage ist deshalb auch kein Instrument zur Bewältigung von kleinsten Streuschäden.

### **b. Fehlende Kostenerstattungspflicht**

In den USA trägt jede Partei ihre Prozesskosten selbst (*American rule of costs*), während in Deutschland in der Regel der Verlierer des Rechtsstreits alles bzw. bei teilweisem Unterliegen einen entsprechenden Teil der gesamten Verfahrenskosten auf Grundlage von Kostentabellen bezahlt (*loser pays*). Hohe Streitwerte bedeuten in Deutschland damit auch hohe Kostenrisiken für den Kläger. In den USA sind die Kostenrisiken demgegenüber überschaubar und bestehen im Wesentlichen aus den eigenen Vorbereitungsaufwendungen für eine Sammelklage.

### **c. Erfolgshonorar**

In den USA werden Sammelklagen über Erfolgshonorare (*contingency fee*) finanziert. Üblich sind Erfolgsbeteiligungen zwischen 25% und 40% des erstrittenen Betrags. Bei hohen Streitwerten kann sich eine Klage deshalb auch dann lohnen, wenn die Erfolgsaussichten gering sind. Denn der Beklagte muss die Kosten seiner Rechtsverteidigung in jedem Fall selbst tragen. Zur Vermeidung hoher Kosten durch langwierige Prozesse ist er dann möglicherweise bereit, sich auf Vergleiche einzulassen. Schon die Ankündigung oder Einreichung einer Sammelklage hat deshalb ein gewisses Erpressungspotenzial.

In Deutschland wurde das Erfolgshonorar im Jahr 2008 eingeführt und auf sehr enge Ausnahmen begrenzt (§ 4a Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, § 49b Absatz 2 Bundesrechtsanwaltsordnung). Diese dürften bei einem Verbandsklageverfahren – wie in der Musterfeststellungsklage

vorgesehen – kaum vorliegen. Darüber hinaus würde eine Erfolgshonorarvereinbarung auch nicht die (volle) Kostenerstattungspflicht gegenüber dem Gegner außer Kraft setzen.

Für die Musterfeststellungsklage ist stattdessen vorgesehen, den Streitwert und damit auch das Rechtsanwalts honorar – wie in Verbandsklageverfahren üblich – auf 250.000 Euro zu begrenzen (§ 48 Absatz 1 Satz 2 Gerichtskostengesetz). Eine solche Kostenbegrenzung ist bei Verbandsklageprozessen zwingend erforderlich, da Verbände nur über sehr begrenzte Prozesskostenmittel verfügen und hohe Streitwerte nicht durch entsprechende Umsatz- und Gewinnzahlen flankiert werden.

#### **d. Ausforschungsbeweis**

Das US-amerikanische Recht kennt den Ausforschungsbeweis (*pretrial discovery*), mit dem Beklagte zur Herausgabe von Beweismitteln und damit auf bloßen Verdacht zur Selbstbelastung gezwungen werden können. Bei Nichtvorlage kann die Jury hieraus einen vom Kläger behaupteten belastenden Inhalt unterstellen. Auch diese Regelung kann dazu beitragen, dass Beklagte sich durch wenig fundierte Sammelklagen „erpresst“ fühlen und lieber auf einen Vergleich einlassen. In Deutschland besteht diese Gefahr nicht und auch die Musterfeststellungsklage würde dem klagenden Verband keine vergleichbaren Möglichkeiten einräumen.

#### **e. Strafschadensersatz und Schmerzensgeld**

In der Regel erhält auch in den USA der Kläger nur Schadensersatz in Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens. Wohl eher eine Ausnahme sind solche Urteile, die Geschädigten geradezu astronomische Summen zukommen lassen, die dann im Zusammenhang mit der Diskussion um Sammelklagen Schlagzeilen machen.

Hohe Schadensersatzbeträge, die den tatsächlich erlittenen Schaden deutlich übersteigen können, können aber auch das Ergebnis eines zugesprochenen Strafschadensersatzes sein. Dabei überwiegt der Sanktionsgedanke

die Kompensation des Schadens. Mehrfachschantensersatz ist vor allem bei Kartellrechtsverstößen anzutreffen und dient insbesondere der Bestrafung und Abschreckung der Schädiger. Diese Art der Sanktionierung wird in Deutschland ausschließlich von Behörden, wie etwa dem Bundeskartellamt oder der Bundesnetzagentur, wahrgenommen. Eine Überkompensation zugunsten des Geschädigten ist dem deutschen Recht fremd und wird auch durch die Musterfeststellungsklage nicht eingeführt.

Darüber hinaus gibt es in den USA oftmals sehr viel höhere Schmerzensgeldbeträge als in Deutschland. Hierbei handelt es sich häufig um Beträge, die einzelnen Geschädigten zugesprochen werden. Dessen ungeachtet titelte die Bild-Zeitung im Zusammenhang mit der Empfehlung der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz im Jahr 2013: „Gibt's bald Millionen für zu heißen Kaffee?“<sup>1</sup>, und nahm dabei Anstoß an einem Einzelfall, dem allerdings keine Sammelklage zugrunde lag, sondern schwere Verbrennungen der Geschädigten.

Aber auch hier gilt: Deutsche Gerichte bemessen das Schmerzensgeld eher sparsam. Warum Sammelklagen – oder aktuell die Musterfeststellungsklage – eine Importdrohung amerikanischer Großzügigkeit bei Schmerzensgeldbemessung rechtfertigen können, bleibt das Geheimnis derjenigen, denen vermutlich kein Argument zu schade ist, um wirksame und spürbare Verbesserungen in der Rechtsdurchsetzung zu verhindern.

## **f. Resümee:**

Die Liste ließe sich vermutlich fortsetzen. Fest steht aber, dass das US-amerikanische Recht erheblich klägerfreundlicher ist, als das deutsche Recht. Das hat Vor- und Nachteile – je nach Perspektive. Die Kostenstruktur, die Risiken und die Einkommensmöglichkeiten für Rechtsanwälte unterscheiden sich gravierend von der deutschen Situation. Allein die Bündelung von Ansprüchen und die Zulassung von Musterklagen sind sicherlich mitverantwortlich, aber keinesfalls alleine ursächlich, für die „amerikanischen Verhältnisse“ und das Missbrauchspotenzial. Dies zu verhindern spricht eher für als gegen die Musterfeststellungsklage.

Denn die Musterfeststellungsklage in Form einer reinen Verbandsklage ist sicherlich eine der moderatesten Arten von „Sammelklagen“, über die gegenwärtig in Europa diskutiert wird.

### **3. Reichweite der Verbraucherverbandsklage nach geltendem Recht**

Seit dem Jahr 1965 ist die kollektive Durchsetzung von Verbraucherrechten ein wichtiger Pfeiler im deutschen Verbraucherschutz. Mit mehr als tausend Verfahren jährlich stärken der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) und die Verbraucherzentralen der Bundesländer die Rechte der Verbraucher. Sie werden dabei in aller Regel vorbeugend tätig, um individuelle Auseinandersetzungen möglichst gar nicht entstehen zu lassen. Bei Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder unlauterer Geschäftspraktiken können die Verbraucherorganisationen dafür sorgen, dass Vertragsinhalte geändert oder irreführende Werbung eingestellt wird. So verhindern sie, dass überhaupt ein Schaden beim Verbraucher entsteht.

In einigen Fällen dienen die Verfahren auch dazu, für die Verbraucher Rechtsklarheit zu schaffen, wenn das Gesetz unterschiedliche Auslegungen ermöglicht. Auf diese Weise bekommen die Klagen auch eine politische Bedeutung. Wenn die so erzielte Rechtsprechung Gesetzeslücken sichtbar macht, ist das ein wichtiger Hinweis für den Gesetzgeber, bestehende Vorschriften zu überarbeiten.

Die Verbandsklagen beruhen auf sehr unterschiedlichen Rechtsgrundlagen. Im Vordergrund stehen dabei eindeutig Anspruchsgrundlagen des materiellen Rechts, verbunden mit der Klagebefugnis für Verbraucherverbände. Darüber hinaus gibt es prozessuale Regelungen, die theoretisch auch eine Bündelung von Verfahren zulassen, allerdings in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung kaum die erforderliche überindividuelle Breitenwirkung entfalten können.

Um zu verstehen, welche gravierenden Lücken es in der kollektiven Durchsetzung von Verbraucherrechten dennoch gibt und warum die Musterfeststellungsklage ein wichtiger Schritt ist, um diese Lücken zu schließen, ist ein Überblick über die vorhandenen Klageinstrumente der Verbraucherverbände hilfreich:

### **a. Der Unterlassungsanspruch**

Der Unterlassungsanspruch ermöglicht es, Rechtsverstöße zu Lasten von Verbraucher abzustellen. In der Regel handelt es sich dabei um Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht gemäß § 8 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG), die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen gemäß § 1 des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG) oder ein sonstiges verbraucherschutzgesetzwidriges Verhalten gemäß § 2 UKlaG. Hierunter fallen seit dem Jahr 2016 auch Verstöße gegen das Datenschutzrecht, was angesichts der überragenden Bedeutung des Schutzes persönlicher Daten im digitalen Zeitalter lange überfällig war.

Die Verbraucherzentralen und der Verbraucherzentrale Bundesverband leiten jährlich insgesamt etwa 1.000 Verfahren ein, wovon die meisten außergerichtlich im Wege der Abmahnung und ggf. durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung abgeschlossen werden können. In etwa 20 bis 25 Prozent wird Klage erhoben.

Die Unterlassungsklage zielt aber darauf ab, Rechtsbruch zu stoppen. Sie ist nur dazu geeignet, das zukünftige Verhalten der Unternehmen zu ändern. Hierfür schafft sie eine Unterlassungsverpflichtung des Beklagten gegenüber dem klagenden Verband. Sie entfaltet damit keine prozessualen Wirkungen zugunsten derjenigen Verbraucher, die von dem für die Zukunft untersagten rechtswidrigen Verhalten in der Vergangenheit bereits geschädigt wurden.

Aus der Perspektive der betroffenen Verbraucher wird dieses Ergebnis oftmals als unbefriedigend empfunden: Nach einer erfolgreichen Unterlassungsklage ist – häufig erst nach vielen Jahren und in dritter Instanz

– gerichtlich geklärt, dass eine bestimmte Geschäftspraxis rechtswidrig ist und auch früher schon rechtswidrig war. Für Verbraucher, die dadurch einen Schaden erlitten haben, kommt das Urteil dann meistens zu spät, weil ihre Forderungen der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren unterliegen.

Verbraucher, die ihre Forderungen gerichtlich durchsetzen möchten, müssen parallel zur Verbandsklage die Gerichte bemühen und tragen das volle Prozesskostenrisiko. Das ist ineffizient und schreckt entweder vor einer Klage ab oder belastet die Gerichte unnötig. Die meisten Verbraucher entscheiden sich in dieser Situation aus rationalen Erwägungen gegen den Rechtsweg und bleiben auf ihrem Schaden sitzen. Das Ergebnis ist – auf die eine oder andere Weise – in jedem Falle unbefriedigend.

Auf dieser ebenso simplen wie offenkundigen Gerechtigkeitslücke beruht die Idee der Musterfeststellungsklage mit Breitenwirkung für die betroffenen Verbraucher. Die Verbandsklage hemmt die Verjährung der individuellen Forderungen und das Urteil schafft über die Unterlassungspflicht hinaus Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Die bislang wenig effiziente Trennung zwischen kollektiven Rechtsschutz und der individuellen Durchsetzung von Zahlungsforderungen würde weitgehend beseitigt.

## **b. Folgenbeseitigungsanspruch**

Der Unterlassungsanspruch kann mit einem Beseitigungsanspruch kombiniert werden. Dieser kann beispielsweise auf die Richtigstellung einer irreführenden Kundeninformation gerichtet sein und geht insofern auch über die reine Unterlassung hinaus. So hat das Kammergericht im Jahr 2013 den Energieanbieter Flexstrom auf Klage der Verbraucherzentrale Hamburg nicht nur zur Unterlassung einer irreführenden Preiserhöhung, sondern auch zur Beseitigung des durch die Irreführung entstandenen Störungszustands verurteilt. Dem Beklagten wurde freigestellt, die richtigstellende Information gegenüber ihren zuvor getäuschten Kunden durch Rückzahlung der unrechtmäßig vereinnahmten Preiserhöhung abzuwenden. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Beseitigungsanspruch



darüber hinaus auch unmittelbar auf Rückerstattung ungerechtfertigter Zahlungen gerichtet werden kann, ist umstritten und folgt bislang keiner einheitlichen gerichtlichen Entscheidungspraxis. In der zivilrechtlichen Praxis ergeben sich hier freilich Abgrenzungsschwierigkeiten zum Bereicherungs- und Schadensersatzrecht.

Bei gebotener extensiver Auslegung hat der Beseitigungsanspruch damit durchaus das Potenzial, einer größeren Anzahl von Verbrauchern zu Rückzahlungen zu verhelfen. In Bezug auf die Musterfeststellungsklage könnte dies – in sehr beschränktem Umfang – zu Konkurrenzen im Anwendungsbereich führen. Allenfalls beschränkt wären die Überschneidungen deshalb, weil im Wege der Beseitigung eines Störungszustands vermutlich nur klar definierte und der Höhe nach unstreitige Rückzahlungen an Bestandskunden möglich wären.

Ein so verstandener Beseitigungsanspruch entspricht weitgehend der im Kartellrecht vorgesehenen Rückerstattungsanordnung durch die Kartellbehörde gemäß § 32 Absatz 2a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Von diesem Anspruch hat das Bundeskartellamt bereits Gebrauch gemacht und die Rückerstattung überhöhter Wassergebühren an Verbraucher veranlasst.

Aber auch außerhalb des Kartellrechts besteht ein vergleichbarer Anwendungsbedarf für Rückerstattungen, vor allem bei Versorgungsverträgen über Energie, Telekommunikations- und Finanzdienstleistungen. Wenn etwa eine Kontopfändungsgebühr in einer Höhe von 20 Euro unrechtmäßig war, sollten die 20 Euro auch unbürokratisch an die betroffenen Kunden zurückgezahlt werden. Da es hier – außerhalb des Kartellrechts – in den meisten Fällen (noch) keine behördlichen Befugnisse zur Rückerstattung gibt, wäre es folgerichtig, die zivilrechtliche Durchsetzung des Verbraucherrechts durch einen auf Rückerstattung gerichteten Beseitigungsanspruch zu ergänzen.

Ob der Beseitigungsanspruch solche einfach gelagerten Rückzahlungen umfassen wird, dürfte letztlich auf Europäischer Ebene entschieden

werden. Für komplexe Massenschäden ist der Beseitigungsanspruch sicherlich nicht geeignet, da er – anders als die Musterfeststellungsklage – nicht auf einer freiwilligen Beteiligung der Betroffenen beruht und sich deshalb der Kritik einer ohne deren Zustimmung geführten *Opt-out*-Sammelklage aussetzen muss.

### **c. Der Gewinnabschöpfungsanspruch**

Seit dem Jahr 2004 können qualifizierte Einrichtungen, wie die Verbraucherzentralen, Unrechtsgewinne infolge von Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht abschöpfen (§ 10 UWG; seit dem Jahr 2013 auch im Kartellrecht, § 34a GWB). Abschöpfungsfähig ist nur der Gewinnanteil, den das Unternehmen infolge des Rechtsbruchs erwirtschaftet hat. Hinzukommen muss, dass das Unternehmen vorsätzlich rechtswidrig gehandelt hat. Beide Voraussetzungen hat der klagende Verband darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. In der Praxis ist das mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, nicht zuletzt, weil rechtmäßiger und unrechtmäßiger Gewinn nicht trennscharf auseinandergehalten werden können. Der Nachweis, welcher Gewinnanteil auf eine unlautere irreführende Werbung zurückzuführen ist, ist dementsprechend schwierig bis unmöglich.

Das rechtspolitische Ziel der Gewinnabschöpfung folgt dem Gedanken, dass Unrecht sich nicht lohnen darf. Wer gegen geltendes Recht verstößt, soll – wenn er schon nicht bestraft wird – zumindest nicht wirtschaftlich profitieren. In vermögensrechtlicher Hinsicht geht es darum, Widersprüche zwischen Vermögensverschiebung und materiellem Recht zu vermeiden bzw. rückgängig zu machen.

So unbestreitbar dieser ordnungspolitische Leitgedanke ist, so wenig nützt die Gewinnabschöpfung den betroffenen Verbrauchern: Der abgeschöpfte Unrechtsgewinn muss an den Bundeshaushalt abgeführt werden (obwohl der klagende Verband das alleinige Prozessrisiko trägt) und kommt den Geschädigten nicht zugute, obwohl diese ihn bezahlt haben.

Daran ändert auch die grundsätzliche Subsidiarität der Gewinnabschöpfung nichts, die besagt, dass individuelle Forderungen der Betroffenen Vorrang genießen und den abschöpfbaren Unrechtsgewinn entsprechend mindern. Denn diese individuellen Ansprüche müssen erst einmal geltend gemacht werden. Genau hier liegt in der Praxis die Lücke, die mit der Musterfeststellungsklage geschlossen werden muss: Die vorrangige Entschädigung der Verbraucher anstelle einer Abschöpfung zugunsten des Bundeshaushalts. Nur wenn und soweit diese Entschädigung nicht gelingen kann, ist die Gewinnabschöpfung das – wohlgemerkt – subsidiäre Mittel, um wirtschaftlichen Fehlanreizen für Rechtsbruch entgegenzutreten.

Für die Gewinnabschöpfung bleiben dann letztlich nur die sogenannten Streuschäden, für die eine Musterfeststellungsklage nicht oder nicht wirtschaftlich betrieben werden könnte. Auch die Musterfeststellungsklage wird die Grenze der sogenannten rationalen Apathie des Einzelnen bei der Geltendmachung seiner Rechte nur verschieben, aber nicht beseitigen können. Sehr kleine Klageforderungen im (unteren) zweistelligen Bereich werden viele Verbraucher wohl auch dann nicht einklagen, wenn sie sich – wie im Diskussionsentwurf vorgesehen – gegen eine Gebühr von 10 Euro für den Registereintrag an einer Musterfeststellungsklage beteiligen könnten. In diesen Fällen bleibt die Gewinnabschöpfung das Mittel der Wahl (sofern keine Beseitigungsklage in Betracht kommt, siehe oben b).

#### **d. Die Einziehungsklage aus abgetretenem Recht**

Verbraucherzentralen und andere mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände können sich Forderungen abtreten lassen und diese dann – gebündelt – gerichtlich einklagen. Diese Einziehungsklage beruht – anders als die oben beschriebenen Klagerechte – nicht auf einem materiell-rechtlichen Anspruch qualifizierter Einrichtungen, sondern auf der Grundlage einer Ausnahmeregelung vom Parteiprozess in § 79 Absatz 2 Satz 2 Nr. 3 der Zivilprozessordnung (ZPO). Die Regelung ergänzt die den Verbraucherzentralen eingeräumte Erlaubnis zur Rechtsberatung nach § 8 Absatz 1 Nr. 4 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG).

Die Einziehungsklage wird teilweise auch als deutsche Sammelklage bezeichnet, weil sie – zumindest in der Theorie – eine unbegrenzte Anzahl von Abtretungen ermöglicht. Alle abgetretenen Forderungen können dann einem Verfahren geltend gemacht werden. Die Praxis sieht hier freilich anders aus:

- Die Abtretung ist mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand verbunden. Verbraucherzentralen konnten so meistens nur einen Bruchteil der ratsuchenden Verbraucher gerichtlich vertreten. Abhängig von der verfügbaren Personalstärke konnten pro Schadensereignis einige Dutzend bis wenige Hundert Forderungen abgetreten werden.
- Die Gerichtsverfahren wurden durch die einzelnen Verfahren erheblich belastet. Streitgegenstand waren die Sachverhalte aus sämtlichen abgetretenen Forderungen mit allen individuellen Details. Anstelle einer gebotenen Konzentration auf zentrale Tatsachen- und Rechtsfragen wurden die Verfahren und die Ressourcen der Verbraucherzentralen in erheblichem Umfang mit Nebensächlichkeiten belastet, die die Verfahren in die Länge zogen.

Die Einziehungsklage ist deshalb aber kein überflüssiges Rechtsinstitut. Sie ist eine wichtige Ergänzung der Rechtsberatungsbefugnis der Verbraucherzentralen. Sie taugt allerdings nicht zur Bewältigung von Massenverfahren, was durch die im Folgenden skizzierten Beispielfälle sehr deutlich wird:

### **Fall 1: Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen: Positives Urteil kommt für hunderttausende Kunden zu spät**

Ein Energieversorger in Nordrhein-Westfalen hatte in seinen Verträgen nicht angegeben, aus welchen Gründen und nach welchem Modus die Gaspreise für Sonderkunden steigen können. Nach beanstandeten Gaspreiserhöhungen in den Jahren 2003 bis 2006 führte die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen stellvertretend für 25 Verbraucher ein Musterverfahren gegen den Versorger durch. Es ging um die Rückzahlung

von 16.128 Euro. Das Verfahren zog sich über fast sieben Jahre in vier Instanzen. Es endete 2013 erfolgreich vor dem Europäischen Gerichtshof und dem Bundesgerichtshof. Geld erhielten aber nur die 25 Verbraucher, die ihre Forderung an die Verbraucherzentrale abgetreten hatten. Andere betroffene Kunden und Kunden anderer Anbieter mussten selbst klagen, um Geld zurückzuerhalten. Für mutmaßlich Millionen Gaskunden, deren Ansprüche zumindest teilweise verjährt waren, kam das Urteil mangels verjährungshemmender Musterverfahren zu spät.

### **Fall 2: Verbraucherzentrale Hamburg: Energieunternehmen zahlt für 54 Kunden – und wehrt Ansprüche Tausender ab**

Ein Gasversorger in Hamburg erhöhte 2004 ungerechtfertigt seine Preise. Das Schadensvolumen wurde auf mehrere hundert Millionen Euro geschätzt. Die Verbraucherzentrale Hamburg entschloss sich zur Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Erhöhung und sodann auf Rückzahlung. 54 Kunden traten ihre Ansprüche an die Verbraucherzentrale ab. Die Verfahren erstreckten sich über eine Zeit von acht Jahren. Erst dann erhielten die Kunden ihr Geld zurück. Insgesamt zahlte das Versorgungsunternehmen 75.000 Euro. Eine mindestens fünfstellige Zahl weiterer Betroffener legte Widerspruch gegen die Preiserhöhung ein. Doch der Anbieter weigerte sich trotz eindeutiger Rechtslage, die den Verbrauchern zustehenden Beträge zu erstatten. Die Betroffenen mussten ihr Geld einzeln einklagen, soweit ihre Ansprüche nicht verjährt waren.

### **Fall 3: Verbraucherzentrale Sachsen: Erfolgreiche Klage, immenser Aufwand**

Die Verbraucherzentrale Sachsen organisierte nach rechtlich zweifelhaften Preiserhöhungen des regionalen Gasversorgers im Jahr 2005 eine Klage für rund 400 Verbraucher. Das Verfahren endete nach sechs Jahren erfolgreich in der dritten Instanz. Zu dem Zeitpunkt hatten allerdings von den ehemals 400 Verbrauchern bereits viele aufgegeben. Die 20 verbliebenen Verbraucher bekamen zwischen 100 und 500 Euro zugesprochen. Für die Verbraucherzentrale Sachsen war die Klage mit einem enormen

personellen und logistischen Aufwand verbunden: Faktisch handelte es sich zu Beginn um 400 individuelle Verfahren, die einzeln betreut werden mussten. Mit schließlich 20 Personen kam nur ein Bruchteil der betroffenen Verbraucher zu ihrem Recht.

#### **Fall 4: Verbraucherzentrale Berlin: 194 aufwändige Einzelklagen nach Gaspreiserhöhung**

Ein Berliner Energie-Unternehmen verwendete in den Jahren 2005 und 2006 eine Preisanpassungsklausel, die der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung von 2009 für unwirksam erklärte. Mutmaßlich betroffen waren die Verträge von etwa 300.000 Kunden. Die Verbraucherzentrale Berlin wollte gerichtlich klären lassen, ob die unwirksame Klausel Rückforderungsansprüche begründete. Für die Prüfung hätte zwar die Klage eines Verbrauchers ausgereicht. Mit Blick auf die Dauer des Verfahrens drohten aber die Ansprüche der anderen Betroffenen zu verjähren. Die Verbraucherzentrale versuchte deshalb, möglichst viele Verbraucher zu vertreten. Da es in Deutschland keine Muster- oder Sammelklagen mit Wirkung für alle Betroffenen gibt, musste sie sich die Forderungen einzeln abtreten lassen. Wegen des bürokratischen Aufwands war das nur für 194 Betroffene möglich. Der Fall endete 2007 mit einem Vergleich.

#### **Fall 5: Verbraucherzentrale Hamburg: Knapp 80 Verbraucher erhalten Rückzahlung – Millionen andere gehen leer aus**

Der Bundesgerichtshof entschied in den Jahren 2005 und 2012, dass bestimmte Vertragsklauseln zur Berechnung des Rückkaufwertes von Lebensversicherungen rechtswidrig und unwirksam sind. Millionen Verbraucher haben mutmaßlich Ansprüche auf Rückzahlung. Die Verbraucherzentrale Hamburg klagte 2010 vor dem Landgericht Stuttgart gegen eine führende Lebensversicherungs-AG. Nach Schätzungen der Verbraucherzentrale summierten sich die Rückzahlungsansprüche allein auf insgesamt 1,3 bis 4 Milliarden Euro. Für das Verfahren hatten knapp 80 Verbraucher ihre Ansprüche an die Verbraucherzentrale abgetreten. Die Klage führte zu zwei Rückzahlungen in Höhe von

74.000 Euro und 40.000 Euro einschließlich Zinsen – aber nur an die knapp 80 Verbraucher.

### **Fall 6: Verbraucherzentrale Hamburg: Prozesskosten für 86 Einzelfälle übersteigen Streitwert deutlich**

Nach Beendigung von Pay-TV-Abonnements forderte ein Anbieter von vielen Kunden Schadenersatz in Höhe von 35 Euro, wenn sie ihre Smartcards nicht zurückgesandt hatten. Mit Mahn- und Inkassokosten steigerte sich die Forderung auf 75 Euro. Die Verbraucherzentrale Hamburg klagte 2006 gegen die Vorgehensweise von Premiere. Sie ließ sich die Rückzahlungsansprüche von 86 Kunden abtreten. Der Pay-TV-Anbieter erkannte die Forderungen an. Der Aufwand für Abtretungen und Klage in 86 Fällen war allerdings enorm und die Prozesskosten überstiegen die Klageforderung von insgesamt knapp 3.600 Euro. Die Verbraucherzentrale musste aber den aufwändigen Weg der Forderungsabtretung und Einziehungsklage wählen, weil es in Deutschland keine effektivere und kostengünstigere Klagemöglichkeit gibt.

### **Fall 7: Einziehungsklage als Musterverfahren**

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Einziehungsklage hilfreich sein kann, um höchstrichterliche Urteile zu Rechtsfragen zu erhalten, die mit Hilfe der Unterlassungsklage nicht geklärt werden können. Der vzbv hat auf diesem Wege beispielsweise ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Nutzungsentschädigung für den Gebrauch eines fehlerhaften Geräts – hier eines Backofens – erwirkt. Der EuGH hat entschieden, dass ein Umtausch eines bereits gebrauchten Gegenstands im Rahmen des Gewährleistungsrechts nicht dazu führen dürfe, dass der Kunde bei Erhalt eines neuen, fehlerlosen Gegenstands für den bisherigen Gebrauch eine Nutzungsentschädigung zahlen müsse.

Um diese sehr zentrale Frage trotz des niedrigen Streitwerts von 70 Euro höchstrichterlich entscheiden lassen zu können, verband der vzbv die Leistungsklage aus abgetretenem Recht mit einer AGB-Unterlassungsklage.

Der vom Bundesgerichtshof angerufene Europäische Gerichtshof entschied schließlich, dass die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands einer Ware kostenlos erfolgen müsse. Es dürfe kein Wertersatz für die Nutzung eines mangelhaften Produkts verlangt werden.

## **4. Gebündelte Klagemöglichkeiten nach geltendem Recht**

### **a. Die Klage in Streitgenossenschaft**

Im Zusammenhang mit der Diskussion über die Einführung einer Sammelklage im weitesten Sinne – einschließlich Musterfeststellungsklage – wird gelegentlich auf die Möglichkeit einer Klage in Streitgenossenschaft hingewiesen. Diese sei die deutsche Variante einer Sammelklage mit den gebotenen Einschränkungen – insbesondere in Abgrenzung zur US-amerikanischen *class action* – unter Wahrung kontinental europäischer Rechtstraditionen.

Die einschlägigen Erfahrungen in der Organisation von Streitgenossenschaften als Beteiligte in Sammelklagen sind jedoch ernüchternd. In der Streitgenossenschaft muss jeder Verbraucher selbst klagen und trägt das volle Prozessrisiko. Mögliche Kostenvorteile hängen von der Anzahl der Streitgenossen ab. Die Kosten des Verfahrens sind nicht kalkulierbar, weil die Streitgenossenschaft nur eine lockere Verbindung ist, die jederzeit vom Gericht getrennt werden kann und in der Praxis auch getrennt wird. In der Folge geben viele Verbraucher auf, die Kosten steigen, und anstelle eines Sammelverfahrens bleiben einige Einzelklagen übrig.

Entsprechende Erfahrungen machte die Verbraucherzentrale Brandenburg, die Klagen von anfänglich 129 Verbrauchern gegen den regionalen Energieversorger wegen ihrer Ansicht nach unwirksamer Preiserhöhungen koordinierend unterstützte. Nach fünf Prozessjahren ließ sich juristisch nicht verhindern, dass das Landgericht Cottbus die Sammelklage in nun noch 115 Einzelverfahren auftrennte. Gerichts- und Anwaltskosten stiegen, viele Kläger fühlten sich allein gelassen und verfolgten ihre Ansprüche nicht weiter.



Die Streitgenossenschaft ist deshalb kaum geeignet, die rationale Apathie der Verbraucher bei der Durchsetzung von Forderungen zu überwinden.

**b. Einziehungsklage durch Rechtsdienstleister:  
„Amerikanische Verhältnisse“ durch die Hintertür?**

Die geschilderten Schwierigkeiten der Verbraucherzentralen hindern Inkassounternehmen und andere Rechtsdienstleister freilich nicht daran, aus der Forderungsabtretung ein Geschäftsmodell zu machen und damit Geld zu verdienen. Das ist selbstverständlich legitim, weil Rechtsdurchsetzung und -beratung aufwändig ist und bezahlt werden muss. Nur: Als Bezahlung dient ein Teil der Forderung. Ist die Klage erfolgreich, erhält der Verbraucher nur einen Teil seiner Forderung, ist die Klage nicht erfolgreich, erhält er gar nichts, er muss aber auch nichts bezahlen.

Der Vorteil dieses Modells liegt in erster Linie darin, dass es für die Verbraucher sehr einfach und risikolos ist. Das Prozesskostenrisiko und der übrige mit einer Klage verbundene Aufwand werden gegen einen Teil der Forderung eingetauscht. Verbraucher können ihre Forderung relativ einfach und unbürokratisch über Internetplattformen auf entsprechende Inkassodienstleister übertragen. Dieser kümmert sich dann um alles Weitere und zahlt im Erfolgsfall in der Regel etwa zwei Drittel des eingeklagten Betrags an den Verbraucher aus.

Solche Geschäftsmodelle haben sich dort etabliert, wo Forderungen – wie etwa im Rahmen der Flugverspätungsentschädigung – auf einfach gelagerten Sachverhalten sowie klaren Rechtsgrundlagen beruhen und in entsprechend standardisierten Verfahren durchgesetzt werden können. Sie zeigen aber auch, dass uns gerade mangels echter kollektiver Klagemöglichkeiten, wie einer Musterfeststellungs- oder Gruppenklage, „amerikanische Verhältnisse“ durch die Hintertür drohen.

Der geschädigte Verbraucher tauscht letztlich das Prozesskostenrisiko gegen ein Erfolgshonorar für den Rechtsdienstleister ein. Sowohl das Prinzip der Kostentragung durch die unterlegene Partei, wie auch das

grundsätzliche Verbot von Erfolgshonoraren werden dadurch zumindest in ihrer Wirkung erheblich abgeschwächt. In zwei zentralen Punkten, in denen sich deutsches und amerikanisches Recht unterscheiden, nähert sich die deutsche Rechtsdurchsetzung damit der amerikanischen *class action* an.

Besonders deutlich wird dies gegenwärtig im Rahmen des VW-Abgasskandals. Verbraucher verkaufen ihre Forderungen an Anbieter eines Geschäftsmodells, das auf den oben dargestellten Prinzipien beruht, da sie keine Alternative sehen: Weil vielen betroffenen VW-Kunden die Verjährung ihrer Ansprüche droht und nicht absehbar ist, wann sich mögliche Folgeschäden der Nachrüstung zeigen, befinden sich die Verbraucher in einem Dilemma. Um nicht tatenlos der Verjährung ihrer Ansprüche zuzusehen, können sie selbst klagen – oder sie treten eben ihre Ansprüche gegen hohe Honorarzahungen im Erfolgsfalle ab.

Die hier dargestellten Möglichkeiten der Bündelung von Verbraucherinteressen stehen vermutlich im Einklang mit geltendem Recht. Sie funktionieren aber nur, wenn Verbraucher von vornherein auf einen Teil ihrer Ansprüche verzichten. Wenn man diese Entwicklung nicht begrüßt, muss man sich überlegen, den Geschädigten eine Alternative zu bieten.

Eine solche Alternative könnte die Musterfeststellungsklage sein. Sie erleichtert Verbrauchern die individuelle Rechtsdurchsetzung, indem sie die Wirkung der Verbandsklage auf die Verjährungshemmung und die Bindung des Feststellungsurteils erweitert. Das abschließende Risiko der individuellen Durchsetzung verbleibt jedoch beim einzelnen Verbraucher, der dafür aber auch seinen Anspruch auf vollständige Entschädigung behält und ihn nicht gegen einen Teil der berechtigten Forderung eintauschen muss.

## **5. Die Musterfeststellungsklage nach dem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz**

Der vzbv begrüßt den Gesetzentwurf, auch wenn bei einigen Punkten sicherlich noch Diskussionsbedarf besteht. Entscheidend ist aber, dass das angestrebte Ziel – eine effektive und kostengünstigere Entschädigung von Verbrauchern bei Massenschäden – mit dem vorgelegten Entwurf erleichtert wird und gleichzeitig den berechtigten Bedenken gegenüber unerwünschten Folgen von Sammelklagen Rechnung getragen wird.

### **a. Problem der „Verjährungsfälle“**

Der vzbv begrüßt, dass mit der Musterfeststellungsklage und der Eintragung im Klageregister die Verjährung von Ansprüchen betroffener Verbraucher gehemmt wird. Die Verjährungshemmung ist sicherlich die wichtigste Wirkung der Musterfeststellungsklage.

Mit der traditionellen Unterlassungsklage sowie in Einzelfällen mit der Einziehungsklage können zentrale Rechtsfragen geklärt werden, die für betroffene Verbraucher grundsätzlich Rückzahlungsansprüche begründen. Diese gerichtliche Klärung im Verbandsklageprozess über mehrere Instanzen dauert aber häufig so lange, dass die Ansprüche der Verbraucher in der Zwischenzeit verjähren („Verjährungsfälle“). Dieser Zustand ist aus Verbrauchersicht unbefriedigend und nur schwer verständlich.

Der im Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Lösung – Verbraucher tragen sich ins Klageregister ein und der Eintrag wirkt verjährungshemmend – ist deshalb grundsätzlich zuzustimmen.

Zu beachten ist allerdings, dass Verbraucher sich selbst ins Register eintragen können und sollen und hierfür kein Anwalt hinzugezogen werden muss. Die juristischen Anforderungen an die Eintragung dürfen deshalb nicht so hoch sein, dass Verbraucher ohne Rechtskenntnisse hierzu nicht in der Lage sind.

Nach dem Gesetzentwurf müssen Verbraucher eine Reihe von Angaben machen, die überwiegend auch für Verbraucher ohne besondere Rechtskenntnisse zu bewältigen sein dürften. Insbesondere wenn zur Eingabe ein elektronisches Formular verwendet wird, dürfte dies die Eingabe erleichtern.

Schwieriger für Verbraucher könnten aber Pflichtangaben zum Gegenstand, zum Grund des Anspruchs oder Rechtsverhältnisses und zur Höhe des Anspruchs sein. Insoweit besteht das Risiko, dass die Angaben von Verbrauchern nicht den juristischen Anforderungen an eine hinreichend genaue Sachverhaltsschilderung und rechnerisch richtige Anspruchshöhe genügen.

Abschließende Rechtssicherheit darüber, ob der Forderung und dem Feststellungsantrag auch wirklich der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegt, kann im Streitfall sicherlich erst das individuelle Folgeverfahren schaffen. Deshalb ist mit der Anmeldung immer eine mehr oder weniger starke Prognoseunsicherheit verbunden.

Für Verbraucher ist es aber wichtig, dass die Verjährungshemmung für den Fall, dass es sich um die gleichen Lebenssachverhalte handelt, nicht an dem formalen Kriterium des Registereintrags scheitert. Die Prognoseunsicherheit darf nicht durch hohe Anforderungen an die Pflichtangaben der betroffenen Verbraucher verschärft werden. Verbraucher müssen sich auf die verjährungshemmende Wirkung ihres Registereintrags verlassen können.

Der Bundesgerichtshof stellt bislang vergleichsweise anspruchsvolle Anforderungen an eine verjährungshemmende Schilderung von Sachverhalt und Anspruch. Die Angaben müssen so präzise sein, dass sie Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungsbescheids sein können.<sup>2</sup> Wann diese Anforderungen erfüllt sind, sei aber immer eine Frage des Einzelfalls. Damit bleibt weitgehend unklar, ob und gegebenenfalls wie die Rechtsprechung ihre Anforderungen nach Einführung der Musterfeststellungsklage an das Bedürfnis einer niedrigschwelligen, laiengerechten Anmeldung anpassen würde.

Um eine laiengerechte Anmeldung mit verjährungshemmender Wirkung zu ermöglichen, sind aus Sicht des vzbv zwei Lösungen vorstellbar, die im Folgenden dargestellt werden:

1. Eine Alternative zum Registereintrag wäre eine automatische Verjährungshemmung für Betroffene allein durch Rechtshängigkeit der Verbandsklage. Eine solche Verjährungshemmung ohne aktives Mitwirken des Begünstigten gibt es bereits im Kartellrecht: Hier hat die Einleitung des Untersagungsverfahrens eine verjährungshemmende Breitenwirkung für alle Geschädigten (§ 33h Absatz 6 Nr. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Dieser Rechtsgedanke ließe sich problemlos auf die Musterfeststellungsklage übertragen.

Entsprechende Regelungen gibt es auch in den Niederlanden und seit kurzem auch in der insoweit geänderten Rechtsgrundlage für die *action de groupe* in Frankreich.<sup>3</sup> Ansprüche von Verbrauchern, die unter das Gruppenverfahren fallen, können während der Gruppenklage nicht verjähren. Ein Registereintrag ist hier nicht erforderlich.

2. Registeranmeldung als lediglich formale Voraussetzung für die Verjährungshemmung: Einer Verjährungshemmung allein durch Rechtshängigkeit der Musterfeststellungsklage wird trotz der oben genannten Regelung im Kartellrecht entgegengehalten, dass Verjährungshemmung im deutschen Recht in der Regel nicht ohne aktives Handeln des Anspruchsinhabers zu erreichen ist.

Folgt man diesem Argument, würde eine Registeranmeldung des Verbrauchers aber als lediglich formale Voraussetzung für die Verjährungshemmung ausreichen, ohne dass es auf die juristische Qualität der Eintragung ankäme. Entscheidend für die Verjährungshemmung wäre dann nur noch, dass der Anspruch objektiv von den Feststellungszielen der Musterfeststellungsklage abhängt und der Verbraucher die lediglich formale Voraussetzung einer Anmeldung im Register erfüllt hat.

Mit dieser Lösung würde erreicht, dass der Beklagte Kenntnis über die Identität des Anmelders erlangen kann, was ihm eine Zuordnung des Anmelders zu einem später geltend gemachten Anspruchs ermöglicht. Die Verjährung würde darüber hinaus auch nicht ohne aktives Zutun des Verbrauchers gehemmt, denn er muss sich aktiv in das Register eintragen. Schließlich würde durch die lediglich objektive Anknüpfung erreicht, dass es zugunsten des angemeldeten Verbrauchers nur auf das ob, aber nicht auf das wie des Registereintrags ankommt.

## **b. Zulässigkeit der Musterfeststellungsklage**

Die Herausforderung einer effektiven Verjährungshemmung hängt eng zusammen mit dem Vorbereitungsaufwand einer Musterfeststellungsklage. Langwierige Prüfungen und Schilderungen von Einzelfällen erhöhen den Vorbereitungsaufwand erheblich und verzögern damit die Rechtshängigkeit der Musterfeststellungsklage. In der Zwischenzeit können weitere Forderungen von betroffenen Verbrauchern verjähren.

Der Vorbereitungsaufwand steigt deshalb mit der Anzahl der konkreten Fälle, die der klagende Verband zu Beginn des Verfahrens – detailliert – vorzutragen muss. Im vorliegenden Gesetzentwurf wird die Anzahl der vorzutragenden Fälle auf zehn festgelegt. Ob zehn Einzelfälle wirklich erforderlich sind, um einen Missbrauch der Musterfeststellungsklage als „Gerichtsgutachten“ ohne Massenbezug zu verhindern, dürfte bereits fraglich sein. Musterfeststellungsverfahren können sich auch für fünf Betroffene lohnen.

Wichtig ist aber, dass die erforderliche Anzahl der Fälle nicht noch weiter erhöht wird. Wenn 50 oder sogar 100 Fälle<sup>4</sup> vorgetragen werden müssen, damit die Musterfeststellungsklage zulässig ist, kommen Verbraucherverbände schnell an die Grenze des Möglichen. Genau an diesem Prüfungs- und Vortragsaufwand sind ja letztlich Sammelverfahren auf Grundlage der Einziehungsklage gescheitert. Dieser Fehler sollte bei der Musterfeststellungsklage nicht wiederholt werden.

### **c. Urteil und Bindungswirkung**

Ein weiterer wichtiger Punkt im Gesetzentwurf ist die Bindungswirkung des Urteils zugunsten der angemeldeten Verbraucher. Die Bindungswirkung gibt den Anmeldern die erforderliche Rechtssicherheit, dass Gerichte in anschließenden Gerichtsverfahren in Bezug auf den gleichen Lebenssachverhalt keine abweichenden Entscheidungen treffen. Der vzbv begrüßt diese Regelung.

Voraussichtlich würde ein Musterurteil in vielen Fällen auch ohne förmliche Bindung eine faktisch verbindliche Präzedenzwirkung entfalten.<sup>5</sup> Dennoch kann die förmliche Bindung dazu beitragen, das Risiko abweichender Entscheidungen zu reduzieren und damit einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit und Zahlungsbereitschaft auf Seiten des Klägers leisten.

Im Gesetzentwurf ist vorgesehen, dass die Bindungswirkung in Bezug auf Verbraucher nur eintritt, wenn sich der angemeldete Verbraucher im Anschlussverfahren auf das Musterurteil beruft. Diese Regelung ist grundsätzlich sachgerecht, weil Verbraucher nicht unmittelbar am Musterfeststellungsverfahren beteiligt werden.

Dennoch ist diese Einredelösung nicht unumstritten. Gegen die Regelung wird eingewandt, dass es unfair sei, wenn das Musterurteil den beklagten Unternehmer in jedem Fall binde, die angemeldeten Verbraucher jedoch nur, wenn sie sich im Anschluss darauf berufen. Auch die angestrebte Rechtssicherheit sei nur zu erreichen, wenn das Musterurteil für beide Seiten gleichermaßen gelte.<sup>6</sup>

Hierzu möchte ich betonen: Auch der vzbv unterstützt das politische Ziel, mit der Musterfeststellungsklage weitreichende Rechtssicherheit für alle Beteiligten anzustreben. Hierfür erscheint es vordergründig auch sinnvoll, das Musterfeststellungsurteil nicht nur für die Prozessparteien, sondern auch für die angemeldeten Verbraucher als verbindlich auszugestalten.

Mit einer solchen zwingenden Bindungswirkung des Musterurteils wäre allerdings eine weitreichende, vermutlich grundsätzliche Änderung des Konzepts der Musterfeststellungsklage verbunden. Die Musterfeststellungsklage ist ein Verfahren zwischen dem klagenden Verband und dem beklagten Unternehmen. Die zuvor geschädigten Verbraucher sind nicht beteiligt und haben weder Informations- noch Mitwirkungsrechte. Die Bindung gegenüber Verbrauchern würde deshalb eine Reihe neuer Fragen in Bezug auf ein faires Verfahren und rechtliches Gehör der Verbraucher sowie damit verbundene Folgeänderungen aufwerfen.

Für den klagenden Verband würden sich sowohl in Bezug auf die Prozessführung wie auch die flankierend hierzu entstehenden Informations- und Beratungspflichten weitreichende Haftungsfragen stellen. Eine solche Verbandshaftung wäre mit dem Konzept einer Musterfeststellungsklage und den hiermit verbundenen niedrigen Streitwerten auf Grundlage der vorhandenen finanziellen Mittel qualifizierter Einrichtungen kaum vereinbar.

#### **d. Vergleich**

Die Möglichkeit eines Vergleichsschlusses ist zu begrüßen, weil ein Vergleich in zweierlei Hinsicht deutlich über den ansonsten naturgemäß beschränkten Wirkungskreis einer Feststellungsklage hinausgehen kann:

- Verbraucher erhalten Geld anstelle eines Feststellungsurteils, so dass ihnen die weitere Rechtsdurchsetzung erspart bleibt.
- Der Vergleich ist über den Feststellungsantrag hinaus in Bezug auf die Forderungshöhe bindend für beide Seiten.

Darüber hinaus ist es wichtig, dass Verbraucher aus dem Vergleich austreten können, da sie selbst – anders als die Prozessparteien – keinen Einfluss auf den Inhalt des Vergleichs haben.

Fraglich ist allerdings, welche Folgen der Austritt aus dem Vergleich für die übrigen Anmelder haben soll. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass der



Vergleich unwirksam ist, wenn 30 Prozent der angemeldeten Verbraucher austreten, dass er also umgekehrt von 70 Prozent der angemeldeten Verbraucher zumindest passiv akzeptiert werden muss.

Dieser Schwellenwert von 30 Prozent sollte meines Erachtens noch einmal diskutiert werden. Eine Befriedungswirkung dürfte der Vergleich auch dann haben, wenn 30 oder mehr Prozent austreten. Vor allem für die vergleichsbereiten und vergleichswilligen Anmelder dürfte es unbefriedigend sein, wenn eine Minderheit den Vergleich zu Fall bringen kann. Darüber hinaus ist durchaus vorstellbar, dass auch ein beklagtes Unternehmen Interesse an einem Vergleich hat, der das Verfahren für einen Teil der Anmelder beendet.

#### **e. Schlichtungsverfahren nach dem Musterfeststellungsurteil**

Die Musterfeststellungsklage ist – wie bereits ausführlich geschildert – eine Verbandsklage mit bestimmten, aber letztlich auch nur begrenzten Wirkungen zugunsten der angemeldeten Verbraucher. Für diese Verbraucher ist es nicht ausreichend, von einem Gericht Recht zu bekommen, sondern es geht ihnen um Zahlungen des beklagten Unternehmens. Um solche Zahlungen durchsetzen zu können, müssen Verbraucher im Zweifel einen vollstreckbaren Titel erwirken, den sie nur durch ein Leistungsurteil einer individuellen Anschlussklage erlangen können.

Eine Leistungsklage zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels sollte aber nicht der Regelfall im Anschluss an das Musterfeststellungsverfahren sein. Die rationale Apathie in der Durchsetzung individueller Ansprüche wird auch nach einem Musterfeststellungsurteil nicht vollständig beseitigt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass viele Verbraucher nur dann „weitermachen“, wenn ihnen die Rechtsdurchsetzung auch individuell erleichtert wird.

Eine solche Erleichterung könnte mit Schlichtungsverfahren, die sich nahtlos an ein Musterfeststellungsurteil anschließen, erreicht werden. Entsprechende Schlichtungsstellen gibt es bereits, sowohl für einzelne

Branchen – etwa Energie, Versicherungen oder Verkehr – wie auch branchenübergreifend auf Grundlage des im letzten Jahr verabschiedeten Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes (VSBG). Diese Infrastruktur und die dort vorhandene Erfahrung sollte auch und gerade zur individuellen Forderungsbemessung bei rechtlich geklärten Massenschadensfällen genutzt werden.

Eine solche Arbeitsteilung zwischen Prozessgericht und Schlichtungseinrichtungen erscheint gut geeignet, um nach einem Feststellungsurteil individuelle Fragen in Schlichtungsverfahren entscheiden zu lassen. Denn die Aufgabe von Schlichtung liegt in der Beilegung individueller Streitigkeiten und nicht in der Entscheidung grundsätzlicher, zentraler Rechtsfragen für Viele. Letztere obliegen den Gerichten, die sie im Rahmen einer Musterfeststellungsklage für alle Beteiligten klären können. Hierunter könnten vor allem tatsächliche Fragen, wie etwa die Prüfung von Nachweisen, aus denen sich Zahlungsverpflichtungen berechnen lassen, gehören.

Bislang ist die Mitwirkung an Schlichtungsverfahren – bis auf wenige Ausnahmen – allerdings rein freiwillig. Auf dieser Grundlage hätten Verbraucher nach einem erfolgreichen Musterfeststellungsurteil weiterhin nur die Möglichkeit einer Individualklage, wenn Unternehmen nicht bereit sind, sich an der Schlichtung zu beteiligen. Die Teilnahme an Schlichtungsverfahren, die auf ein Musterfeststellungsurteil folgen und den gleichen Lebenssachverhalt betreffen, müsste deshalb verpflichtend ausgestaltet werden.

- 1] *„Pläne der EU-Kommission für Sammelklagen | Gibt's bald Millionen für zu heißen Kaffee?“, Bild online vom 10.Juni 2013, abrufbar unter <http://www.bild.de/ratgeber/verbrauchertipps/verbraucherschutz/millionen-fuer-zu-heissen-kaffee-eu-kommission-stellt-plaene-fuer-sammelklagen-vor-30780438.bild.html>, zuletzt abgerufen am 13.Oktober 2017.*
- 2] *BGH, Urteil vom 18.Juni 2015 – III ZR 198/14 (Verjährung der Geltendmachung von Schadensersatz unter dem Vorwurf einer fehlerhaften Kapitalanlageberatung)*
- 3] *Art. L 623-27 Code de la Consommation; vgl. ausführlich hierzu Halfmeier in: Tonner, Klaus/Halfmeier, Axel/Tamm, Marina, EU-Verbraucherrecht auf dem Prüfstand, Gutachten im Auftrag des vzbv vom 7.Juli 2017, Seite 169 ff., verfügbar unter [http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/07/07/2017-06-27\\_refit\\_gutachten.pdf](http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/07/07/2017-06-27_refit_gutachten.pdf), zuletzt heruntergeladen am 13.Oktober 2017*
- 4] *So aber mittlerweile der Vorschlag im offiziellen „Diskussionsentwurf“, § 606 Gesetzentwurf, der alternativ eine Anzahl von 10, 50 oder 100 zu schildernden Fällen zur Diskussion stellt.*
- 5] *So auch die offizielle Begründung im Diskussionsentwurf, B. Besonderer Teil, Zu § 614, Seite 20*
- 6] *Die Bindungswirkung gegen Verbraucher wird im zwischenzeitlich veröffentlichten offiziellen Diskussionsentwurf als alternative Lösung in § 614 Absatz 1 des Gesetzentwurfs vorgeschlagen.*

## **Die Musterfeststellungsklage nach den Entwürfen des Bundesjustizministeriums – Konstruktion, Funktionsweise und offene Fragen**

*Hans-Jörg Dietsche\**

### **Zusammenfassung des Herausgebers**

In seinem Beitrag legt Hans-Jörg Dietsche in ersten Teil dar, wie ein Musterfeststellungsverfahren nach den Entwürfen des Bundesjustizministeriums vom Dezember 2016 (Gesetzesentwurf) beziehungsweise eines darauf aufbauenden „Diskussionsentwurfs“ vom Juli 2017 aussehen soll. Danach bewertet er die vorliegenden Entwürfe kritisch und unterstreicht, dass die Klage so konzipiert sein muss, dass Rechtssicherheit im gesamten Verfahren von überragender Bedeutung ist.

### **Einleitung**

Der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz hat am 1. Dezember 2016 einen Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage als Referentenentwurf vorgelegt bzw. in die Ressortabstimmung zwischen den Bundesministerien gegeben. Da die beteiligten Ressorts diesen Entwurf nicht mitzutragen bereit waren, ist dieser Entwurf nicht im Rahmen einer Länder- und Verbändeanhörung veröffentlicht worden. Mit einem Schreiben vom 28. Juli 2017 an die Fraktionen im Deutschen Bundestag hat das BMJV dann einen „Diskussionsentwurf“ für ein Gesetz zur Einführung einer Musterfeststellungsklage übersandt, verbunden mit dem Hinweis auf die bislang fehlende Billigung durch die Bundesregierung.

\* *Dr. Hans-Jörg Dietsche ist Ministerialrat und Referent in der Arbeitsgruppe Recht- und Verbraucherschutz der CDU/CSU Bundestagsfraktion und Honorarprofessor an der Fachhochschule des Mittelstands.*

Da bereits am 30. Juni die reguläre Sitzungsperiode des 18. Deutschen Bundestages mit Eintritt in die Sommerpause geendet hatte und für den 24. September 2017 die Neuwahl des Bundestages anstand, war zu diesem Zeitpunkt auch sicher davon auszugehen, dass beide Entwürfe der Diskontinuität verfallen würden; begründet wurde dieses Vorgehen daher mit der auf der Justizministerkonferenz vom Juni geäußerten Bitte nach Übersendung eines Diskussionsstandes bezüglich der Musterfeststellungsklage.<sup>1</sup> Gegebenenfalls ist hierin aber auch ein Signal in Richtung EU-Kommission zu sehen, dass Deutschland vor dem Hintergrund der sogenannten Abgas-Skandale auf die Empfehlungen der EU-Kommission von 2013 in Bezug auf den kollektiven Rechtsschutz zu reagieren gedenkt.<sup>2</sup>

Der Diskussionsentwurf unterscheidet sich nur in einzelnen Punkten vom Referentenentwurf; die vom Referentenentwurf abweichenden Regelungen sind in eckigen Klammern eingefügt und damit „zur Diskussion“ gestellt. An der Gesamtkonstruktion des im Referentenentwurf ausgearbeiteten Musterfeststellungsverfahrens ändert der Diskussionsentwurf jedoch nichts.

Die beiden Entwürfe stießen in der Fachwelt wohl überwiegend auf Zustimmung, was deren Intension angeht, aber ebenso auf überwiegende Kritik, was deren Umsetzung im Detail anbelangt.<sup>3</sup> In der politischen Debatte war dies letztlich ähnlich, da die Schaffung einer Musterfeststellungsklage für Verbraucher verschiedentlich gefordert worden war.<sup>4</sup>

## **1. Aufbau und Ablauf des Musterfeststellungsverfahrens nach den beiden Entwürfen**

### **a. Ein neues prozessuales Instrument nur für Verbraucher?**

Der Referentenentwurf vom Dezember 2016 sieht die Einführung eines allgemein zugänglichen Rechtsschutzinstruments der zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vor. Dieses orientiert sich von der grundsätzlichen Ausgestaltung her als zweistufiges Verfahren und mit einem Klageregister an dem auf kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten begrenzten Musterfest-

stellungsverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) und soll in der Zivilprozessordnung (ZPO) als deren sechstes Buch verankert werden. Ein Musterfeststellungsverfahren soll hiernach gemäß § 606 bei gleichgerichteten Ansprüchen von mindestens zehn betroffenen Geschädigten gegen denselben Beklagten zulässig sein. Genannt werden Verbraucher sowie kleine und mittlere Unternehmen, Begrenzungen bestehen allerdings nicht.<sup>5</sup>

Im Unterschied dazu beschränkt der hieran anschließende Diskussionsentwurf in § 606 Satz 1 die Musterfeststellungsklage allein auf Rechtsstreitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen.<sup>6</sup>

#### **b. Klagebefugte qualifizierte Einrichtungen**

Klagebefugt soll im Unterschied zum KapMuG allerdings nicht ein Geschädigter selbst als Musterkläger sein, sondern ausschließlich die in § 607 aufgeführten anspruchsberechtigten Stellen (qualifizierte Einrichtungen und Kammern) i.S.v. § 3 UKlaG bzw. nach dem Diskussionsentwurf nur noch die qualifizierten Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG. Im Unterschied zum Musterfeststellungsverfahren nach dem KapMuG, wo ein Musterkläger die Klage führt, handelt es sich bei dieser vorgeschlagenen Musterfeststellungsklage für Verbraucher um keinen Prozess der in einer Anspruchsbeziehung stehenden Parteien, sondern um eine Verbandsklage. Die Klagebefugnis wurde daher im Referentenentwurf auch analog zu der Verbandsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) ausgestaltet. Wie nach § 3 Absatz 1 UKlaG sind als „anspruchsberechtigte Stellen“ die gelisteten Verbraucherschutzverbände (qualifizierte Einrichtungen) i.S.v. § 4 UKlaG sowie Industrie- und Handelskammern nebst Handwerkskammern klagebefugt<sup>7</sup> – bzw. im Diskussionsentwurf dann nur noch allein die qualifizierten Einrichtungen i.S.v. § 4 UKlaG.<sup>8</sup>

#### **c. Einleitung des Musterfeststellungsverfahrens**

Zulässig ist die Musterfeststellungsklage nach dem Referentenentwurf, sofern gemäß § 606 Satz 2 „konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass von den

Feststellungszielen nach Satz 1 die Ansprüche oder Rechtsverhältnisse von mindestens zehn Betroffenen abhängen". Der Diskussionsentwurf fordert darüber hinaus, dass die klageerhebende qualifizierte Einrichtung diese genannten Voraussetzungen i.S.v. § 294 ZPO glaubhaft zu machen hat.<sup>9</sup> Die rechtshängig gewordene Musterfeststellungsklage hat das Gericht gemäß § 608 binnen zwei Monaten über ein beim Bundesamt für Justiz einzurichtendes elektronisches Klageregister zu veröffentlichen. Hierüber entscheidet es nach Anhörung des Beklagten durch unanfechtbaren Beschluss, der mit den Einzelheiten zu dem Verfahren – u.a. bezüglich Lebenssachverhalt und Feststellungszielen sowie Belehrung über die Art und Weise der Anmeldung – im Klageregister zu veröffentlichen ist.

#### **d. Die Wirkung der Anmeldung zum elektronischen Klageregister**

Ab jetzt haben die Geschädigten die Möglichkeit, sich über das öffentliche elektronische Klageregister über das Musterfeststellungsverfahren zu informieren und dort ihre Ansprüche gegen den Beklagten anzumelden.<sup>10</sup> Dabei hat ihre Anmeldung den in § 609 genannten Vorgaben und Angaben zu dem geltend gemachten Anspruch zu entsprechen; Anwaltszwang besteht hierfür nicht.<sup>11</sup>

Mit der Anmeldung wird der Geschädigte zum Anmelder und erhält nach Maßgabe von § 610 Absatz 2 Zugang zu Informationen über das Verfahren im elektronischen Klageregister. Die Anmeldung hat gemäß § 614 zur Folge, dass die im Musterfeststellungsurteil getroffenen Feststellungen für einen Folgerechtsstreit zwischen ihm und dem Beklagten des Musterfeststellungsverfahrens Bindungswirkung entfalten. Hier weichen nun der Referenten- und der Diskussionsentwurf des BMJV voneinander ab bzw. enthalten zwei alternative Ausgestaltungen: Nach dem Referentenentwurf ist diese Bindungswirkung eingeschränkt und soll nur gelten, sofern sich der Anmelder in seiner nachfolgenden Leistungsklage hierauf ausdrücklich beruft; für den Beklagten ist diese Wahlmöglichkeit nicht vorgesehen. Der Diskussionsentwurf stellt zu dieser Variante noch eine Alternative „zur Diskussion“, wonach die Bindungswirkung im Folgeverfahren ausnahmslos bestehen solle; auch im Fall einer Abweisung der Musterfeststellungs-

klage. Die Anmeldung bewirkt zudem, dass die Verjährung von Ansprüchen gehemmt wird, soweit diesen der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegt wie den Feststellungszielen der Musterfeststellungsklage.<sup>12</sup> Die Bindungswirkung des Urteils entfällt gemäß § 614 Satz 2, wenn die Anmeldung zurückgenommen wurde oder der Anmelder parallel eine Individualklage mit demselben Streitgegenstand gegen den Beklagten erhoben hat.<sup>13</sup> Hat ein Anmelder bereits vor der öffentlichen Bekanntmachung der Musterfeststellungsklage im Klageregister Individualklage erhoben, so setzt das Gericht dieses Verfahren gemäß § 614 Absatz 2 für die Dauer des Musterfeststellungsverfahrens aus und der Anmelder kann sich in der Fortführung seines eigenen Verfahrens auf die Bindungswirkung des Musterfeststellungsverfahrens berufen.

#### **e. Die Rechtsstellung der Streitparteien und der Anmelder**

Die anspruchsberechtigte Stelle führt die Musterfeststellungsklage selbst, ohne dass hierfür eine Abtretung der Ansprüche an diese erfolgen müsste; Parteien sind demnach ausschließlich die anspruchsberechtigte Stelle als Kläger und der Beklagte. Der klagende Verband kann hier in Bezug auf die Ansprüche der Geschädigten als Feststellungsziele das Vorliegen oder Nichtvorliegen zentraler anspruchsbegründender bzw. anspruchsausschließender Voraussetzungen feststellen oder zentrale Rechtsfragen klären lassen. Bzgl. der geschädigten Anmelder erklärt § 611 Absatz 3 die §§ 66 bis 74 ZPO für nicht anwendbar, womit eine Streitbeteiligung der Anmelder über Nebenintervention oder Streitverkündung ausgeschlossen wird; und im Unterschied zum KapMuG ist auch keine Beiladung der Anmelder vorgesehen. Im Entwurf begründet wird dies mit der Gewährleistung eines effektiven Verfahrens (durch Begrenzung potentieller Verfahrensbeteiligter) sowie dem bewussten Ausschluss aller Prozess- bzw. Kostenrisiken für die Anmelder, um hier ein betont niedrighwelliges Angebot für Verbraucher zu gewährleisten.<sup>14</sup> Prozessuale Rechte haben die geschädigten Anmelder dementsprechend keine, sie können keine Anträge stellen und keine Akteneinsicht nehmen; „notwendige“ Informationen, auch während der Dauer des Verfahrens, werden den Anmeldern über das elektronische Klageregister zugänglich gemacht.<sup>15</sup>



Rechtliches Gehör i.S.v. Art. 103 Abs. 1 GG für die Anmelder sieht der Entwurf gewährleistet durch deren freie Entscheidung, sich an dem Musterfeststellungsverfahren zu beteiligen und dadurch ihre Möglichkeiten für die Durchsetzung ihrer Rechte zu erweitern; auch stehe ihnen jederzeit die Rücknahme der Anmeldung und Erhebung der Individualklage als Alternative offen.<sup>16</sup> Da die Anmelder nicht streitbeteiligt sind, können sie jedoch als Zeugen einvernommen werden, was grundsätzlich für sie im Hinblick auf den Verfahrensausgang von Vorteil sein dürfte.<sup>17</sup>

#### **f. Urteil und Vergleich**

Das Musterfeststellungsverfahren endet nach beiden Entwürfen entweder durch Urteil (§ 613) oder Vergleich (§ 612). Auch das Urteil, den Eintritt der Rechtskraft oder gegebenenfalls eingelegte Rechtsmittel soll das Gericht wiederum im elektronischen Klageregister öffentlich bekannt machen. Gemäß § 614 hat nach Eintritt der Rechtskraft des Musterfeststellungsurteils jeder Anmelder die Möglichkeit, Leistungsklage gegen den Beklagten zu erheben – auf die alternativen Vorschläge bzgl. der Bindungswirkung wurde bereits hingewiesen.

Die Bestimmungen über eine Beendigung des Musterfeststellungsverfahrens durch Vergleich zwischen den Streitparteien in § 612 sind den §§ 17 bis 19 KapMuG nachgebildet.<sup>18</sup> Da die Anmelder selbst nicht Partei sind, werden ihre Rechte dadurch gewahrt, dass der Vergleich einem Genehmigungsvorbehalt durch das Gericht unterliegt; das Gericht hat zu prüfen, ob es den Vergleich unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes für angemessen hält. Der genehmigte Vergleich ist im elektronischen Klageregister zu veröffentlichen, den Anmeldern zudem aber auch förmlich zuzustellen. Binnen einen Monats nach Zustellung können die Anmelder ihren Austritt aus dem Vergleich – ebenfalls schriftlich und nicht über das elektronische Klageregister – erklären.<sup>19</sup> Erklären mindestens 30% der Anmelder ihren Austritt, wird der Vergleich nicht wirksam und das streitige Verfahren wird fortgeführt.<sup>20</sup>

## **2. Anmerkungen zu den beiden Entwürfen**

### **a. Das Grundanliegen der Entwürfe: Ein niedrighschwelliges Angebot an Geschädigte**

Die Musterfeststellungsklage nach den beiden Entwürfen ist als Möglichkeit für Geschädigte konzipiert, um ohne Anwaltszwang und Prozessrisiko bei geringsten Kosten die Feststellungen des Musterverfahrens bei gleichzeitiger Unterbrechung der Verjährung abzuwarten, um anschließend ihre Ansprüche auf der Grundlage dieser getroffenen Feststellungen durchsetzen zu können.<sup>21</sup> Zwar verbliebe es (sofern es nicht zu einem Vergleich kommt) weiter beim einzelnen Geschädigten, nach einem – positiven – Musterfeststellungsurteil seine Rechte mit einer Individualklage selbst durchzusetzen (oder sich mit dem Beklagten zu vergleichen), allerdings mit einem aufgrund der erfolgten gerichtlichen Feststellungen geminderten Prozessrisiko: Er könnte sich vor Gericht auf die festgestellten anspruchsbegründenden Tatsachen und Rechtsfragen berufen und das Gericht hätte nur noch die Kausalität für seinen Schaden samt Schadenshöhe festzustellen.<sup>22</sup>

### **b. Lehren aus dem KapMuG und die Grundkonzeption als Verbandsklage**

Das Grundanliegen des Entwurfs, ein niedrighschwelliges Angebot an die Verbraucher, kombinierten die Entwurfsverfasser mit der Lehre, die sie aus den Erfahrungen mit dem Musterfeststellungsverfahren nach dem KapMuG gezogen haben: Dass eine Vielzahl an Prozessbeteiligten, und sei es nur als Beigeladene, mit dem Anspruch an eine effiziente und rasche Streitentscheidung letztlich kaum in Einklang zu bringen bzw. dass für ein effizientes Verfahren eine andere Lösung zu wählen ist.<sup>23</sup> Aus diesen beiden Zielen heraus resultiert diese Konstruktion einer Musterfeststellungsklage als Verbandsklage, bei der die geschädigten Anspruchsinhaber nur als Anmel-der und nicht als Streitbeteiligte fungieren; sie haben keine Möglichkeit, am Verfahren mit eigenen Prozesshandlungen mitzuwirken, sind dafür aber letztlich risikolos gestellt.<sup>24</sup> Das Problem der Gewährleistung des rechtlichen

Gehörs für die Anmelder als Anspruchsinhaber wollen die Entwürfe dadurch lösen, dass die Geschädigten während des Verfahrens die freie Wahlmöglichkeit bzgl. einer Teilnahme am Musterfeststellungsverfahren oder einer individuellen Klage behalten und auch aus einem gerichtlich genehmigten Vergleich aussteigen können. Diese Erwägung in Bezug auf das rechtliche Gehör lag auch der im Referentenentwurf vorgesehenen Wahlmöglichkeit des Anmelders in Bezug auf die Bindungswirkung des Musterfeststellungsurteils zugrunde. Interessanterweise erachtet der Referentenentwurf dieses Wahlrecht des Anmelders bei der Bindungswirkung im Hinblick auf die Gewährleistung rechtlichen Gehörs für den Anmelder noch als zwingend.<sup>25</sup> Nach der Begründung des Diskussionsentwurfs, der auch eine Bindungswirkung ohne Wahlmöglichkeit vorsieht, wird diese jedoch auch nicht mehr als zur Wahrung des rechtlichen Gehörs unbedingt notwendig erachtet.<sup>26</sup>

### **c. Die Frage der Waffengleichheit**

Dieses Grundmotiv eines für die Geschädigten risikolosen prozessualen Instruments findet – neben dem Wahlrecht in Bezug auf die Bindungswirkung – seine Fortsetzung in der dem Anmelder eingeräumten Möglichkeit, die Anmeldung bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung vor der Urteilsverkündigung vornehmen bzw. auch wieder zurücknehmen zu können, sowie binnen einer Frist nach der Veröffentlichung eines gerichtlich genehmigten Vergleichs zwischen Kläger und Beklagtem aus diesem austreten zu können; sowie nicht zuletzt auch die Möglichkeit für den Kläger, im Verfahren Zeugenbeweise durch Anmelder einzuführen. Dieses letztendliche prozessuale Ungleichgewicht zwischen der Klägerseite – Kläger und Anmelder – und der Beklagtenseite stieß verschiedentlich auf Kritik („Rosinenpicken“), zumal in Ansehung des aus Art. 3 GG hergeleiteten Grundsatzes der Waffengleichheit im Prozess.<sup>27</sup>

### **d. Das elektronische Klageregister als zentrales Element**

Als zentrales Element, um ein kostengünstiges Verfahren mit möglichst geringem Aufwand zu gewährleisten und dadurch auch einen Anreiz für Geschädigte zu setzen, sich an dem Verfahren zu beteiligen, ist das beim

Bundesamt für Justiz zu errichtende elektronische Klageregister konzipiert; dementsprechend nennt die Gesetzesbegründung das elektronische Klageregister ein „Kommunikationsmedium und eine niederschwellige Informationsquelle“. Hierüber soll den Geschädigten sowohl die Möglichkeit eröffnet werden, ihre Ansprüche selbst anzumelden und damit ihre Rechte zu wahren, als auch alle für sie relevanten Informationen bereitgestellt werden. Der Datenabruf über das Klageregister ist gemäß § 610 auch gebührenfrei.<sup>28</sup>

Da das Verfahren für den Anmelder kostengünstig sein soll, besteht auch kein Anwaltszwang und er soll seine Ansprüche selbst zum Klageregister anmelden können, wobei bzgl. der Anforderungen an die Anmeldung in der Begründung zu § 609 auf § 253 ZPO – Anforderungen an eine Klageschrift – verwiesen wird.<sup>29</sup> Soll der Anmelder ansonsten risikolos gestellt werden, so liegt hier allerdings das Risiko einer evtl. unwirksamen Anmeldung mit ggf. erheblichen Folgen für seine Ansprüche vollständig beim geschädigten Anmelder; auch eine Art von Schlüssigkeits- oder Vollständigkeitsprüfung o.ä. von Amtswegen ist nicht vorgesehen.<sup>30</sup>

Die im Register eingestellten Daten sollen drei Jahre nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens gespeichert bleiben, damit die Anmelder binnen der regelmäßigen Verjährungsfrist i.R.e. Folgeprozesses den für die Bindungswirkung i.S.v. § 614 notwendigen Nachweis ihrer Anmeldung erbringen können.

#### **e. Kein geeignetes Instrument in Bezug auf Streuschäden**

Der Entwurf erhebt den Anspruch, die Durchsetzung von allen massenhaft auftretenden Schadensfällen zu verbessern. Er bezieht sich dabei nicht nur auf die sogenannten Massenschäden, sondern ebenso auf kleine Bagatell- oder Streuschäden, deren Durchsetzung durch den einzelnen Geschädigten sein sogenanntes rationales Desinteresse entgegensteht.<sup>31</sup> Wenn aber bereits der Durchsetzung eines kleinen Streuschadens das rationale Desinteresse des Geschädigten entgegensteht, weil das Kosten-Nutzen-Verhältnis schon bei einer Individualklage außer Verhältnis steht,

wird diese Kosten-Nutzen-Relation bei einem zweistufigen Klageverfahren zwangsläufig kaum günstiger ausfallen können. Eine Verbesserung der Durchsetzung von Streuschäden wäre hier allenfalls über den Weg von Vergleichsschlüssen denkbar. Doch hierfür wäre die Schaffung eines Musterklageverfahrens überhaupt nicht notwendig, da für qualifizierte Einrichtungen i.S.d. UKlaG bereits Möglichkeiten zu gerichtlicher Vertretung und folglich zur Aushandlung von Vergleichen gerade im Bereich sogenannter Streuschäden bereits bestehen. Das in den Entwürfen ausgestaltete zweistufige Musterfeststellungsverfahren ist gerichtet auf die Feststellung von anspruchsbegründenden Tatsachen und Rechtsverhältnissen, die sodann eine erleichterte Durchsetzung der individuellen Ansprüche mittels einer Leistungsklage ermöglichen sollen. Bei den gängigen Streuschäden, wie bei den hier oft angeführten Beispielen überhöhter Gebührenabrechnungen oder Schadensersatzzahlungen für Flugverspätungen, ist i.d.R. weder über umfangreiche Tatsachen Beweis zu erheben noch sind komplexe Rechtsverhältnisse zu klären; das Problem hier ist letztlich allein die Durchsetzung, folglich bedarf es hierfür anderer Instrumente als einer Musterfeststellungsklage.<sup>32</sup>

#### **f. Mögliche Interessenkonflikte zwischen Kläger und Anmeldern und offene Fragen**

Letztendlich lassen die Entwürfe offen, was ihr Ziel ist bzw. was am Ende des vorgeschlagenen Musterfeststellungsverfahrens idealerweise stehen sollte: Ein – rechtssicheres – Urteil oder ein – finanziell lukrativer – Vergleich.

So sind u.a. die Bestimmungen über den Vergleichsschluss aus dem KapMuG überentnommen. Doch im Unterschied zum KapMuG führt hier kein Musterkläger die Klage, sondern eine anspruchsberechtigte Stelle i.S.v. § 3 UKlaG bzw. nach dem Diskussionsentwurf allein ein Verbraucherverband. Das bedeutet aber, dass bei einer solchen Verbandsklage die Interessen zwischen Kläger und – geschädigten – Anmeldern in Bezug auf den Verfahrensausgang ggf. auch nicht kongruent sein müssen: Während die Interessen der Geschädigten in erster Linie auf rasche

Erlangung von Schadensersatz gerichtet sind, dürfte das Interesse des klageführenden Verbandes vor allem auf gerichtliche Entscheidung des von ihm betriebenen Musterverfahrens, auf Herbeiführung einer Präzedenzrechtsprechung gerichtet sein.<sup>33</sup>

Im Hinblick auf diese Interessenlagen und von der Logik des zweistufigen Verfahrens her, wo zunächst die Anspruchsgrundlagen festgestellt und sodann in individuellen Leistungsklagen die Ansprüche geklärt werden, läge es folglich näher, dass die qualifizierte Einrichtung zunächst ein Musterfeststellungsurteil herbeiführt und sodann einen Vergleich für die Anmelder aushandelt, um diesen auch individuelle Leistungsklagen zu ersparen. Eine solche Möglichkeit ist in den Entwürfen nicht vorgesehen.

- 1| Vgl. PM des BMJV v. 31. Juli 2017, abrufbar unter <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Musterfeststellungsklage.html>
- 2| Empfehlung der EU Kommission vom 11.Juni 2013, vgl. NZV 2017, 14. Teil i.R.d. Refit-Programms in Bezug auf das Verbraucherrecht ist gegenwärtig die Initiative „A New Deal for Consumers – revision of the Injunctions Directive“ [http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=59332](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332).  
Diskutiert wird hierbei z.B. die Möglichkeit, eine Unterlassungsklage mit einer Leistungsklage zu verbinden; bezogen auf eine Umsetzung ins deutsche Unterlassungsklagengesetz würde das jedoch bedeuten, in einem Urteil müsste neben der Feststellung der rechtswidrigen Geschäftspraktik auch ein Leistungsanspruch auf Schadensersatz tenoriert werden. Dieser müsste notwendigerweise konkretisiert sein im Hinblick auf die Benennung jedes einzelnen Anspruchsberechtigten sowie seiner exakten Schadensersatzsumme. Ob dies dann eine geeignete Möglichkeit auch zur Bewältigung von Massenschäden sein würde, erscheint jedenfalls fraglich, so dass hierüber die Diskussion noch eher separat zu führen sein wird.
- 3| Vgl. z.B. Kranz, Dagmar: Der Diskussionsentwurf zur Muster-Feststellungsklage – ein stumpfes Schwert?, in: NZG 2017, 1099 und Halfmeier, Axel: Musterfeststellungsklage: Nicht gut, aber besser als nichts, in: ZRP 2017, 201, m.w.N.
- 4| Vgl. Eckpunkte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion für eine Musterfeststellungsklage für Verbraucher vom 30.November 2016 <https://www.cducsu.de/presse/pressemitteilungen/musterfeststellungsklage-bei-massenschaden-fuer-verbraucher-offnen>.

- 5) Die Mindestzahl von zehn Geschädigten orientiert sich am KapMuG, danach hat nach § 6 Absatz 1 Satz 1 das Eingangsgericht „durch einen Vorlagebeschluss eine Entscheidung des im Rechtszug übergeordneten Oberlandesgerichts über die Feststellungsziele gleichgerichteter Musterverfahrensanträge herbeizuführen, wenn innerhalb von sechs Monaten nach der ersten Bekanntmachung eines Musterverfahrensantrags mindestens neun weitere gleichgerichtete Musterverfahrensanträge bekannt gemacht wurden.“
- 6) Eine Begrenzung auf Ansprüche von Verbrauchern ergibt sich auch bereits aus der Begrenzung der Klagebefugnis im Diskussionsentwurf – im Gegensatz zum Referentenentwurf – allein auf qualifizierte Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG, die (nur) zur Durchsetzung von Verbraucherschützenden Normen berechtigt sind (Verbraucherschutzverbände), durch Streichung des § 607 Nr.2 RefE. Ob der in der in § 606 Satz 1 Diskussionsentwurfs eingeführte Begriff „Verbraucher“ dem Verbraucherbegriff des § 13 BGB folgen soll, lässt die Begründung offen. Da sich die Definition des § 13 BGB allein auf Rechtsgeschäfte des Verbrauchers bezieht, wirft z.B. Halfmeier zudem die Frage auf, ob danach deliktische Ansprüche des Verbrauchers überhaupt vom Anwendungsbereich der Musterfeststellungsklage nach dem Diskussionsentwurf umfasst wären; vgl. Halfmeier aaO. S 202. Da nach h. M. bereits die Anbahnung eines Rechtsgeschäfts von § 13 BGB umfasst sowie § 13 analog z. B. auf § 242 a BGB, der an einen Realakt anknüpft (unbestellte Ware), anzuwenden sein soll, erscheint jedoch unklar, wo hier von Schutzlücken im Verhältnis Verbraucher und Unternehmer auszugehen sein sollte (vgl. MüKo-Micklitz/Purnhagen § 13 Rz. 84).
- 7) „Die Gründe dafür, dass die qualifizierten Einrichtungen und auch die Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern von der ihnen durch den Gesetzgeber eingeräumten Klagebefugnis praktisch keinen Gebrauch machen, liegen auf der Hand. (...) Die als Prozessgegner in Betracht kommenden Unternehmen sind in der jeweils aufgestellten örtlichen Industrie- und Handelskammer oder Handwerkskammer Mitglied. Die Wahrnehmung der Klagebefugnis wird als Eingriff in die Neutralitätspflicht der Kammern (vgl. dazu OVG NRW, Beschluss v. 26.05.2010 – 17 A 2617/08, juris) verstanden. Geht der Rechtsstreit zu Lasten der Kammer aus, wird sie sich dem Vorwurf aussetzen, mit ihrem Vorgehen in den freien Wettbewerb eingegriffen zu haben.“ Vgl. Stellungnahme des Dt. Anwaltvereins (DAV) zum Referentenentwurf (Stellungnahme Nr.: 14/2017) S.4f.  
Im Unterschied zum UKlaG sieht der Referentenentwurf jedoch keine Klagebefugnis für „rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen“ gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG vor.
- 8) „Qualifizierte Einrichtungen“ sind gem. § 4 Absatz 2 UKlaG „rechtsfähige Vereine (...), zu deren satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, Interessen der Verbraucher durch nicht gewerbsmäßige Aufklärung und Beratung wahrzunehmen“. Sie haben ferner eine Reihe von Voraussetzungen zu erfüllen, die eine sachgerechte Aufgabenwahrnehmung garantieren, und werden vom Bundesamt für Justiz gelistet. Gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 UKlaG wird „unwiderleglich vermutet“, dass die staatlich geförderten Verbraucherzentralen diese Voraussetzungen erfüllen. Zu der Folgefrage, ob die Klagebefugnis damit auf gelistete inländische Vereine zu beschränken ist vgl. Winkelmeier-Becker, Elisabeth / Dietsche, Hans-Jörg: Die Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes für Verbraucher in der rechtspolitischen Diskussion, in: ZG 1/2018, 47, 58.
- 9) Ferner wird im Diskussionsentwurf die erforderliche Anzahl der Betroffenen – zehn, 50 oder 100 – „zur Diskussion“ gestellt.

- 10] *Der gewählte Weg einer Anmeldung der Ansprüche zu einem Klageregister, die in Bezug auf das Musterfeststellungsverfahren Bindungswirkung in Bezug auf die Feststellungsergebnisse auslöst und verjährungshemmend wirkt, ist dem KapMuG (§ 10 Absatz 2) nachgebildet, allerdings mit dem entscheidenden Unterschied, dass der Anmelder hiermit im Unterschied zum KapMuG nicht zum Streitbeteiligten wird.*
- 11] *Als Maßstab für die Anforderungen an eine Anmeldung wird in der Begründung auf § 253 ZPO verwiesen: „Die Anforderungen an die Bezeichnung des Anmelders, des Beklagten sowie des geltend gemachten Anspruchs bzw. des betroffenen Rechtsverhältnisses entsprechen denjenigen an eine Klageschrift gemäß § 253 Absatz 2 ZPO. Absatz 2 stellt damit sicher, dass der Beklagte eines Musterfeststellungsverfahrens über die Identität der Anmelder Kenntnis erlangen kann.“*
- 12] *Die Entwürfe enthalten dafür eine Ergänzung von § 204 Absatz 1 BGB um einen neuen Tatbestand für die Verjährungshemmung in einer neuen Ziffer 6b: „die Anmeldung eines Verbrauchers zu einem Musterfeststellungsverfahren für darin bezeichnete Ansprüche, soweit diesen der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegt wie den Feststellungszielen der Musterfeststellungsklage.“*  
*Diese Vorschrift orientiert sich an Nr. 6a, die die Verjährungshemmung im KapMuG-Verfahren regelt. Im Unterschied zu Nr. 6a, wo auf die Zustellung der Anmeldung abgestellt wird, genügt vorliegend schon die Anmeldung zum elektronischen Klageregister allein.*
- 13] *Nicht erfasst hiervon wäre allerdings der Fall einer parallelen Anmeldung der Ansprüche in einem Musterfeststellungsverfahren nach KapMuG: § 614 Abs. 1 Satz 2 betrifft nur die Fälle einer parallelen Individualklage, nicht aber einer Streitbeteiligung an einem anderen Verfahren, etwa als Anmelder an einem KapMuG-Verfahren. Denn § 611 Abs. 1 (Ausschluss einer weiteren Musterfeststellungsklage) bezieht sich nach der Begründung nur auf Musterfeststellungsklagen nach vorliegendem Entwurf durch klagebefugte Stellen (qualifizierte Einrichtungen i.S.v. § 4 UKlaG), ebenso schließt § 611 Abs. 3 für die Anmelder nur die Streitbeteiligung an der Musterfeststellungsklage der klagebefugten Stelle aus. In Prospekthaftungsfällen zulasten von Kleinanlegern erschiene zur Durchsetzung dieser Verbraucherinteressen eine Klageerhebung durch eine qualifizierte Einrichtung nicht ausgeschlossen bzw. ein Kleinanlegerschutzverband könnte ggf. die Voraussetzungen des § 4 UKlaG zur Registrierung als qualifizierter Einrichtung erfüllen. Folglich wären hier parallele Musterfeststellungsklagen einer qualifizierten Einrichtung sowie eines Geschädigten als Musterkläger nach KapMuG denkbar, und geschädigte Verbraucher wären nicht gehindert, ihre Ansprüche parallel zu den Klageregistern beider Musterfeststellungsverfahren anzumelden. Eine Konkurrenz beider Instrumente kann jedenfalls nicht dem gesetzgeberischen Willen entsprechen.*
- 14] *Vgl. die Begründung zu § 611 Absatz 3: „Sie [= die Anmelder] haben zwar ein rechtliches Interesse am Ausgang des Musterfeststellungsverfahrens, weil die Entscheidung mittelbar auf ihre privatrechtlichen Verhältnisse mit dem Beklagten einwirkt. Im Interesse eines effektiven Verfahrens und zum Schutz der Dritten ist aber eine Begrenzung der Verfahrensbeteiligten unerlässlich. Nachteilige Wirkungen können sich damit für die Verbraucherinnen und Verbraucher aus dem Musterfeststellungsverfahren nicht ergeben.“*
- 15] *§ 608 Abs. 3: „Das Gericht veranlasst die öffentliche Bekanntmachung von Terminbestimmungen und Zwischenentscheidungen im Klageregister, wenn dies zur Information der Betroffenen über den Fortgang des Verfahrens erforderlich ist. Personenbezogene Daten werden nicht öffentlich bekannt gemacht.“*



- 16| Gemäß § 609 Absatz 1 ist die Anmeldung von zum Klagerregister bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz, auf die die Verkündung des Urteils folgt, oder bis zur öffentlichen Bekanntmachung eines gerichtlich genehmigten Vergleichs im Klagerregister möglich. Nach Absatz 3 ist die Rücknahme einer Anmeldung jederzeit möglich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die die Verkündung des Urteils folgt.
- 17| Im Unterschied zum KapMuG: „Der Beigeladene ist wie der Nebenintervenient (§ 66 ZPO) nicht Partei des Rechtsstreits. Aus der Besonderheit, dass der Beigeladene im Gegensatz zum Nebenintervenienten Beteiligter seines eigenen Rechtsstreits ist, folgt, dass er nicht als Dritter angesehen und daher nicht als Zeuge oder Sachverständiger vernommen werden kann. Insoweit sind die Grundsätze der streitgenössischen Nebenintervention anzuwenden.“ Vorwerk/Wolf, KapMuG/Lange KapMuG § 12 Rz. 8
- 18| so muss der Vergleich Regelungen enthalten über die auf die Anmelder entfallenden Leistungen, die von ihnen zu erbringenden Nachweise der Leistungsberechtigung, die Fälligkeit der Leistungen sowie über die Aufteilung der Kosten.
- 19| Mit der förmlichen Zustellung und der Möglichkeit zum Austritt aus dem Vergleich binnen einer Bedenkfrist wird den Anmeldern rechtliches Gehör gewährt; die Möglichkeit einer Kenntnisnahme allein über das elektronische Klagerregister würde diesem Erfordernis wohl kaum genügen können.
- 20| Auch diese Regelung ist aus dem KapMuG übernommen. Hiernach wird ein Vergleich wirksam, wenn ihn mindestens 70% der Anmelder mittragen (bzw. gemäß § 17 Absatz 1 Satz 4 KapMuG weniger als 30% austreten). Diese Limitierung wurde erst i. R. d. Novellierung des KapMuG von 2012 aufgenommen, dafür aber der Vergleich unter einen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt gestellt. Das KapMuG i.d.F. von 2005 sah in § 14 Absatz 3 Satz 2 noch die Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten (sämtlicher Anmelder) vor, was einen Vergleich erschwerte. Im Unterschied zum KapMuG sind die Anmelder vorliegend jedoch keine Verfahrensbeteiligte und ihre Verfahrensherrschaft und die Gewähr rechtlichen Gehörs beschränkt sich ansonsten - d.h. im streitigen Verfahren, das mit einem sie bindenden Urteil endet - allein auf die Entscheidung über eine (rechtzeitige) Anmeldung bzw. Rücknahme der Anmeldung zum Klagerregister (s.u. II.2.). D.h., im Hinblick auf den Vergleichsschluss scheint der Diskussionsentwurf offenbar einen anderen Maßstab zugrunde zu legen, wenn er hierfür dieselben, Zustimmungserfordernisse wie nach dem KapMuG vorsieht.
- 21| Die einzigen Kosten für den Anmelder im Musterfeststellungsverfahren bestehen in der Gebühr für die Anmeldung zum Klagerregister, für die gemäß § 15b-RefE Justizverwaltungs-kostengesetz-E /Anlage eine Höhe von 10,- Euro vorgesehen ist.
- 22| Damit wäre zugleich die Schwelle für die individuelle Rechtsverfolgung deutlich abgesenkt, da z.B. für eine Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe durch den Kläger i.d.R. keine größeren Hürden mehr zu überwinden sein dürften. Eine weitere niedrigschwellige Möglichkeit für den Verbraucher, im Anschluss an ein Musterfeststellungsurteil seinen Anspruch durchzusetzen, böte ggf. ein Schlichtungsverfahren nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (Umsetzung der ADR-Richtlinie), wo er einen kostenlosen Schlichtungsanspruch zu seinen Gunsten erhalten könnte. Wenngleich das Unternehmen hieran nicht gebunden ist, könnte dies dennoch in vielen Fällen ein Weg zur Feststellung der individuellen Kausalität und Schadenshöhe und damit zu einer gütlichen Beilegung ohne den Klageweg sein. Vgl. zur Diskussion bzgl. Verzahnung VSBG und kollektiver Rechtsschutz Frank, Tobias / Henke, Sebastian / Singbartl, Jan: Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz – Auswirkungen auf den kollektiven Rechtsschutz? in: VuR 2016, 333, 340.

- 23] *Vgl. zur Problematik in Bezug auf das KapMuG-Verfahren: „Bedenkt man, dass bei einem Massenverfahren mit einer unüberschaubaren Anzahl von mehreren Hundert oder gar Tausenden von Klägern, die überwiegende Zahl von ihren Rechten der Teilnahme am Musterverfahren tatsächlich Gebrauch machen könnte, sind Zweifel an der Effektivität des gewählten Modells angebracht. Der Gesetzgeber gewährt den Beigeladenen auf der einen Seite umfangreiche formale Rechte, geht aber offensichtlich stillschweigend davon aus, dass von diesen Rechten allenfalls maßvoll Gebrauch gemacht wird. Jene Überlegung ist rechtspolitisch zumindest fragwürdig, zumal die den Beigeladenen formal eingeräumten Befugnisse materiell mit „Hürden“ ausstaffiert werden. So werden z.B. gemäß § 10 Satz 4 KapMuG Schriftsätze den Beigeladenen nur auf besondere schriftliche Anforderung übermittelt. Ob die getroffenen Regelungen noch den Mindestanforderungen an die Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 GG genügen, um die Bindungswirkung des Musterentscheids rechtfertigen zu können, erscheint zweifelhaft.“*  
*Lange, Sonja in Vorwerk, Volkert / Wolf, Christian: Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) – Kommentar, München 2007: § 8 Rz. 1-2*
- 24] *Die Art der rechtlichen Beziehung zwischen Anmelder und Kläger (Verband) bleibt letztlich offen. Darauf, dass die Anmeldung selbst bzw. die Stellung der Anmelder von den prozess- wie materiellrechtlichen Wirkungen her – Bindungswirkung und Verjährungshemmung – an eine Streitverkündung ohne Verfahrensbeitritt gem. § 74 Absatz 2 ZPO erinnert, wurde bereits hingewiesen, vgl. Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) Nr. 32 v. Oktober 2017 zum Diskussionsentwurf, Ziffer 3.*
- 25] *Vgl. Begründung zu § 614 RefE: „Der Anspruch der betroffenen Anmelder auf Gewährung rechtlichen Gehörs erfordert allerdings, dass sich die Bindungswirkung lediglich dann ergibt, wenn sich die Anmelder auf das Musterfeststellungsurteil berufen (Absatz 1 Satz 1). Denn mangels Beteiligung am Musterfeststellungsverfahren können die Anmelder keinen Einfluss auf Gestaltung und Fortgang des Musterfeststellungsverfahrens nehmen.“*
- 26] *Vgl. Begründung zu § 614: „Der Anspruch der Anmelder auf rechtliches Gehör bleibt in jedem Fall gewahrt, weil es ihrer freien Entscheidung obliegt, ob sie sich an dem Musterfeststellungsverfahren beteiligen möchten. Denn hierdurch werden die prozessualen Möglichkeiten der Rechtsverfolgung ausschließlich erweitert.“*
- 27] *Ob eine unterschiedliche Bindungswirkung des Feststellungsurteils letztlich eine Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit darstellt, erscheint nach den vom BVerfG hergeleiteten Grundsätzen wohl nicht per se unterstellt werden zu können, vgl. BVerfG v. 25. Juli 1979, 2 BvR 878/74: „Grundsätzl. Waffengleichheit im Prozeß und gleichmäßige Verteilung des Risikos am Verfahrensausgang sind verfassungsrechtl. gebotene Erfordernisse des Gleichheitssatzes (...) wie auch des Rechtsstaatsprinzips. (...) „Waffengleichheit“ als Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes ist im Zivilprozeß zu verstehen als die verfassungsrechtlich gewährleistete Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter, der - auch im Blick auf die grundrechtlich gesicherte Verfahrensgarantie aus Art. 103 I GG - den Prozeßparteien im Rahmen der Verfahrensordnung gleichermaßen die Möglichkeit einzuräumen hat, alles für die gerichtliche Entscheidung Erhebliche vorzutragen und alle zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel selbständig geltend zu machen. (...). Darüber hinaus lassen sich aus der so verstandenen prozessualen „Waffengleichheit“ für das zivilprozeßrechtliche Erkenntnisverfahren mit seiner von der jeweiligen Beweislage und den geltenden Beweisregeln abhängigen Verteilung des Risikos am Verfahrensausgang keine verfassungsrechtlichen Folgerungen herleiten.“*

- 28| *Bezüglich einer Regelung des Datenabrufs jeweils für Gericht, Prozessparteien und Anmelder sowie die Öffentlichkeit bzw. potentielle Anmelder enthält § 610 eine Verordnungsermächtigung für das BMJV. § 610 orientiert sich weitgehend an § 4 Absatz 5 KapMuG, allerdings mit dem Unterschied, dass auch gestufte Zugriffsrechte geregelt werden müssen, da das Klageregister im Unterschied zum KapMuG auch als Kommunikationsinstrument dienen soll.*
- 29| *„Die Anforderungen an die Bezeichnung des Anmelders, des Beklagten sowie des geltend gemachten Anspruchs bzw. des betroffenen Rechtsverhältnisses entsprechen denjenigen an eine Klageschrift gemäß § 253 Absatz 2 ZPO. Absatz 2 stellt damit sicher, dass der Beklagte eines Musterfeststellungsverfahrens über die Identität der Anmelder Kenntnis erlangen kann. Zudem ermöglicht die genaue Bezeichnung des potentiellen Streitgegenstandes den Parteien und Gerichten im späteren Verlauf eine Prüfung, ob die Verjährung gemäß § 204 Absatz 6b BGB-E gehemmt wurde.“*
- 30| *Vgl. Stellungnahme des Dt. Anwaltvereins (DAV) zum Referentenentwurf (Stellungnahme Nr.: 14/2017) S. 10: „Der (...) Verzicht auf den Anwaltszwang im Rahmen der Anmeldung von Ansprüchen wiegt den Laien in der Idee, er könne seine Worte so formulieren, „wie dem Volk der Schnabel gewachsen ist“. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den Anforderungen der Konkretisierung des Anspruchs im Güteverfahren (BGH, Urt. v. 18.Juni 2015 – III ZR 198/14, BGHZ 206, 41, 48 f, juris, Tz. 20 ff), wird den Anmelder alsdann „aus den Träumen reißen“, weil jene Rechtsprechung Anforderungen stellt, die der normale Verbraucher nur mit Hilfe eines Anwalts erfüllen kann.“*
- 31| *Zur Abgrenzung Streu- und Massenschäden vgl. Winkelmeier-Becker/Dietsche aaO. S. 52.*
- 32| *Vgl. hierzu Winkelmeier-Becker / Dietsche aaO. S. 54.*
- 33| *So ist es jedenfalls nicht nur hypothetisch, dass ein Musterfeststellungsverfahren z.B. nur wenig mehr als die zehn für die Zulässigkeit der Klage glaubhaft zu machenden Geschädigten betrifft, und diese dann alle ihre erfolgte Anmeldung - ggf. in Erwartung einer ungünstigen Entscheidung - vor dem Urteil rechtzeitig zurücknehmen; damit könnte der klagende Verband ggf. ein Musterfeststellungsurteil erwirken, dass aber in seiner - nicht nur - rechtlichen Wirkung komplett losgelöst wäre in Bezug auf die eigentlichen Geschädigten und deren Ziele.*

## Die Ausgestaltung einer Musterfeststellungsklage als Instrument zur Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes für Verbraucher

*Elisabeth Winkelmeier-Becker\**

### Zusammenfassung des Herausgebers

Elisabeth Winkelmeier-Becker stellt in ihrer Abhandlung heraus, inwiefern durch die Einführung einer Musterfeststellungsklage das Prinzip vom „mündigen Verbraucher auf Augenhöhe [mit dem Anbieter]“ in Anbetracht immer komplizierter werdender Vertrags- und Geschäftsbedingungen gewährleistet werden könnte. Eingangs weist sie dabei nochmals darauf hin, dass eine differenzierte Debatte ohne Pauschalargumentation von jedweder Seite von Nöten sei. Leitender Gedanke müsse die umfassende Effektivierung vieler gleichgelagerter Schäden sein. Relevante Tatsachen sollen einmal festgestellt werden und somit sowohl den Verbrauchern als auch den Unternehmen, aber auch der Justiz, Zeit, Aufwand und Geld sparen.

### Einleitung

Zunehmend betreffen schädigende Ereignisse eine größere Anzahl von Geschädigten. Die voranschreitende Entwicklung digitaler Geschäftsmodelle hat daran einen großen und zukünftig weiter wachsenden Anteil; so kann z.B. ein einzelner Softwarefehler bei hunderttausenden Anwendern Schäden verursachen, wie es am VW-Abgasskandal und den weiteren Abgas- bzw. Auto-Skandalen seitdem deutlich wurde. Ein Fehler der Hardware kann, wie jüngst bei Computerchips, gar zu Sicherheitslücken

\* *Elisabeth Winkelmeier-Becker MdB ist Richterin am Amtsgericht a.D. und rechts- und verbraucherpolitische Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion.*

und Schäden bei Millionen, wenn nicht Milliarden, von Geräten führen<sup>1</sup>. Dieser Befund lässt eine Ausweitung kollektiver Rechtsschutzinstrumente geboten erscheinen.

Das Verbraucherleitbild der Union geht vom „mündigen Verbraucher auf Augenhöhe“ aus – vom Verbraucher, der auf Augenhöhe mit seinem Vertragspartner, dem Anbieter, steht. Hier ist anzuerkennen, dass es zunehmend Fallgestaltungen und Strukturen gibt, in denen auch der durchschnittlich informierte und selbstverantwortlich handelnde Verbraucher überfordert ist. Wo relevante Fakten in einem Wust an Informationen untergehen, spezifisches Vorwissen voraussetzen oder schlicht kaum lesendlich dargeboten werden – man denke etwa an die allgemeinen Geschäftsbedingungen und Datenschutzerklärungen, die, per Klick zu akzeptieren, jedem notwendigen Update eines Smartphones oder Herunterladen einer App vorausgehen – darf der Verbraucher nicht allein gelassen werden. Diese Augenhöhe mit den Anbietern komplexer, auch digitaler Leistungen herzustellen, ist eine der zentralen aktuellen Herausforderungen der Rechts- und Verbraucherpolitik. In diesem Kontext ist auch die Effektivität des Rechtsschutzes stets ein Thema und wird dies auch noch weiter bleiben.

## **1. Die aktuelle Debatte über den kollektiven Rechtsschutz**

Zu diesen erkennbaren Herausforderungen und Debatten trat ab 2015 der auch medial sehr präsente Fall des „VW-Abgasskandals“ hinzu, der dem Ruf nach Einführung von Sammelklagen oder Musterfeststellungsklagen – die Begriffe gehen in der medialen Diskussion hier oft etwas durcheinander – einen deutlichen Widerhall gab und aktuell gibt. Nicht zuletzt deshalb, weil der „VW-Abgasskandal“ den äußeren Anlass bildete, dass sich auf Sammelklagen spezialisierte US-Kanzleien demonstrativ und werbewirksam mit Büros in Deutschland niedergelassen haben. Der Verweis auf die aktuellen Sammelklagen von VW-Kunden in den USA und hohe Vergleichssummen, die die Kläger dort zugesprochen erhielten, wurde zum Standardargument auf beiden Seiten: Für die Abwehrhaltung besorgter Unternehmen gegen solche Kollektivklagen ebenso wie für

die Forderung vieler Verbraucher, die den US-amerikanischen Verbraucherschutz plötzlich zum Vorbild erheben wollten (nachdem angebliche Mängel des Verbraucherschutzes in der aufgeregten Diskussion um TTIP eines der wesentlichen Argumente der Gegner gegeben hatten).

Die Debatte zwischen den Gegnern und den oft genauso pauschal argumentierenden Befürwortern hat sich daher mittlerweile zugespitzt. Vereinfachte, holzschnittartige Argumentationsmuster sind einem sachlichen Diskurs über ein Für und Wider kollektiver Rechtsschutzinstrumente und deren möglicher Ausgestaltung allerdings nicht dienlich.

Die Befürworter wecken gerade angesichts der Auto-Skandale gerne den Anschein, der Verbraucher sei bisher ein rechtloser Spielball von Konzerninteressen gewesen und eine Sammelklage jetzt ein Allheilmittel. Für die konkrete Situation der VW-Kunden wurde dabei oft geflissentlich übersehen, dass der Vorschlag aus dem Bundesjustizministerium vom Dezember 2016, ebenso wie der „Diskussionsentwurf“ vom Juli 2017, als Zeitpunkt des Inkrafttretens „24 Monate nach Verkündung des Gesetzes“ vorsahen und damit den Betroffenen selbst bei schnellstmöglicher Umsetzung dieser Vorschläge also aktuell nicht geholfen hätte. Unerwähnt blieb zumeist auch, dass es durchaus etliche Klagen geschädigter VW-Besitzer vor deutschen Gerichten gibt, die sich gegen die jeweiligen Händler, aber auch gegen den Herstellerkonzern richten. Ausarbeitungen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sowie des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages befassen sich mit möglichen Anspruchsgrundlagen, die von den Gerichten zu klären sein werden. Das zeigt: Rechtsschutz steht auch heute bereits jedem Geschädigten offen, niemand ist auf die Einführung einer neuen Klageform angewiesen. Wo Ansprüche auf Gewährleistung oder vertraglichen oder deliktischen Schadensersatz bestehen, können sie auch gerichtlich geltend gemacht und selbst gegen „Konzerne“ durchgesetzt werden.

Aus Sicht der Gegner stehen Sorgen vor drohenden „amerikanischen Verhältnissen“ mit einer Klageindustrie, wie sie unserer Rechtsordnung fremd ist, und Befürchtungen, eine Vielzahl von Aufsichts- und Klage-

regimen könne nun zu Abmahn- und Klagewellen führen, im Vordergrund. Diese Sorgen sind grundsätzlich verständlich und ernst zu nehmen. Sie sind aber nicht notwendig und per se mit einer Musterfeststellungsklage verbunden. Hier kommt es auf kluge Differenzierung an, welche Regelungen einen prozessualen Mehrwert ermöglichen, und welche mit unserem deutschen Rechtssystem und der Zielsetzung eines effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbar sind.

Dazu muss die Debatte losgelöst von einer medialen Skandalberichterstattung betrachtet und geführt werden. Und schließlich sind bei der Diskussion über eine Ausweitung des kollektiven Rechtsschutzes für Verbraucher die europäischen Entwicklungen in den Blick zu nehmen: 2013 hat die EU-Kommission eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten gerichtet, ein innerstaatliches kollektives Rechtsschutzsystem zu erarbeiten.<sup>2</sup> Auf diese Forderung, die wiederum mit entsprechenden Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten und damit innerhalb des Binnenmarktes zusammenhängt, werden wir in Deutschland früher oder später ohnehin eine Antwort finden müssen, zumal im Rahmen einer anstehenden Novellierung der Unterlassungsklagen-Richtlinie. Noch für das erste Quartal 2018 hat die EU-Kommission Vorschläge hierfür angekündigt – auch eine Ausweitung der bestehenden Verbandsklagerechte auf Unterlassung nach der Unterlassungsklagen-Richtlinie um zusätzliche Leistungsklagen, d.h. auf Schadensersatz für die Geschädigten, wird diskutiert.<sup>3</sup> Hier wird, erst recht nach entsprechenden Äußerungen aus der EU-Kommission im Hinblick auf die Abgas-Skandale, abzuwarten sein, wie sich die Kommission positionieren wird.<sup>4</sup>

## **2. Neue prozessuale Instrumente müssen sich an konkreten Schutzlücken orientieren: Der Umgang mit Massenschäden**

Entscheidend für die Einführung neuer zivilprozessualer Instrumente ist daher, ob und wo Schutzlücken in der Durchsetzung von Verbraucherrechten bestehen.

Dabei ist zu differenzieren, von welcher Kategorie von Schäden, die eine große Zahl von geschädigten Verbrauchern betreffen, gesprochen werden muss; hier sind Massenschäden von sogenannten Streuschäden zu unterscheiden.

Beim Thema Massenschäden ist bislang vor allem an Großereignisse, wie ein Zug- oder Flugzeugunglück und die Schadensersatzklagen der Opfer und Hinterbliebenen zu denken, aber auch an die wiederholten Auto-Skandale in dieser Wahlperiode. Hier sind zum Teil etliche Personen in gleichartiger Weise von erheblichen Schäden betroffen. Ungeachtet der Frage, ob und in welchem Umfang Gewährleistung oder Schadensersatz geltend gemacht werden kann, haben solche Konstellationen in der Vergangenheit deutlich vor Augen geführt, welche Dimensionen hier in Frage stehen. Und es wird deutlich, dass bei einer solchen Vielzahl an potentiell Geschädigten die Kapazitäten der Justiz sofort an ihre Grenzen stoßen: beim Thema Softwaremanipulation bei Volkswagen etwa sind über 2,5 Millionen Kraftfahrzeuge betroffen, damit zugleich eine in die Millionen gehende Anzahl von potentiell geschädigten Fahrzeughaltern. Hier wird ohne weiteres deutlich, dass eine einigermaßen zeitnahe gerichtliche Aufarbeitung durch einzelne Gerichtsverfahren kaum möglich, jedenfalls nicht sinnvoll wäre: Sonst drohen unterschiedliche Gerichtsstände, abweichende Gutachten und Gerichtsentscheidungen in den Instanzen, die Klarheit unter Umständen erst Jahre später durch eine höchstrichterliche Entscheidung bringen; aber auch die ganz praktischen Belastungen an den einzelnen Gerichten, bei denen für jeden Fall eine Akte angelegt und das Verfahren mitsamt Zustellungen, Terminierungen, Wiedervorlagen etc. betrieben werden



muss und damit knappe Ressourcen bei Richtern und Geschäftsstellen beansprucht, schlagen zu Buche.

Auch wenn das deutsche Zivilprozessrecht auf dem Grundsatz des individuellen Rechtsschutzes beruht und diesen auch durch den ungehinderten Zugang zum Gericht gewährleistet, flankiert durch steuerfinanzierte Prozesskostenhilfe für weniger finanzstarke Rechtssuchende, ist zu konstatieren, dass ein Verfahren für den Einzelnen mit gewissen Hürden verbunden ist: Prozesskosten und Aufwand an Zeit und Nerven stellen Barrieren dar, gerade dann, wenn der Anspruch sowohl in tatsächlicher, als auch in rechtlicher Hinsicht unklar ist, oder wenn es für den Gegner, etwa den großen „Konzern“, um viel geht und schon deshalb ein Instanzenzug bis zum Bundesgerichtshof zu erwarten ist. Gleichwohl: Verzichtet der Geschädigte auf gerichtliche Hilfe, so wird er seinen Anspruch in vielen Fällen nicht durchsetzen können und letztlich den Eintritt der Verjährung hinnehmen müssen. Er steht daher faktisch vor der Wahl, den Anspruch fallen zu lassen, oder die Mühen und Risiken eines gerichtlichen Verfahrens auf sich zu nehmen.

Spiegelbildlich gilt das auch für die verklagten Unternehmen: Auch aus deren Perspektive ist eine Vielzahl unterschiedlicher Verfahren mit zusätzlichem Aufwand an Kosten und Zeit verbunden, der keinen erkennbaren Mehrwert beinhaltet.

Letztlich liegt es im allgemeinen Interesse an der Effizienz der Gerichtsverfahren, am sorgsamem Umgang mit den immer knappen Ressourcen der Justiz, hier zu anderen Lösungsansätzen zu kommen. Nicht zuletzt waren es deshalb auch die Justizminister der Länder, die im Juni 2017 parteiübergreifend die Möglichkeit kollektiver Streitentscheidung in solchen gleichgerichteten Fällen gefordert haben.<sup>5</sup>

Das zeigt: Die sinnvolle Zusammenfassung und schnelle Klärung der Haftung für gleichgelagerte Schäden liegt im allseitigen Interesse. Dazu braucht es einen Lösungsansatz, der den Betroffenen die Wahrung und Durchsetzung ihrer Rechte auf effektivere Weise ermöglicht.

Diesem Gedanken folgte bereits die Einführung der Musterfeststellungsklage im Jahr 2005 als neuem Instrument des kollektiven Rechtsschutzes in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten im Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) als Antwort auf die bis dahin nicht gekannte Vielzahl an geschädigten Kapitalanlegern, ausgelöst durch Streitigkeiten über die verlustreiche „Volksaktie“ Telekom, für die eine breite Streuung auch angestrebt worden war.

Der Aufbau des Musterfeststellungsverfahrens nach dem KapMuG fügt sich weitgehend in unser Zivilverfahrensrecht ein, indem es an Klagen einzelner Geschädigter anknüpft: Ab zehn gleichgerichteten Klagen ist gemäß § 6 Absatz 1 die Bündelung der Verfahren durch das Gericht und die Durchführung einer Musterfeststellungsklage möglich; dabei wird das Klageverfahren eines einzigen Klägers als Musterverfahren durchgeführt (§§ 9 i.V.m. 8 Absatz 1) und endet mit der Feststellung der für das schädigende Ereignis entscheidenden Tatsachen (§§ 16 Absatz 1 i.V.m. 2 Absatz 1); auf diese Feststellung können sich dann alle registrierten Geschädigten (die als Beigeladene am Verfahren teilnehmen) in ihren Klagen berufen (§ 22 Absatz 1). Die Gerichte können in der zweiten Stufe diese Feststellungen in den sich anschließenden individuellen Zahlungsklagen voraussetzen (§ 22 Absatz 4). In der gerichtlichen Praxis hat dieses zweistufige Verfahren allerdings zunächst nicht unbedingt zu einer Beschleunigung der Verfahren geführt, was nicht zuletzt das Telekom-Verfahren vor dem OLG Frankfurt zeigt,<sup>6</sup> in welchem im November 2016 erst nach vollen zehn Jahren (u.a. bedingt durch eine Teilaufhebung und Zurückverweisung durch den BGH) der Musterentscheid erging. Ein wesentlicher Grund dafür liegt in der Vielzahl an Prozessbeteiligten; auch die Beigeladenen können, obwohl selbst keine Prozesspartei, gemäß § 14 KapMuG alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und Anträge stellen.

Hinzu kommt, dass in den nachfolgenden Individualklagen das Gericht in Bezug auf die im Musterverfahren festgestellten Tatsachen, deren Kausalität für die im jeweiligen Fall eingetretene konkrete Höhe des geltend gemachten Schadens konkret nachweisen muss.

Mit diesem Verfahren hat der Gesetzgeber den Risiken und Auswirkungen des „Börsenbooms“ um die Jahrtausendwende, der Aktienkäufe zum ersten Mal in breiten Schichten populär machte, Rechnung getragen. Eine ähnliche Entwicklung mit großer Verbreitung von Produkten und dementsprechend großen Zahlen potentiell Geschädigter gewinnt zunehmend unter den Bedingungen der Digitalisierung Bedeutung: Da Software mehr und mehr alle Bereiche durchdringt und steuert, haben Softwarefehler oder gar Softwaremanipulation dementsprechend große Auswirkungen, gerade auch was die Anzahl der durch einen einzigen Fehler geschädigten angeht. Digitale Geschäftsmodelle über Apps und digitale Versandportale führen ebenfalls zu einer Vielzahl gleichgelagerter Vertragsbeziehungen zu Verbrauchern und im Fall eines Mangels oder rechtsgeschäftlichen Streitpunkts, etwa in Bezug auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, dann auch zu gleichgelagerten Ansprüchen. Für den einzelnen Geschädigten ist es dann in Anbetracht schwierig zu beurteilender Fragen, etwa der Kausalität für Mängel und Schäden, eine hohe Hürde, seine Ansprüche geltend zu machen und notfalls auch gerichtlich durchzusetzen. In dieser Hinsicht ist er dann nicht mehr „auf Augenhöhe“ mit dem Unternehmen, das selbst bei bestehenden Ansprüchen den Kunden bzw. Geschädigten auf den Rechtsweg verweist und damit auf dessen „rationales Desinteresse“ setzen kann: Die Kosten und der persönliche Aufwand zur Durchsetzung eines erlittenen materiellen Schadens vor Gericht wird laut einer empirischen Erhebung erst ab einer Schadenssumme von 1.950 Euro von einer knappen Mehrheit der Bürger nicht mehr gescheut.<sup>7</sup> Gerade bei ungewisser Rechtslage und einem als stark empfundenem Anspruchsgegner dürfte diese Schwelle oftmals noch höher liegen. Es erscheint richtig und geboten, diese faktische Schutzlücke zu schließen und über die Ausweitung der Musterfeststellungsklage für Massenschäden über Kapitalanleger und das KapMuG hinaus auf grundsätzlich alle Verbraucher nachzudenken.

### **3. Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung für den Bereich der Streuschäden**

Einen anderen Lösungsansatz braucht es für die Problematik sogenannter Streuschäden. Darunter werden eher geringe Schäden verstanden, die in der Regel aber eine Vielzahl von Verbrauchern betreffen und sich damit in der Summe zu bedeutenden Beträgen addieren können. Diese Problematik ist nicht neu, hat aber gerade unter den Bedingungen der Digitalisierung und vieler Angebote und Vertragsschlüsse via Internet – vom Billigflieger bis zum Stromanbieter – zunehmend Bedeutung erlangt. Bekannte Beispiele hierfür sind z.B. zu hohe bzw. nur leicht überhöhte Gebühren einzelner Telefon-, Kreditkarten- oder Stromanbieter, die, auch wenn sie durch die breite „Streuung“ jeden Kunden zum Teil nur mit Cent-Beträgen belasten, sich doch zu hohen Beträgen aufaddieren können.<sup>8</sup> Größeres Gewicht erlangt haben Streuschäden z.B. im Bereich der Fluggastrechte, so die von der europäischen Fluggastrechte-Verordnung für Flugverspätungen und -ausfälle etc. vorgegebenen Entschädigungen, die eine Höhe bis zu 600 Euro erreichen können. Gerade bei kleineren und Kleinst-Forderungen steht einer Rechtsverfolgung das sogenannte rationale Desinteresse der geschädigten Verbraucher entgegen.

Zugleich zeigen gerade Beispiele aus der Praxis der Fluggastrechte, dass einige Anbieter anscheinend grundsätzlich nicht bereit sind, die Ansprüche ihrer Kunden auf bloße Anforderung hin, ohne gerichtlichen Zwang zu erfüllen; die den Kunden vorenthaltenen Entschädigungen sind sozusagen schon in die Mischkalkulation der Unternehmen „eingepreist“. Umso deutlicher wird dies, wenn einzelne Anbieter hier zudem versuchen, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen Abtretungsverbote für solche Entschädigungsforderungen auszuschließen und damit jede weitere Form der Rechtsdurchsetzung dieser Ansprüche zu unterbinden, so durch Abtretung an einen entsprechenden Dienstleister.<sup>9</sup> Daraus resultiert nicht allein ein für den Verbraucher ärgerlicher, aber wirtschaftlich verschmerzbarer Schaden; dies stellt vielmehr einen kalkulierten Rechtsbruch dar, der im Interesse des Verbraucherschutzes, aber auch im Interesse der redlichen Mitbewerber nicht hingenommen werden kann.

Für die Durchsetzung solcher Streuschäden ist ein Musterfeststellungsverfahren allerdings in der Regel nicht das geeignete Verfahren. Erstens ist ein solches zweistufiges Klageverfahren bei sehr geringen Schadensbeträgen viel zu aufwendig und teuer – hier wird das „rationale Desinteresse“ folglich nicht überwunden. Zweitens sind solche Beispiele in aller Regel nicht mit komplexer Tatsachenermittlung und Beweiserhebung verbunden; bei Flugausfällen oder falsch angerechneten Gebühren beispielsweise sind die anspruchsbegründenden Tatsachen offensichtlich und insbesondere auch dem erstattungspflichtigen Unternehmen selbst aus eigener Kenntnis bekannt. Hier besteht das Problem ausschließlich in einer effektiven Durchsetzung bestehender Rechte gegenüber dem zahlungsunwilligen Unternehmen. Für ein Angebot effektiver Durchsetzung sorgen hier bereits private Anbieter, die sich die Rechte abtreten lassen bzw. diese aufkaufen und selbst durchsetzen. Gerade dann, wenn diese Angebote unkompliziert zu erreichen sind (häufig wiederum über eine online-Plattform) und keine unangemessenen Provisionen geltend machen, erscheint dies als ein angemessenes und marktgerechtes Angebot. Dementsprechend sollte diese Form einer standardisierten, effektiven Durchsetzung von Streuschäden flankiert werden durch den Ausschluss eines Abtretungsverbots für solche Forderungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Unternehmen. Eine zusätzliche Unterstützung dieser Art von Rechtsdurchsetzung könnte ggf. auch durch eine gesetzliche Regelung (ggf. Reduzierung) der Sicherheitsleistung im Falle der gerichtlichen Geltendmachung in solcher Form abgetretener Ansprüche erfolgen. Hier fordert die Rechtsprechung bislang eine Sicherheitsleistung, die sich an den im gesamten Instanzenzug zu erwartenden Prozesskosten im Unterliegensfall orientiert. Dies erschwert solche Abtretungsmodelle bislang unnötig. *Smart contracts* und *Legal-Tech*-Unternehmen sind hier Stichworte, die in der außergerichtlichen Abwicklung solcher Streuschäden in Zukunft an Bedeutung gewinnen werden.

#### 4. Möglichkeiten einer Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes – Eckpunkte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion

Wie kann aber nun eine Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung konkret aussehen?

Sammelklagen nach Vorbild der US-amerikanischen *class action* sind unserer Rechtskultur und Verfahrensordnung fremd. Durch die Entscheidung zu einer Sammelklage werden alle Kläger einheitlich behandelt, individuelle Tatsachen und Kausalitäten und daraus folgende Differenzierungen nach dem Einzelfall und ggf. auf der Rechtsfolgenseite abweichende Schadenshöhen finden letztlich keine Berücksichtigung und alle Geschädigten sind an die Verfahrensergebnisse gebunden, ob sie für das Verfahren votiert haben oder nicht. Am Ende steht im Regelfall dann auch kein rechtskräftiges Urteil mit Feststellung der materiellen Anspruchsgrundlagen, das etwa auch rechtswidrige Geschäftspraktiken benennt, sondern ein Vergleich; mit anderen Worten: Die von spezialisierten Großkanzleien vertretenen Geschädigten lassen sich ihre Klage vom verklagten Unternehmen „abkaufen“, damit dieses kein ruf- und geschäftsschädigendes Urteil oder auch nur ein solches Verfahren (*semper aliquid haeret*) hinnehmen muss; der gute Name des Unternehmens steht auf dem Spiel und das Skandalpotenzial wird zur Verhandlungsmasse. Davon muss sich eine Musterfeststellungsklage nach deutschem Zivilprozessrecht klar unterscheiden.

Die Unionsfraktion hat im November 2016 bereits vor der Vorlage eines Referentenentwurfs aus dem Bundesjustizministerium Eckpunkte vorgelegt<sup>10</sup>, wie ein gangbarer Weg für eine Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes aussehen könnte: Die Einführung einer Musterfeststellungsklage für den Bereich der Massenschäden sowie eine Verbesserung der Abtretbarkeit und gebündelten Durchsetzung von Forderungen für den Bereich der Streuschäden.

Leitender Gedanke für die Unionsfraktion ist, dass der Rechtsschutz in solchen Konstellationen gleichgelagerter Schäden in einem umfassenden

Sinne effektiver wird: Die Bündelung vieler Verfahren und einmalige Feststellung der entscheidungsrelevanten Tatsachen soll einerseits den Rechtsschutz für die Verbraucher stärken und die Justiz entlasten – und damit Steuergelder sparen –, aber auch für die beklagten Unternehmen rasch Rechtssicherheit herstellen und Prozesskosten für eine Vielzahl an umfangreichen Einzelverfahren einsparen. Wenn ein beklagtes Unternehmen in die Insolvenz geht, ist niemandem geholfen, am wenigsten dem geschädigten, schadensersatzberechtigten Verbraucher. Der Effektivitätsgewinn würde folglich rasch Rechtssicherheit für alle Beteiligten schaffen und zudem die Ressourcen aller Seiten schonen. Die Erfahrungen mit dem KapMuG sind dabei zu berücksichtigen.

Klar ist: „Amerikanische Verhältnisse“ sind nicht gewollt, sondern die schnelle und kostengünstige Klärung von vielen gleichgelagerten Ansprüchen von Verbrauchern gegenüber einem Unternehmer. Wie kann das gelingen?

Ziel ist, dass nicht jeder Betroffene eine individuelle Klage erhebt; dies muss gegenwärtig aber allein schon zur Verjährungsunterbrechung erfolgen. Deshalb sollte die Möglichkeit, eigene Rechte auch ohne Klage zu wahren und vor Verjährung zu schützen, auf leichterem Wege ermöglicht werden. Anders als bei Verfahren nach dem KapMuG sollten deshalb nicht zuerst eigene Klagen jedes Betroffenen vorausgesetzt werden, die dann im Rahmen eines Musterverfahrens zusammengefasst werden. Als ein guter Ansatz erscheint hier die Einrichtung eines Klageregisters zu jedem Musterverfahren, das eine rechtswahrende Funktion erhält und mit geringem Kostenaufwand, insbesondere ohne Anwaltszwang, von jedem Betroffenen genutzt werden kann. Im Gegensatz zur US-amerikanischen class action gilt hier das *Opt-in*-Prinzip, das in Übereinstimmung mit unserem Zivilprozessrecht eine eigene Initiative des Geschädigten voraussetzt, es jedem aber auch freistellt, sich an dem Verfahren nicht zu beteiligen.

Die Klärung der Sach- und Rechtsfragen, die für die Vielzahl von gleichgelagerten Fällen entscheidungserheblich sind, muss im Mittelpunkt stehen. Ein solches Musterfeststellungsverfahren darf nicht auf einen lukrativen

Vergleich als primäres Ziel ausgerichtet sein. Ziel muss vielmehr sein, eine auch über die Instanzen hinweg rasche und rechtskräftige Feststellung der schädigenden Tatsachen zu erhalten. Zwar gilt nach § 278 ZPO im Zivilprozess der Grundsatz, dass das Gericht jederzeit auf eine gütliche Einigung hinwirken soll. Deshalb ist auch eine vergleichsweise Einigung jederzeit möglich und willkommen, erst recht, wenn sie den gesamten Streit umfassend erledigt. Umfasst diese Einigung aber nur einen Teil der Ansprüche, insbesondere nur einen Teil der Kläger, so muss für die verbliebenen Kläger und gelisteten Anspruchsteller, die nicht am Verfahren beteiligt waren, die Fortsetzung beziehungsweise Aufnahme des Verfahrens am selben Punkt möglich sein. Sonst hat für sie das Verfahren keine Beschleunigung, sondern gerade das Gegenteil, viel verlorene Zeit, gebracht. Die Entwürfe des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sahen hierzu keine befriedigende Regelung vor. Generell muss gelten: Die streitgegenständliche Feststellung steht im Mittelpunkt. Wo es einen Zielkonflikt mit Vergleichsverhandlungen gibt – die vergleichsbereiten Kläger sich etwa mit dem Beklagten auf bestimmte Vorfragen einigen oder das Verfahren zur Klärung von Vergleichsmöglichkeiten nicht nur kurzfristig unterbrechen wollen – muss das Interesse an der schnellen Gerichtsentscheidung den Vorrang haben. Ähnlich sieht dies § 13 Absatz 1 KapMuG bei Klagerücknahme durch den Musterkläger vor, wo das Gericht nötigenfalls einen neuen Musterkläger bestimmt, der das Verfahren fortsetzt. Es muss gewährleistet sein, dass rechtlich bedeutende Fragen auch im Instanzenzug verbindlich geklärt werden und dies nicht durch ein „Herauskaufen“ der als Anmelder fungierenden Geschädigten durch einen Vergleich abgeschnitten werden kann. Die bezifferten Forderungen müssen bei erfolgreicher Musterfeststellung sodann individuell vom jeweils Geschädigten gegenüber dem Unternehmen geltend gemacht werden, wobei nach Klärung der relevanten Vorfragen zumeist eine Abwicklung ohne weitere gerichtliche Titulierung möglich sein sollte. Ein Vergleichschluss nach einem durchgeführten und mit einem Urteil abgeschlossenen Musterfeststellungsverfahren wäre sinnvoll.

Eine zentrale Bedeutung kommt der Frage zu, wer klagebefugt sein soll. Davon hängt etwa ab, ob auch Prozessfinanzierer oder spezialisierte US-



amerikanische Großkanzleien, die Sammelklagen als aggressive Geschäftsmodelle betreiben, in diesem Rahmen tätig werden können. Sollen etwa alle beim Bundesamt für Justiz gelisteten Verbraucherverbände klagebefugt sein, die auch im Rahmen des Unterlassungsklagegesetzes Verbraucherrechte im Wege der Verbandsklage geltend machen dürfen? So sahen es die Vorschläge aus dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bisher vor. Damit wäre aber nach europäischem Recht zu befürchten, dass auch Verbraucherverbände aus anderen EU-Mitgliedstaaten als klagebefugt anzusehen bzw. zu behandeln wären. Es wäre vor allem nicht auszuschließen, dass sogar außereuropäische, etwa US-amerikanische, Kanzleien auf diesem Weg z.B. einen Verbraucherverband in einem EU-Mitgliedsstaat, in dem gesetzliche Voraussetzungen entsprechend dem deutschen Unterlassungsklagengesetz nicht existieren, selbst gründen oder gleichsam als Strohmann nutzen könnten, um auf diesem Wege unter Berufung auf die EU-Unterlassungsklagenrichtlinie auch vor deutschen Gerichten klagen zu können.

Deshalb lohnt es sich, andere Konzepte zu prüfen: Das KapMuG sieht wie dargestellt vor, dass das Gericht einen der Kläger zum Musterkläger bestimmt. Auf diese Weise wird am Grundsatz der Individualklage festgehalten, da die Klage zunächst in dieser Form erhoben wird. Es handelt sich damit nicht um eine Verbandsklage, sondern es braucht in jedem Fall einen individuell betroffenen Kläger. Zugleich ist damit nicht mehr ex ante berechenbar, wer Musterkläger wird, so dass auch für den jeweiligen Rechtsbeistand ungewiss ist, wer als Prozessvertreter zum Zug kommt. Ein honorarsteigerndes Mandat der anderen Kläger wird nicht erteilt, als besonderes Geschäftsmodell für spezialisierte Kanzleien ist dieses Konzept somit uninteressant. Ergänzend könnte in der Gebührenordnung geregelt werden, dass Erfolgsprovisionen ausgeschlossen sind und Gebühren sich bei einer Vielzahl von Mandanten im Musterfeststellungsverfahren nicht im sonst geltenden Umfang weiter addieren.

Dänemark wiederum hat ein Ombudsmann-Modell für Musterklagen eingeführt: Dieses stellt sicher, dass eine unabhängige und kompetente Stelle ohne primär eigenes Interesse objektiv und sachlich die Fälle

analysiert, die sich bei einer Vielzahl gleichgelagerter Schadensfälle für ein Musterverfahren eignen.<sup>11</sup>

Zu prüfen wäre des Weiteren eine Übertragung der Klagebefugnis durch öffentlich-rechtliche Beleihung. So könnten etwa ausgewählte, fachlich bewährte Verbraucherverbände (nach Ausschreibung) gezielt mit dieser Aufgabe betraut und zugleich mit den entsprechenden zivilprozessualen Befugnissen ausgestattet werden. Die Bedingungen der Beleihung, insbesondere die Vergütung oder Verwendung von Honoraren oder die unterstützende Ausstattung mit Haushaltsmitteln könnte in diesem Rahmen auskömmlich, aber ohne Fehlanreize zu eigennützig-taktischem Prozessverhalten vorgegeben werden. Eine Öffnung für andere Geschäftsmodelle und Interessenten könnte so vermieden werden. Auch eine solche Lösung müsste europarechtlich abgesichert sein. Eine Möglichkeit wäre eine Ausgestaltung der Klagebefugnis analog zum EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz (VSchDG). Dieses dient der Zuständigkeitszuweisung nach der europäischen Verbraucherschutzdurchsetzungsverordnung (CPC-Verordnung), die eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Verbraucherschutzbehörden innerhalb der EU vorgibt. Verbraucherschutzbehörden aus dem EU-Ausland haben danach das Recht, deutsche Behörden bei Rechtsverletzungen durch deutsche Unternehmen zur Rechtsdurchsetzung in Anspruch zu nehmen. Das VSchDG benennt in § 2 das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz als zuständige nationale Behörde. Da in der deutschen Rechtsordnung die Rechtsdurchsetzung nicht administrativ, sondern durch gerichtliche Entscheidung erfolgt, wird dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz durch das VSchDG für solche Fälle zur Rechtsdurchsetzung auch eine Klagebefugnis eingeräumt, mit deren Wahrnehmung das Ministerium allerdings gemäß § 7 VSchDG Dritte beauftragt. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz kann demnach auf Zeit vertragliche Vereinbarungen auch mit privatrechtlich organisierten Verbänden abschließen und exklusiv mit der Klagebefugnis beauftragen. Ein solches Modell wäre ein gangbarer Weg, um beispielsweise Verbraucherverbände exklusiv mit der Wahrnehmung der Klagebefugnis für die Musterfeststellungsklage für Verbraucher zu betrauen; eine Umgehung wäre hier nicht möglich.<sup>12</sup>

Das festgestellte Ergebnis eines Musterverfahrens müsste für beide Seiten verbindlich sein; so sieht es auch das KapMuG vor. Trotzdem ist dies offenbar nicht für jeden eine Selbstverständlichkeit: Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums sah vor, dass sich ausschließlich der Verbraucher auf ein für ihn günstiges Ergebnis berufen können sollte; bei unliebsamen Feststellungen sollte er im neuen Verfahren die Chance haben, etwa ein anderes Gutachten zu den tatsächlichen Feststellungen zur Schadensverursachung oder -höhe einholen zu lassen. Der Beklagte sollte diese Möglichkeit nicht haben, sondern nach Wahl des Verbrauchers an ein ungünstiges Urteil gebunden sein (§ 614 Abs. 1, 3. Halbsatz ZPO-RefE). Das hätte mit einem fairen Verfahren allerdings nichts mehr zu tun. Die Streichung dieser auf den Anmelder beschränkten Wahlmöglichkeit im Hinblick auf die Bindungswirkung ist im Diskussionsentwurf vom Juli 2017 immerhin „zur Diskussion“ gestellt.

Im Gesetzgebungsverfahren sollte außerdem geprüft werden, ob und inwieweit Musterfeststellungsklagen bei Gericht und auch im Instanzenzug beschleunigt werden können und ihnen ein Vorrang vor anderen Individualverfahren eingeräumt werden kann. Ab einer bestimmten Anzahl beteiligter Kläger bzw. gelisteter Anspruchsteller wäre dies in Abweichung von den sonstigen Grundsätzen bei Gericht vertretbar.

Schließlich sei auf einen wichtigen Punkt klarstellend hingewiesen – eigentlich ebenfalls eine Selbstverständlichkeit, die in der öffentlichen Diskussion aber gleichwohl oft falsch eingeschätzt wird: Eine neue Musterfeststellungsklage schafft keine neuen Ansprüche, sondern setzt nur Ansprüche durch, soweit diese nach geltendem materiellen Recht bestehen. Insoweit unterscheidet sich das deutsche Recht in zentralen Punkten von den in Vergleich genommenen Verfahren in den USA. Dort ist insbesondere Strafschadensersatz möglich – eine Kompensation der geringeren präventiven Kontrollen im Verbraucherschutz durch gleichsam nachgelagerte Sanktionen, die Bußgelder zugunsten der Verbraucher über deren nachgewiesenen Schaden hinaus mit einrechnen. Produktsicherheit wird also weniger durch behördliche Kontrollen erzielt, sondern soll von den Produzenten im eigenen Interesse selbst gewährleistet werden, da anderenfalls das Risiko hoher

Strafzahlungen besteht, die weit über den unmittelbaren Schadensausgleich hinausgehen. Dieses Konzept wurde im Zuge der TTIP-Diskussion von Kritikern als das Ende des Verbraucherschutzes gebrandmarkt. Das deutsche Konzept der präventiven Kontrolle erscheint auch weiterhin durchaus vorzugswürdig (und wäre in seinen für alle Anbieter auf dem deutschen Markt geltenden Bedingungen durch TTIP auch nicht in Frage gestellt worden). Es geht jedoch nicht, die Rosinen beider Konzepte zu picken: Sowohl aus dem präventiven Verbraucherschutz, als auch aus den hohen Ausgleichsansprüchen bei Produktmängeln.

## 5. Stand der Dinge und Ausblick

Das Grundanliegen, zur Verbesserung des Rechtsschutzes eine Vielzahl gleich gelagerter Fälle durch eine Musterfeststellungsklage im Zivilprozess einzufügen, wird mittlerweile allseits geteilt. Weder der erste Referentenentwurf aus dem Bundesjustizministerium vom Dezember 2016, noch der zweite, substanziiell kaum veränderte „Diskussionsentwurf“ von Ende Juli 2017 werden dem gerecht – so auch das Echo in der Fachwelt<sup>13</sup>. Die Entwürfe verteilen die prozessualen Rechte und Risiken zwischen der Klägerseite bzw. den Geschädigten als Anmeldern und der Beklagtenseite nicht angemessen; es fehlt die klare Ausrichtung auf die Klärung der streitentscheidenden Fragen; auch die Möglichkeit eines Geschäftsmodells für ausländische Kanzleien und Prozessfinanzierer, über Strohmännchen-Vereine aus dem EU-Ausland in Deutschland klagen zu können, wird nicht ausgeschlossen. Und zuletzt fehlt eine Differenzierung nach Massen- und Streuschäden gänzlich; d.h., der Verbraucher hätte auch nach den Entwürfen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz keine neue Möglichkeit, geringe Streuschäden ohne den drohenden abschreckenden Aufwand und das hohe Prozessrisiko einer individuellen Leistungsklage durchzusetzen.

Ein Musterfeststellungsverfahren für Klagen von Verbrauchern muss die mit dem KapMuG seit 2005 gesammelten Erfahrungen berücksichtigen. So ist z.B. die aktive Anmeldung zu einem Klageregister (*Opt-in*) eine

vorzugswürdige Lösung im Hinblick auf eine Unterbrechung der Verjährung. Ziel einer solchen Musterfeststellungsklage muss Rechtssicherheit sein, d.h. idealerweise sollte am Ende eines solchen Verfahrens eine verbindliche Entscheidung stehen und nicht ein lukrativer Vergleich. Dementsprechend muss auch prozessuale Waffengleichheit zwischen den Streitparteien garantiert sein.

Ferner darf eine solche Klagemöglichkeit weder dazu geeignet sein, eine Klageindustrie zu begünstigen, noch dazu, ein Geschäftsmodell für Rechtsanwälte oder Verbände zu begründen. Dementsprechend ist die Ausgestaltung der Klagebefugnis entscheidend. Hier liegt zugleich die Hauptschwäche der Entwürfe des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, die trotz einer Begrenzung der Klagebefugnis auf Verbraucherverbände i.S.v. § 4 UKlaG Umgehungsmöglichkeiten durch Kanzleien über „Strohmann-Verbrauchervereine“ aus dem EU-Ausland nicht rechtssicher ausschließen können. Rechtssicher ausgeschlossen könnten solche Umgehungsmöglichkeiten letztlich nur durch eine Monopolisierung der Klagebefugnis bei einer Institution öffentlichen Rechts. Eine Möglichkeit wäre z.B. ein Verbraucher-Ombudsmann nach dänischem Vorbild, der als öffentlich-rechtliche Institution als unabhängige und kompetente Stelle ohne primär eigenes Interesse objektiv und sachlich die Fälle analysiert, die sich bei einer Vielzahl gleichgelagerter Schadensfälle für ein Musterverfahren eignen und die Musterklagen führt. Die Schaffung einer eigenen Behörde erscheint letztlich als unverhältnismäßig. Die Lösung über eine exklusive Beauftragung mit der Klagebefugnis, wie oben am Beispiel des EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz (VSchDG) aufgezeigt, wäre deutlich vorzuziehen. Sie wäre nicht nur schlanker und günstiger als eine neue Behörde, sondern würde auch auf bestehende und bewährte Strukturen zurückgreifen.

Hier wäre z.B. eine Beauftragung der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) in Betracht zu ziehen, da sie als staatlich finanzierte, gemeinnützige Organisation mit der Wahrnehmung der Verbraucherinteressen beauftragt ist und über dementsprechende Expertise verfügt.

Für eine bessere Durchsetzung von Streuschäden ist, wie ausgeführt, die Musterfeststellungsklage letztlich ungeeignet. Hier stellt die zunehmend praktizierte Abtretung an einen Dienstleister und die gebündelte Durchsetzung durch diesen in seinem eigenen Namen die effektivste Form der Rechtsdurchsetzung dar. Deshalb sollte ein Abtretungsverbot für Schadensersatzforderungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesetzlich ausgeschlossen bzw. für unwirksam erklärt werden. Ferner könnte die von der Rechtsprechung geforderte Sicherheitsleistung bei einer klagweisen Geltendmachung von abgetretenen Ansprüchen gedeckelt werden. Überdies wären abseits der aktuellen Diskussion die Regelungen in der ZPO zu überdenken, nach denen Gerichte anhängige Verfahren aussetzen können. So könnte es einer raschen und effizienten Streitentscheidung in mehreren gleichgerichteten Verfahren zuträglich sein, wenn das Eingangsgericht nur eines der Verfahren zu entscheiden hätte und dann den weiteren Instanzenzug abwarten und solange die anderen anhängigen Verfahren aussetzen könnte. So könnten in Fällen, in denen die Voraussetzungen für eine Musterfeststellungsklage nicht vorliegen, mehrere gleichgerichtete Verfahren rasch und effizient einer rechtssicheren Entscheidung zugeführt werden.

Die hier aufgezeigten Fragen und ausgeführten Lösungsmöglichkeiten sollten nun in der gebotenen Gründlichkeit diskutiert werden um rasch zu einer echten Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes für die Verbraucher zu gelangen.

- 1] Vgl. „Sicherheitslücke bei Computerchips trifft Milliarden Geräte“, in: *Die Zeit* v. 4. Januar 2018.
- 2] „Die Möglichkeit, Ansprüche zu bündeln und kollektiv zu verfolgen, kann insbesondere dann ein geeigneteres Mittel sein, um Rechtsschutz zu erhalten, wenn bei Individualklagen die Verfahrenskosten die Geschädigten davon abhalten, vor Gericht zu gehen.“
- 3] Vgl. die Initiative „A New Deal for Consumers – revision of the Injunctions Directive“, unter [http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=59332](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332). Diskutiert wird hierunter z.B. auch die Möglichkeit, eine Unterlassungsklage mit einer Leistungsklage zu verbinden.
- 4] So erklärte EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager im Zusammenhang mit der „Diesel-Affäre“ ihre Sympathie für die Einführung der Sammelklage „ähnlich wie in den USA“, die „abschreckend und disziplinierend auf manche Unternehmen wirkt“. Vgl. *Handelsblatt* v. 23. November 2017, siehe unter <http://www.handelsblatt.com/politik/international/diesel-skandal-eu-kommission-liebauegelt-mit-sammelklagen/20624766.html>.
- 5] Beschluss der JuMiKo zu TOP I.3 Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes: [https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruerjahrskonferenz\\_neu/I.3\\_\\_Verbesserung\\_des\\_kollektiven\\_Rechtsschutzes.pdf](https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruerjahrskonferenz_neu/I.3__Verbesserung_des_kollektiven_Rechtsschutzes.pdf)
- 6] Vgl. NJOZ 2017, 1391: OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 30. November 2016 – 23 Kap 1/06
- 7] Vgl. hierzu Günter Hirsch: *Paralleljustiz? Der Verbraucher hat die Wahl*, FAZ v. 19. Februar 2015:  
 „... würde es nach einer aktuellen Allensbach-Umfrage nur jeder Fünfte bei Streitigkeiten auf jeden Fall auf einen Prozess ankommen lassen. 32 Prozent würden selbst dann den Gang zum Gericht vermeiden und nachgeben, wenn sie überzeugt sind, im Recht zu sein. Erst ab einem Streitwert von 1.950 Euro würde eine knappe Mehrheit Klage erheben.“
- 8] Prominentestes Beispiel hierfür war die von einer britischen Kanzlei im Namen von 46 Millionen Kreditkartennutzern erhobene Sammelklage gegen MasterCard auf Ersatz von überhöhten Gebühren in Höhe von 16 Millionen Euro (entspricht je Nutzer im Durchschnitt 347,82 Euro), die allerdings im Juli 2017 von einem britischen Gericht nicht zugelassen wurde.
- 9] Durch die Erfolge von Dienstleistern wie *flightright* oder *compensation2go*, die nach eigenen Angaben bei bis zu 95% der ihnen abgetretenen Entschädigungsansprüche gegen die Fluglinien erfolgreich sind, hatte die *Billigairline* Ryanair in ihren AGB sogar ein Abtretungsverbot für solche Ansprüche festgeschrieben. Vgl. Philipp Fabricius: *Ryanair versus Flightright & Co.*, in: *LTO* v. 21. Oktober 2016.
- 10] <https://www.ducusu.de/presse/pressemitteilungen/musterfeststellungsklage-bei-massenschaeden-fuer-verbraucher-oeffnen>.
- 11] Wobei dem dänischen Ombudsmann nicht nur die Durchsetzung des Verbraucherschutzes, sondern auch des Mitbewerberschutzes, spricht: des Lauterkeitsrechts vergleichbar dem UWG, obliegt und somit nur bedingt als Vorbild fungieren kann. Vgl. zum dänischen Ombudssystem Henning-Bodewig, Frauke: *Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, in: *GRUR* 2013, 238.
- 12] vgl. hierzu im Einzelnen Winkelmeier-Becker, Elisabeth / Dietsche, Hans-Jörg: *Die Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes für Verbraucher in der rechtspolitischen Diskussion*, in: *ZG* 1/2018, 47, 58.
- 13] Vgl. dazu Kranz, Dagmar: *Der Diskussionsentwurf zur Muster-Feststellungsklage – ein stumpfes Schwert?* In: *NGZ* 2017, 1099ff., vgl. auch Halfmeier, Axel: *Musterfeststellungsklage: Nicht gut, aber besser als nichts*, in: *ZRP* 2017, 201.

## **Die Musterfeststellungsklage: Eine chronologische Betrachtung aus parlamentarischer Sicht**

*Sebastian Steineke\**

### **Zusammenfassung des Herausgebers**

Sebastian Steineke skizziert die parlamentarische Debatte über die Erweiterung kollektiver Rechtsschutzmöglichkeiten um die Einführung der Musterfeststellungsklage. Er diskutiert kritisch bereits vorgelegte Gesetzesentwürfe der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen und den Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums. Er geht hierbei näher auf die Eckpunkte ein, die die Union im kollektiven Rechtsschutz fordert und gibt durch den Koalitionsvertrag einen Ausblick, was in der 19. Legislaturperiode im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes geplant ist. Zur gleichen Zeit wurde auch der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums veröffentlicht. Steineke sieht hier insbesondere die Regelung zur Klagebefugnis als besonders kritisch an.

### **Einführung**

Seit einigen Jahren gibt es in Deutschland eine umfassende Diskussion, ob wir in unserem Zivilrechtssystem ausreichend kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten haben. In den vergangenen Jahren gab es hierzu auch im Deutschen Bundestag einige Anläufe und Debatten darüber, ob und welche zusätzlichen Instrumente sinnvoll sind.

Im Jahr 2014 brachte die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen einen Gesetzesentwurf zur Einführung eines Gruppenverfahrens im Zivilrecht in das

\* *Sebastian Steineke ist zuständiger Berichterstatter der CDU/CSU-Bundestagsfraktion im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz.*



Parlament ein. Dieser war vielen Abgeordneten nicht neu. Bereits zum Ende der 17. Legislaturperiode hatte der Bundestag über das gleiche Anliegen der Grünen zu beraten. Die Einbringung erfolgte jedoch so kurz vor der Bundestagswahl 2013, dass sich weder die Fachverbände dazu äußern noch die zuständigen Bundestagsgremien damit ausreichend beschäftigen konnten. Das dann in 2014 erneut eingebrachte Anliegen von Bündnis 90/Die Grünen ging in der vorgelegten Form aus unserer Sicht in eine falsche Richtung. In den Vorbemerkungen zum Gesetzesentwurf betonten die Verfasser, dass sich die Zivilprozessordnung (ZPO) in der Praxis bewährt hat. Dem konnten sicherlich alle Fraktionen nur zustimmen. In ihrem über 130-jährigen Bestehen haben wir mit der ZPO eine zuverlässige und sachgerechte Prozessordnung, die wir immer wieder den Lebensumständen angepasst haben. Nun sollte allerdings mit der Einführung der Sammelklage ein komplett neuer Abschnitt in das Gesetz aufgenommen werden. Das konnten wir aus verschiedenen Gründen nur in Frage stellen.

Die Initiative von Bündnis 90/Die Grünen ging unter anderem auf eine Empfehlung der Europäischen Kommission an die Mitgliedsstaaten zurück, kollektive Rechtsschutzverfahren einzuführen, um einen effektiveren Zugang zum Recht zu gewährleisten. Zum damaligen Zeitpunkt sahen wir allerdings in der von Bündnis 90/Die Grünen vorgelegten Form noch keine Notwendigkeit dafür. Wir haben in unserem Rechtssystem bereits jetzt viele effiziente und kostengünstige Instrumente zur Durchsetzung von individuellen Rechten. Dazu gehören neben den gängigen Individual-Klagewegen im Übrigen auch mehrere ähnlich gelagerte Möglichkeiten im kollektiven Rechtsschutz. Schon in jüngerer Vergangenheit sind Sammelklagen u.a. gegen Banken, Energieversorger oder Versicherungen erfolgreich und basierend auf den heute bestehenden kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten geführt worden. Verbände können schon jetzt nach dem Unterlassungsklagegesetz oder dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb Sammelklagen erheben. Zudem sind die Streitgenossenschaft in der ZPO, die Prozessverbindung nach § 147 ZPO oder z.B. die Möglichkeit der Musterklage nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz im Rahmen eines effizienten und vereinfachten Gerichtsverfahrens mögliche Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes.

Die im damaligen Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen allumfassende Einführung von Sammelklagen stieß bei uns in vielerlei Hinsicht auf massive Bedenken. Zunächst haben wir in unserer Verfassung das in Artikel 103 fest verankerte und uneingeschränkt bedeutende Grundrecht auf rechtliches Gehör. Dies betrifft jedes einzelne Individuum, das seine Rechte gerichtlich geltend machen will. Diesem Grundsatz würde die Einführung einer allumfassenden Sammelklage in keiner Weise gerecht. Der Teilnehmer würde sich einer Gruppe anschließen, die durch einen Gruppenführer vor Gericht vertreten wird. Einzelne Betroffene würden vor Gericht nicht gehört werden. Auch wenn es sich hier um die Bündelung von gleichgelagerten Fällen handelte, konnte nicht ausgeschlossen werden, dass eine Einzelperson zur Beurteilung der Sachlage etwas Entscheidendes beizutragen hat. Umso größer die Gruppe, umso geringer wäre auch die Möglichkeit für Einzelpersonen, Einfluss auf das Verfahren zu nehmen und damit ihre eigenen Anliegen vorzubringen, die sie trotz der Gleichartigkeit der Fälle durchaus haben können. Ein weiterer Kritikpunkt war für uns die große Missbrauchsanfälligkeit bei Sammelklagen. Wir sind der festen Überzeugung, dass dem Instrument der allumfassenden Sammelklage die Gefahr des Missbrauchs immanent ist.

Viele Rechtsanwälte verfolgen in ihrer Arbeit natürlich auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse. Mit jedem Rechtsstreit soll und muss Geld verdient werden. Ein redlich arbeitender Anwalt hat darüber hinaus natürlich auch die feste Absicht, seinem Mandanten zu helfen und für ihn das Bestmögliche herauszuholen. Bei einer Sammelklage mit möglichst vielen Teilnehmern könnte ein Anwalt nach dem Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen deutlich mehr verdienen, als wenn er nur eine Einzelperson aus dieser Gruppe vertreten würde. In der Begründung zur Kostenfrage hieß es im Gesetzentwurf dazu: „Damit erweist sich das Gruppenverfahren aus Sicht der Klägeranwältin oder des Klägeranwalts vor allem für solche Fälle als attraktiv, in denen eine große Anzahl von Betroffenen als Mandanten entweder bereits vorhanden sind oder zumindest in Betracht kommen.“ Dies lädt förmlich zu einer „Anstiftung zum Rechtsstreit“ ein und war deshalb auch nicht zustimmungsfähig.

In diesem Punkt besteht auch die große Gefahr, dass sich das Instrument Sammelklage zu einer eigenen Klageindustrie auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt entwickelt und die Sammelklage in missbräuchlicher Weise immer stärker beworben wird. In den USA ist dies im Übrigen gängige Praxis. Hier verdienen Anwälte mit Sammelklagen enorme Summen und daher ist der Markt an entsprechenden Anwaltskanzleien in den Vereinigten Staaten seit Einführung der Sammelklage noch viel größer geworden. Es kann nicht unser Anspruch sein, dass Betroffene in einen Rechtsstreit „hinein geredet“ werden, sondern wir wollen den möglichst besten und effektivsten Rechtsschutz für jedermann.

Im Übrigen: Nicht selten ist in der Geschäftsbeziehung zwischen Anwalt und Mandanten auch das persönliche Verhältnis sehr prägend für die Zusammenarbeit. Ein Anwalt sollte jeden einzelnen Mandanten immer mit vollem Einsatz vertreten. Dies verlangen die Standesregeln. Bei großen Sammelklagen jedoch ist dies nicht mehr möglich, der einzelne Mandant wird zur Nummer.

Die Sammelklage-Praxis in den USA hat uns allerdings noch viel mehr Schwachstellen aufgezeigt. Dort ist es üblich, dass neben dem Klageverfahren noch ein exorbitanter zusätzlicher medialer Druck auf die Beklagten aufgebaut wird, der u.a. dazu führt, dass die Beklagten genötigt werden, sich noch vor einer Urteilsverkündung mit der Gruppe zu vergleichen. In den USA geht man davon aus, dass im Durchschnitt weit mehr als 90 Prozent der Sammelklagen in einem Vergleich enden, noch bevor ein Urteil durch das Gericht gefällt werden kann. Auch in Deutschland wäre dies nicht ausgeschlossen. Oftmals handelt es sich beim Streitgegenstand von Sammelklagen um für viele Betroffene essentielle Rechtsfragen, die ein großes Medienecho nach sich ziehen. Selbstverständlich betrachten wir die freie, kritische und umfassende Presseberichterstattung in unserem Land als wichtig und unantastbar. Dennoch darf öffentlicher Druck niemals dazu führen, Einfluss auf ein den Grundsätzen des Rechtsstaates entsprechendes Gerichtsverfahren zu nehmen, wenn auch nur indirekt. Gerade für größere Unternehmen, die in vielen Fällen Beklagte sein dürften, würde ein Auswuchs an Sammelklagen eine erhebliche

unangemessene Belastung darstellen. Für die Wahrung des öffentlichen Interesses im Einzelfall haben sowohl Aufsichtsbehörden als auch Verbraucherverbände schon jetzt die Möglichkeit, vorbeugenden Rechtsschutz für die Betroffenen in Anspruch zu nehmen. Amerikanische Verhältnisse können nicht in unserem Sinne sein.

Es ist auch wichtig, noch einmal darauf hinzuweisen, dass sich auch die bereits bestehende kollektive Klagemöglichkeit nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz in der Praxis als schwierig erwiesen hat und daher auch kaum zur Anwendung kommt.

Wir haben es zudem als sinnvoll erachtet, die angekündigte Prüfung der Bundesregierung, ob über die bereits bestehenden Möglichkeiten für Muster- und Sammelklagen hinaus gesetzgeberische Schritte zur Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes erforderlich sind, in Ruhe abzuwarten und keine gesetzgeberischen Schnellschüsse zu vollziehen. Der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen wurde erwartungsgemäß mit der Stimmenmehrheit der Großen Koalition abgelehnt.

Übrigens hat auch die zu dem Gesetzentwurf durchgeführte Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz im Deutschen Bundestag keine grundlegenden neuen Erkenntnisse gebracht. So wies u.a. der Vertreter des Deutschen Richterbundes auf die bereits bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten und auf den Anspruch aus der Verfassung auf rechtliches Gehör für den Einzelnen hin. Viele andere Sachverständige sahen massive praktische Umsetzungsprobleme. Dies hatte uns auch nochmal bestätigt, der Einführung von allumfassenden Gruppenverfahren im deutschen Zivilrecht nicht zuzustimmen.

Trotz der Erledigung im Parlament war die gesellschaftliche Debatte nicht zu Ende – im Gegenteil. Immer mehr Probleme, bei denen Verbraucherinnen und Verbraucher in gleichgelagerten Fällen, z.B. bei der Durchsetzung von Fluggastrechten bei Verspätungen, Rechtsschutzprobleme anprangeren, wurden öffentlich diskutiert. Nicht zuletzt der große Diesel-Skandal der Autoindustrie brachte das Fass praktisch zum Überlaufen. Das Bun-

des Ministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz hatte unabhängig davon einen Gesetzentwurf angekündigt, den die Union als Koalitionspartner mit Spannung entgegen sah. Leider blieb es lange nur bei den Ankündigungen. Uns war jedoch schon länger bewusst, dass angesichts der sich verändernden Sachlage Handlungsbedarf besteht. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund haben wir uns in der CDU/CSU-Bundestagsfraktion mit der Thematik intensiv auseinandergesetzt und überlegt, wie eventuell notwendige Erweiterungen der kollektiven Rechtsschutzelemente im deutschen Zivilrecht aussehen könnten. Nachdem das OLG Frankfurt am Main am 30. November 2016 eine Entscheidung im Rahmen der Musterfeststellungsklage nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) von Kleinaktionären der Deutschen Telekom verkündet hat, war der richtige Zeitpunkt gekommen, unsere Vorstellungen der Öffentlichkeit zu präsentieren. Wir konnten und wollten nicht mehr warten, bis der Bundesjustizminister etwas vorlegt. Nach etlichen Ankündigungen konnte man ferner nicht sicher sein, ob man überhaupt noch mit einem Vorschlag rechnen konnte.

Unsere vorher in der Fraktion besprochenen und beschlossenen Eckpunkte haben wir wie folgt formuliert:

„Wir wollen die Möglichkeit einer Musterfeststellungsklage auch bei Massenschäden für Verbraucher eröffnen. Darunter versteht man schädigende Ereignisse, die viele Personen gleichzeitig betreffen. Das stärkt die Verbraucherrechte, sorgt für einen effektiven Rechtsschutz und für ein effizientes Verfahren der Justiz, das auch weniger Ressourcen bindet.

Wir legen dazu folgende Eckpunkte vor:

- Zur Stärkung des individuellen Rechtsschutzes und zu einer Verbesserung der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung wollen wir bei Massenschäden die Bündelung gleichgerichteter Ansprüche im Rahmen eines Musterverfahrens erleichtern und gleichzeitig an bestehende Klagebefugnisse anknüpfen. Dabei wollen wir uns auch an Erfah-

rungen mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) orientieren.

- Wir wollen dieses Musterfeststellungsverfahren für die Fälle einführen, in denen nicht bereits eine verwaltungsrechtliche Möglichkeit für den Schadensausgleich besteht und eingeleitet ist (so z.B. FinDAG).
- Daneben wollen wir die Geltendmachung von Streuschäden, bei denen die Verfahrenskosten für den einzelnen Verbraucher unverhältnismäßig hoch erscheinen, verbessern. Eine Abtretung solcher Schäden darf in AGB nicht mehr ausgeschlossen werden können.
- Für Rechtswirkungen in allen Verfahren soll das *Opt-in*-Prinzip gelten. Danach müssen Prozessgeschädigte ihre Beteiligung an dem Musterklageverfahren ausdrücklich erklären.
- Für Geschädigte, die nicht optieren, soll die Verjährung ihrer Ansprüche gegebenenfalls für die Dauer des Musterverfahrens ausgesetzt werden.
- Das Kostenrecht wollen wir so anpassen, dass damit keine neuen kostenträchtigen Geschäftsmodelle für Prozessvertreter entstehen.

Mit diesen Maßnahmen wollen wir sowohl einen effektiven Verbraucherschutz erreichen, als auch gleichzeitig für die Unternehmen rasch Rechtssicherheit herstellen. Das schafft Synergien und spart bei allen Beteiligten und der Justiz Ressourcen. Die Einführung neuer Instrumente, die unserer Rechtsordnung fremd sind, wie zum Beispiel die Sammelklage (class action) nach US-amerikanischem Vorbild, lehnen wir ab.“

Wir haben uns bei unseren Überlegungen bewusst nicht nur auf klassische Massenschäden bezogen, da die Problematik der oftmals zu wenig beachteten, aber in der Praxis sehr bedeutenden Streuschäden nirgendwo in die Diskussion Einzug gefunden hatte. Das war sicher die größte Besonderheit. Weiterhin haben wir die Eckpunkte so allgemein wie möglich

gehalten, um für weitergehende Detailregelungen genug Spielraum zu haben und flexibel für weitere Überlegungen aus der Praxis oder unseres Koalitionspartners sein zu können.

Die Herausgabe der Eckpunkte der Union hatte zur Folge, dass exakt einen Tag später der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz das Licht der Öffentlichkeit erblickte. Vermutlich sah sich das Ministerium nunmehr zum Handeln gezwungen, nachdem es den Entwurf aus bis heute unerklärlichen Gründen lange vorher zurückhielt. Obwohl es sich um noch keinen endgültigen vom Bundeskabinett verabschiedeten Gesetzentwurf handelte, mit dem sich das Parlament offiziell beschäftigen kann, gab es nun eine Diskussionsgrundlage. Man wusste nun, worüber man sprechen muss, um hier zu einer gemeinsamen konsensualen Lösung zu kommen.

Dass der Entwurf bis zum Ende der Legislaturperiode nicht mal mehr das Kabinett erfolgreich passierte, hatte weniger mit einer fehlenden Einigungswilligkeit der beteiligten Regierungsfractionen im Deutschen Bundestag zu tun, als vielmehr damit, dass beteiligte Ressorts rechtliche und handwerkliche Mängel am Entwurf des Justizministeriums monierten. Da die SPD in der Öffentlichkeit den Anschein machte, dass hier vor allem das Kanzleramt und unionsgeführte Häuser „blockierten“, darf nicht unerwähnt bleiben, dass auch das sozialdemokratisch besetzte Bundeswirtschaftsministerium Bedenken anmeldete.

Die fehlende Zustimmung des Kabinetts hinderte uns als Parlamentarier natürlich nicht daran, das Thema weiter zu beraten und zu diskutieren. Denn letztlich entscheidet immer noch der Deutsche Bundestag. Dass die Zeit knapp geworden war, stand auf einem anderen Blatt. Die Legislaturperiode lief nur noch wenige Monate. Insofern war es schon den kühnsten Optimisten überlassen, noch auf eine entsprechende Umsetzung im Rahmen des 18. Deutschen Bundestags zu setzen. Nichtsdestotrotz nahmen wir uns den Referentenentwurf vor und mussten feststellen, dass viele rechtliche Details darin aus unserer Sicht nicht praktikabel waren.

Der Entwurf sieht u.a. vor, dass Musterfeststellungsklagen von Verbraucherverbänden erhoben werden, die vom Bundesamt für Justiz oder nach europäischem Recht in einem anderen EU-Land als solche registriert sind. Die Geschädigten wahren ihre Rechte lediglich durch Eintragung in ein Klageregister. Wir haben immer vor der Gefahr einer „Klageindustrie“ nach US-amerikanischem Vorbild, die daraus vor allem ein eigenes Geschäftsmodell macht und dabei auf den Reputationsschaden der Unternehmen als Druckmittel setzt, gewarnt. Diese Gefahr sehen wir hier und das Bundesjustizministerium konnte diese Bedenken auch an keiner Stelle der Diskussion ausräumen. Hinsichtlich der nach Europarecht registrierten Verbände kann generell nicht ausgeschlossen werden, dass sich z.B. eine US-amerikanische Kanzlei in einem anderen EU-Mitgliedsstaat nach dortigen Maßstäben eintragen lässt und dann in Deutschland Musterfeststellungsklagen initiieren kann. Dabei sehen wir durchaus Möglichkeiten, wie man dieses Risiko vermeiden kann. Wenn zum Beispiel ein Betroffener selbst die Rolle des Musterklägers wie im KapMuG übernimmt oder ein Ombudsmann dafür bestellt werden kann, geeignete Fälle als Musterverfahren zu führen, oder man mit verbindlichen Vorgaben im Gebührenrecht, u.a. durch ein Verbot erfolgsabhängiger Honorare, arbeitet, kann der Missbrauch von Musterklagen als lukratives Geschäftsmodell verhindert werden.

Eine weitere Frage, die der Entwurf offen lässt, ist die Fortsetzung des Musterfeststellungsverfahrens, wenn ein Vergleich geschlossen wurde, dem sich aber nicht alle im Klageregister gelisteten Geschädigten anschließen. Normalerweise könnten dann nach allgemeinen Grundsätzen lediglich diejenigen das Verfahren fortsetzen, die selber als Kläger oder Nebenkläger beteiligt sind. Ein Eintrag im Klageregister würde nicht reichen. Hier muss aus unserer Sicht sichergestellt werden, dass das Verfahren trotz des Vergleichs von den anderen Geschädigten im Klageregister fortgesetzt werden könnte, um die verbindliche Klärung weiter herbeiführen zu können.

Ein weiteres Problem: Wenn ein Musterfeststellungsurteil ergeht, muss es für alle Seiten verbindlich sein. Der Entwurf des Bundesjustizministeriums



sagt hingegen, dass nur der Geschädigte sich aussuchen kann, ob er sich auf das Urteil beruft. Er könnte also den Prozessverlauf abwarten, sich erst spät bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung der ersten Instanz im Klageregister eintragen lassen oder sich noch kurz vor dem Urteil dort streichen lassen, wie es ihm gerade passt. Selbst nach einem Urteil soll es ihm frei stehen, in einem neuen Prozess zum Beispiel mit neuen Argumenten ein anderes für ihn günstigeres Ergebnis anzusteuern. Der Beklagte soll dagegen kein Recht haben, sich auch gegen den Willen des Klägers auf ein für ihn günstiges Urteil zu berufen. Aus unserer Sicht wäre die im Zivilprozess gebotene Waffengleichheit so nicht mehr gegeben. Entweder gibt es für beide Seiten ein Wahlrecht oder beide Seiten sind gleichermaßen an das Feststellungsurteil gebunden. Obwohl Ersteres den Sinn des gesamten Verfahrens wohl in Frage stellen würde.

Wie oben bereits im Rahmen der Eckpunkte der Unionsfraktion bereits thematisiert, fehlen im Referentenentwurf praktikable Lösungen für kleine Streuschäden. Verbraucherverbände haben hier in aller Regel kein Interesse an der Durchführung eines Musterverfahrens, wenn zum Beispiel Schadensersatz wegen einer konkreten Flugverspätung begehrt wird. Große Unternehmen erschweren in solchen Fällen oft die Rechtsdurchsetzung nicht selten durch ein Abtretungsverbot der Forderungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Ihr Kalkül liegt darin, dass sich die wenigsten Betroffenen wohl aufgrund der verhältnismäßig geringfügigen Schadenssumme selbst auf den Klageweg machen. Durch ein Abtretungsverbot verhindern sie die Übernahme von professionellen Dritten, die den Prozess für den Geschädigten führen können und im Erfolgsfall ein entsprechendes Honorar dafür erhalten. Daher hat die Union vorgeschlagen, ein solches Abtretungsverbot in den AGB zu untersagen. Eine Bündelung von Ansprüchen und eine einheitliche Klageerhebung durch einen professionellen Kläger sehen wir immer noch verbraucherfreundlicher als den Verzicht auf die Durchsetzung der Ansprüche, der aber in den meisten Fällen wohl die Folge wäre.

Einen weiteren wichtigen Punkt, den wir in der Unionsfraktion im Referentenentwurf sehr kritisch gesehen haben, ist das geplante Inkrafttreten des

Gesetzes erst zwei Jahre nach Verabschiedung. Begründung im Entwurf: Der Aufbau eines Klagerregisters benötige diese Vorlaufzeit. Dies hätte allerdings zur Folge gehabt, dass selbst eine Verabschiedung des Gesetzes in der 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags den Geschädigten des Abgasskandals nicht geholfen hätte. Zudem dürften sich zivilrechtliche Ansprüche von Kunden wegen zu hoher Abgaswerte immer nur gegen ihren Vertragspartner, also den jeweiligen Autohändler richten, nicht unmittelbar gegen den Konzern selbst, so dass eine Musterfeststellungsklage wohl kaum erfolgreich gewesen wäre. Bereits heute kann jeder Geschädigte einen bestehenden Anspruch selbst einklagen. Bezüglich der Kosten kann ggf. Prozesskostenhilfe beansprucht werden. Wo ein Verbraucherverband einen Prozess für wichtig hält, um eine verbraucherrelevante Frage verbindlich zu klären, kann auch er einem individuellen Musterkläger schon jetzt jederzeit mit Rat und finanzieller Unterstützung zur Seite stehen.

Wir haben diese Punkte in etlichen Gesprächen sowohl mit Experten aus Wirtschafts- und Verbraucherverbänden als auch mit Rechtsprofessoren ausgewertet. Zum großen Teil stießen wir hier mit unseren Aussagen und Ideen auf offene Ohren. In Anbetracht der fortgeschrittenen Zeit kam es im Frühjahr 2017 zu einem Meinungsaustausch zwischen dem Bundesjustizministerium und den beiden Koalitionsfraktionen. Leider sahen sich weder die Vertreter des Ministeriums noch der SPD-Bundestagsfraktion in der Lage, auf unsere Argumente nur im Ansatz einzugehen. Hier standen wohl der bevorstehende Wahlkampf und das Zuschieben des „Schwarzen Peters“ an die Union im Vordergrund. Nichtsdestotrotz war der Diskussionsprozess endlich ins Rollen geraten. Dies empfanden wir als sehr positiv, da das auch eine gute Grundlage für die kommende Legislaturperiode bieten kann. So hat zum Beispiel auch der Bundesarbeitskreis Christlich-Demokratischer Juristen (BACDJ) die Einführung einer Musterfeststellungsklage in seine Wahlempfehlungen für die Bundestagswahl 2017 aufgenommen. Mittlerweile hat das Instrument auch Einzug in den frisch ausgehandelten Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD gefunden. Im Vertragstext heißt es hier auf den Seiten 123 und 124: „Musterfeststellungsklage

Durch die Einführung einer Musterfeststellungsklage werden wir die Rechtsdurchsetzung für die Verbraucherinnen und Verbraucher verbessern.

Wir wollen die Klagebefugnis auf festgelegte qualifizierte Einrichtungen beschränken, um eine ausufernde Klageindustrie zu vermeiden. Bewährte wirtschaftliche Strukturen sollen nicht zerschlagen werden.

Wir werden drohende Verjährungen zum Jahresende 2018 verhindern und deshalb das Gesetz (spätestens) zum 1. November 2018 in Kraft treten lassen.

Wir werden für die Einleitung des Verfahrens die schlüssige Darlegung und Glaubhaftmachung einer Mindestzahl von zehn individualisierten Betroffenen sowie für die Durchführung des Verfahrens von 50 Anmeldern und Anmeldern zum Klageregister in einer Frist von zwei Monaten festsetzen, um die Effektivität des Verfahrens für Gerichte und Parteien zu gewährleisten.

Die Feststellungen des Urteils sind für die Beklagte oder den Beklagten und die im Klageregister angemeldeten Betroffenen bindend. Die Bindungswirkung entfällt nur, wenn die Anmeldung bis zum Beginn der ersten mündlichen Verhandlung zurückgenommen ist.

Mit Blick auf kleine „Streuschäden“ prüfen wir einen Ausschluss von Abtretungsverboten für Forderungen in AGB.“

Besonders gefreut hat uns, dass hier bereits im Koalitionsvertrag einige wesentliche Punkte verankert sind, die uns als Union wichtig waren. Daher sind wir sehr zuversichtlich, dass in der laufenden Legislaturperiode eine gute und praktikable Lösung verabschiedet werden kann.

## Sammelklagen in den Vereinigten Staaten

*Heribert Hirte\**

### Zusammenfassung des Herausgebers

Heribert Hirte stellt wesentliche Akzente des US-amerikanischen Rechts zum Thema „Sammelklagen“ dar. Er stellt zunächst dar, dass die aus den USA bekannten „astronomischen“ Schadensersatzsummen aufgrund eines unterentwickelten Sozialsystems und geringer Prozessrisiken anfielen. Anschließend geht er auf einige Besonderheiten des amerikanischen Rechts ein. Hierzu gehört die Frage, welche Kläger zu welchem Prozesszeitraum welche Ansprüche geltend machen können, und wann sich eine Sammelklage prozessökonomisch lohnt. Hirte betont, dass Sammelklagen in den USA nur im Gesamtzusammenhang des dortigen Rechtssystems zu verstehen seien.

### 1. Einführung

Das Thema „Sammelklagen in den USA“ in einer solchen Publikation „kurz“ vorzustellen, stellt so etwas wie den Versuch der Quadratur des Kreises dar. Denn es gab in der rechtspolitischen Diskussion der letzten Jahre und Jahrzehnte kaum einen Bereich, der vergleichbar politisch umstritten war.<sup>1</sup> Dabei standen sich – vereinfacht gesagt – die politischen Lager oft dergestalt gegenüber, dass die Republikaner *pro business* die Zulassung

\* *Professor Dr. Heribert Hirte, MdB, ist Professor für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg, seit 2013 Mitglied der CDU/CSU Bundestagsfraktion und dort unter anderem im Vorstand des Parlamentskreis Mittelstand für Fragen des Rechts- und Verbraucherschutzes zuständig. Zudem ist er stellvertretender Vorsitzender des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz sowie Vorsitzender des Unterausschusses Europarecht.*

von Sammelklagen begrenzen, die Demokraten sie eher ausweiten wollten. Eine vollständige Abschaffung stand andererseits schon wegen der Eigeninteressen der Anwaltschaft, vor allem aber auch mit Blick auf die *due process clause* der US-Verfassung nie zur Diskussion.

Deshalb können hier nur einige Akzente aus der bislang geführten rechtspolitischen Diskussion schlaglichtartig aufgegriffen werden.

## 2. Gründe für hohe Schadenersatzsummen

Zuvor aber muss in Erinnerung gerufen werden, warum es in den Vereinigten Staaten zu zivilrechtlichen Verurteilungen in Höhen kommt, die im Vergleich zu Deutschland und Europa nur als astronomisch bezeichnet werden können.

Hier dürfen nämlich die Rahmenbedingungen des amerikanischen Rechtssystems nicht außer Betracht gelassen werden: Ein (immer noch) unterentwickeltes Sozialversicherungssystem, die Möglichkeit von Erfolgshonoraren und das nach der *American Rule* fehlende Risiko, im Fall eines Unterliegens die Anwaltskosten des Gegners zahlen zu müssen, dürften die entscheidenden Faktoren darstellen: Das – jedenfalls im Vergleich zu Deutschland und Europa – schlechtere Sozialversicherungssystem „zwingt“ Menschen zum Anwalt und in die Ziviljustiz in Fällen, in denen bei uns der Sozialstaat eingreifen würde. Das fehlende Risiko, die gegnerischen Anwaltskosten zu übernehmen, erlaubt die risikolose Geltendmachung auch hoher und höchster Schadenersatzsummen, die dann auch immer wieder ausgeurteilt oder zum Gegenstand eines Vergleichs gemacht werden. Das an die Stelle eines Prozesskostenhilfesystems tretende Erfolgshonorar treibt andererseits das Interesse des anwaltlichen Beraters an der Verurteilung zu hohen Schadenssummen stärker als bei uns.

Andererseits darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden: In den Vereinigten Staaten kommen in zahlreichen Fällen – vielleicht sogar aussichtsreiche – Verfahren nicht einmal vor eine *jury* (insgesamt erreichen

überhaupt nur 3 % aller Klagen die *Trial*-Phase!). Die wenigen Verfahren, die es „schaffen“, dienen dann im Sinne einer „Quersubventionierung“ aller anderen Verfahren. Aber genau diese 3 % sind damit auch die „Preistreiber“ für die Discovery-Phase (also Tatsachenermittlungsphase) davor, in der es deshalb zu Vergleichen in ebenfalls astronomischer Höhe kommt.

### 3. Sammelklagen

#### a. Grundansatz

Sammelklagen erfüllen in diesem System eine wichtige Funktion für den „Zugang zum Recht“. Denn sie wollen die Prozessführung in Fällen einer größeren Zahl von Klägern (oder theoretisch auch Beklagten) erleichtern, wenn deren individuelle Prozessführung *impractical* ist, ihren Ansprüchen aber ein vergleichbarer Sachverhalt oder vergleichbare Rechtsfragen zu Grunde liegen, die gegenüber den Unterschieden im Vordergrund stehen (*predominance*), und die gemeinsame Rechtsdurchsetzung gegenüber anderen Arten der Streitbeilegung vorzuziehen ist (*superiority*). Damit stehen hinter ihnen neben dem Gesichtspunkt einer Rechtsschutzgewährung auch ganz zentral ökonomische bzw. Effizienzüberlegungen in Bezug auf das gerichtliche Verfahren.

Weitere Voraussetzung für die Zertifizierung einer Sammelklage ist, dass die Sammelkläger durch einen Rechtsbeistand vertreten werden, der in der Lage ist, die Gruppe der Kläger „adäquat“ zu repräsentieren.

Sammelklagen können sowohl auf bundes- wie auf einzelstaatlicher Ebene vom Gericht zugelassen werden, wobei die Voraussetzungen im Detail differieren.

#### b. Regelung im US-Bundesrecht

Exemplarisch sei hier die „Rule 23“ der *Federal Rules of Civil Procedure* (Stand 1. Dezember 2017) wiedergegeben, die die Zertifizierung der Klagen auf Bundesebene regelt:

### **Rule 23 Class Actions**

“(a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
- (2) there are questions of law or fact common to the class;
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) TYPES OF CLASS ACTIONS. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

- (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:
  - (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or
  - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;
- (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or
- (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:
  - (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

- (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
  - (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
  - (D) the likely difficulties in managing a class action.
- (c) CERTIFICATION ORDER; NOTICE TO CLASS MEMBERS; JUDGMENT; ISSUES CLASSES; SUBCLASSES.
- (1) Certification Order.
- (A) Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.
  - (B) Defining the Class; Appointing Class Counsel. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).
  - (C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.
- (2) Notice.
- (A) (A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.
  - (B) (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:
    - (i) the nature of the action;
    - (ii) the definition of the class certified;
    - (iii) the class claims, issues, or defenses;
    - (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;



- (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;
    - (vi) the time and manner for requesting exclusion; and
    - (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).
  - (3) Judgment. Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:
    - (A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and
    - (B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.
  - (4) Particular Issues. When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.
  - (5) Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.
- (d) CONDUCTING THE ACTION.
- (1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:
    - (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;
    - (B) require—to protect class members and fairly conduct the action—giving appropriate notice to some or all class members of:
      - (i) any step in the action;
      - (ii) the proposed extent of the judgment; or
      - (iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;

- (C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;
  - (D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or
  - (E) deal with similar procedural matters.
- (2) Combining and Amending Orders. An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.
- (e) SETTLEMENT, VOLUNTARY DISMISSAL, OR COMPROMISE. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:
- (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.
  - (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.
  - (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.
  - (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.
  - (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.
- (f) APPEALS. A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(g) CLASS COUNSEL.

- (1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:
  - (A) must consider:
    - (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;
    - (ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;
    - (iii) counsel's knowledge of the applicable law; and
    - (iv) the resources that counsel will commit to representing the class;
  - (B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;
  - (C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;
  - (D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and
  - (E) may make further orders in connection with the appointment.
- (2) Standard for Appointing Class Counsel. When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.
- (3) Interim Counsel. The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.
- (4) Duty of Class Counsel. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(h) ATTORNEY'S FEES AND NONTAXABLE COSTS. In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:

- (1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d) (2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.
- (2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.
- (3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).
- (4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d) (2)(D)."

### c. Erfasste Ansprüche

Die Voraussetzungen, unter denen eine Sammelklage zugelassen werden darf, sind dabei – insbesondere in Fällen von „Deliktsschäden“ – äußerst umstritten. Dies beginnt bereits mit der Frage, ob deliktische Ansprüche (im Hinblick auf ihre Individualität) überhaupt „sammelklagenfähig“ sind, setzt sich fort bei der Frage, wie Rules 23 und 42 der *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)* darauf angewandt werden können, und betrifft schließlich die Frage, unter welchen Bedingungen derartige Klagen verglichen werden können: Hier ist insbesondere die Praxis im Streit, die Zulassung einer „Klasse“ für Vergleichszwecke an geringere Standards als bei deren Zulassung für ein streitiges Verfahren zu binden. Denn eine Prozessführung als Sammelklage bei Klagen, die nur geringe Erfolgsaussichten haben, löst einen immensen („erpresserischen“) Druck zum Vergleich auf den Beklagten aus und zwingt diesen mittelbar zur Stellung eines Insolvenzantrags (oder hat doch Einfluss auf beispielsweise dessen Börsenwert). Einzelne Gerichtsverfahren wären dem überlegen, weil bei ihnen mehrere heterogene

*juries* zum Zuge kämen und nicht eine *jury* über alles oder nichts sämtlicher Ansprüche entschiede.

Kritiker des Systems weisen aber auch auf das umgekehrte Risiko hin, nämlich dass ein Beklagter dadurch Druck auf die Kläger ausübe, dass er sich mit dem Klägervertreter, der die geringsten Forderungen stellt, zulasten eines großen Teils der Kläger vergleiche, womit den anderen die Möglichkeit eines vollen Ersatzes genommen sei.

Besonders problematisch ist die Einbeziehung „künftiger Geschädigter“ in einen Vergleich. Dies war u. a. Grund für den US Supreme Court, einen von der Tatsacheninstanz und dem Berufungsgericht aufrechterhaltenen Vergleichsabschluss aufzuheben. Geltend gemacht wurde insbesondere, dass die Einbeziehung künftiger Geschädigter in einen Vergleich über die sogenannte *Limited-fund*-Regel den Interessen der Geschädigten zuwiderlaufe. Das vorinstanzliche Gericht hatte eine Sammelklage allein für Vergleichszwecke zugelassen und in die Klasse der Kläger auch mögliche künftige Geschädigte einbezogen. Problematisch war hier, wie diese von der Prozessführung unterrichtet werden müssen, um ausschließen zu können, dass ihnen eine zukünftige eigene Prozessführung infolge Rechtskraft des Sammelverfahrens unmöglich ist.

Aufsehen erzielen Sammelklagen schließlich wegen ihres nochmals gesteigerten Haftungsvolumens vor allem dann, wenn sie auch die Geltendmachung von „Strafschadenersatz“ zulassen.

#### **d. Anwaltshonorare**

Hier erregt vor allem die Praxis, bei einem Vergleich im Rahmen einer Sammelklage die vertretenen Kläger mit Minimalrechten abzuspeisen und gleichzeitig den Anwälten fürstliche Honorare zu bewilligen, seit vielen Jahren Unmut. Der Texas Supreme Court lehnte aus diesem Grund etwa vor einiger Zeit die Genehmigung des Vergleichs in einer Sammelklage ab, in dem die beiden klägerischen Anwälte zusammen neun Mio. US-\$ Honorar erhielten, während die Kläger zusammengenommen eben-

falls nur etwa diese Summe erhielten: Der Umfang des den Anwälten zufließenden Honorars müsse gegenüber den Mitgliedern der klagenden Klasse offen gelegt werden; denn es sei für ihre Einschätzung wichtig, wie viel ein Beklagter insgesamt zu zahlen bereit sei. Ein Gericht in New York hatte in einem anderen Verfahren einen Vergleich wegen seiner „Wertlosigkeit“ aufgehoben, da der Vergleich den Beklagten zu gar keiner Leistung zugunsten der Kläger verpflichtete, den Anwälten hingegen 200.000 US-\$ an Gebühren zusprach. In anderen Fällen wurden den Klägern (faktisch wertlose) Rabatte auf (neue) Produkte des Herstellers eingeräumt, gegen den sie Schadenersatzansprüche geltend gemacht hatten.

Schon vor einiger Zeit wurde versucht, die Anwaltsgebühren an eine etwaige Vergleichssumme bzw. den tatsächlich erzielten Vergleichsbetrag zu binden und die Zuständigkeit der Bundesgerichte für bestimmte einzelstaatliche Sammelklagen oder mehrere Klagen mit vergleichbarem Gegenstand (sogenannte *mass actions*) mit einem Streitwert von mindestens fünf Millionen US-\$ festzuschreiben. Die Bundesgerichte können seither die Zustimmung zu einem Vergleich verweigern, soweit sie diesen nicht als fair und vernünftig ansehen (*Rule 26 (e) FRCP*). Auf einzelstaatlicher Ebene bleiben Sammelklagen nur zulässig, wenn mindestens zwei Drittel der Kläger und mindestens ein Beklagter in dem Bundesstaat ansässig sind, in dem die Sammelklage eingereicht wurde, der hauptsächlich Schaden in diesem Bundesstaat eingetreten ist und in den drei vorhergehenden Jahren keine Klage eingereicht wurde, welche die gleiche oder ähnliche Verletzungen betraf.

Damit einher ging eine erhebliche Verschiebung von Sammelklagen aus den einzelnen Staaten auf die Bundesebene. Das Gesetz sah sich daher im Vorfeld enormem Widerstand aus der Praxis vor allem der Klägeranwälte ausgesetzt, die zuvor mit der Wahl eines einzelstaatlichen Rechts – und damit einer einzelstaatlichen *jury* – erhebliches Druckpotential hatten. Denn allgemein stehen Sammelklagen im Kontext der andauernden Diskussion um das Problem des *forum shopping*, also der Möglichkeit zur Wahl des Gerichts, welches den Klägeranwälten der Sache am ehesten geneigt scheint.

Sammelklagen gelten im US-Recht zudem auf Seiten von „Klägeranwälten“ deshalb als so „attraktiv“, weil das Honorar der Anwälte erst nach einem Vergleich, wenn auch mit Genehmigung des Gerichts, festgelegt wird. Dies steht in Widerspruch zur Idee des Erfolgshonorars (das als solches schon als Triebfeder für hohe Schadenersatzsummen beschrieben wurde), nach der das Honorar im Vorhinein und angesichts der Unsicherheiten der noch bevorstehenden Prozessführung festgelegt wird, nicht aber nach dem bereits feststehenden Sieg; werde vorher über den Umfang des Erfolgshonorars verhandelt, könne sich zudem ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Anwälten ergeben.

Die kostenrechtlichen Triebfedern für Sammelklagen forderten auch an anderer Stelle Widerspruch heraus. So wurde etwa in Kalifornien schon im Jahr 1996 versucht, eine weitgehende Reform des Haftungsrechts durch Volksabstimmung durchzusetzen. Drei Initiativen waren von einem kalifornischen Technologieunternehmen unterstützt worden, das selbst mehrfach Ziel von Anlegersammelklagen gewesen war. Proposition 201 wollte daher den Verlierer einer Sammelklage verpflichten, die Anwaltskosten des Gegners zu übernehmen, wozu er nach der schon vorgestellten amerikanischen Grundregel, nach der jede Partei ihre eigenen Kosten zu tragen hat,<sup>2</sup> nicht verpflichtet ist.

#### **f. Keine Beschränkung auf *Negative Value Suits***

Besonders im Fokus stehen bei Sammelklagen sogenannte *negative value suits*. Gemeint sind damit Klagen, bei denen der Ersatzanspruch des einzelnen so gering ist, dass wegen des US-amerikanischen Kosten-systems, nach dem jede Partei die Kosten der eigenen Rechtsverfolgung zu tragen hat, die Kosten höher sind als ein möglicher Ersatzanspruch und sich deshalb eine Einzelklage nicht lohnt. Solche Ansprüche bilden – wie einleitend ausgeführt – den Kern der durch Sammelklagen durchzusetzenden Ansprüche. Denn derartige Rechtsverletzungen wären sonst eigentlich nie sinnvoll verfolgbar gewesen. Nach ursprünglicher Doktrin waren daher umgekehrt Klagen, in denen die möglichen Ersatzansprüche höher waren als die Kosten der Rechtsverfolgung, von der Zertifizierung

als Sammelklage ausgeschlossen. Der oberste Gerichtshof der USA hatte jedoch bereits in einem wegweisenden früheren Urteil<sup>3</sup> entschieden, dass Sammelklagen nicht ausschließlich auf solche *negative value suits* beschränkt seien.

## g. Jury

Ein Blick auf das US-amerikanische Haftungsrecht darf vor allem die *jury* nicht ausblenden, die von ganz zentraler Bedeutung für die Ausuferung der Haftungsrechtsprechung ist: Nach amerikanischem Prozess- und Verfassungsrecht besteht unter bestimmten Voraussetzungen auch in Zivilverfahren ein Anspruch darauf, dass ein Fall vor einer *jury* von Laienrichtern verhandelt wird (*VII. Amendment* der Verfassung, § 20). Diesen ist zwar nur die Beurteilung von Tatsachenfragen vorbehalten, doch zählen zu den Tatsachenfragen nach amerikanischem Verständnis auch Fragen, bei denen rechtliche und Tatsachenfragen ineinander übergehen. Im Haftungsrecht gehört dazu etwa die Frage der Festlegung des beruflichen Sorgfaltsstandards, die Frage der Kausalität und des Schadensumfangs. Das Erfordernis der Unabhängigkeit bei der Auswahl der Laienrichter führt gerade in Haftungsprozessen dazu, dass dort – im Gegenteil etwa zu den deutschen Kammern für Handelssachen – typischerweise nur die Abnehmerseite (Käufer, Patienten, Klienten) vertreten ist. Mit Überlegungen zum Schutz der *Jury*-Mitglieder durch die Geheimhaltung von persönlichen Informationen wie Wohnort oder Geschäftsadresse, einer besseren Bezahlung von *Jury*-Mitgliedern und Kündigungsschutz in ihrem Arbeitsverhältnis, andererseits aber durch Ausweitung der Möglichkeiten ihrer Einflussnahme auf das gerichtliche Verfahren selbst sollte dieser Einseitigkeit entgegengewirkt werden.

Zudem ist die Mitwirkung in einer *jury* zeitintensiv, was einen Teil der Bevölkerung – trotz entsprechender gesetzlicher Mitwirkungsverpflichtung – zum Ausweichen vor dem Laienrichteramt bringt (die grundsätzlich jedermann treffende Pflicht, in einer *jury* mitzuwirken, führte etwa dazu, dass auch der Verfasser dieser Zeilen einmal als *Jury*-Mitglied vorgeschlagen wurde – lange nachdem er seinen [Studien]Wohnsitz in



den USA schon wieder aufgegeben hatte; dies – und andere Gründe – schlossen ihn von dem ihm angetragenen Amt aus). Die durch beide Faktoren bedingten soziologischen Imparitäten haben in den *juries* eine Einstellung zu Lasten von *deep pockets* gefördert: Wer mehr Geld, eine „tiefe Tasche“ hat, soll auch den Schaden tragen. Gerade in Produkthaftungsstreitigkeiten und Arzthaftungsprozessen wirkt sich diese Einstellung zu Lasten des „reichen“ Großunternehmens oder des versicherten *professionals* aus. Zwar besteht auch in den Vereinigten Staaten Streit, ob das Bestehen einer Versicherung beim Schädiger ein (juristisches) Argument für die Haftung darstellt und deshalb der *jury* mitgeteilt werden darf. Angesichts des allgemeinen Wissens um die Versicherbarkeit der Haftung von Unternehmern und *professionals* spielt dies aber keine entscheidende Rolle. Die Mitwirkung der *juries* und deren Zusammensetzung wirkt sich ganz besonders in Form sehr generöser Urteile für *pain and suffering* (Schmerzensgeld) aus: Gerade Berichte über körperliche Schmerzen im Falle von Unfällen oder bei der Arzthaftung hinterlassen bei *Jury*-Mitgliedern tiefe Eindrücke. Das Gefühl, selbst in diese Lage kommen zu können, unterstützt die Entscheidung zugunsten hoher Zahlungen.

#### 4. Zusammenfassung

Sammelklagen können in den USA nur mit Blick auf den Gesamtzusammenhang mit verschiedenen anderen Rechtsbereichen richtig verstanden werden. Am Ausgangspunkt steht sicher das Ziel ausreichenden Rechtsschutzes für den Kläger, wie es die in der US-Verfassung verankerte *due process clause* auch fordert. Angesichts des (gerade für Geldzahlungsansprüche) fehlenden Systems der Prozesskostenhilfe stellen – für die Einzelklage das Erfolgshonorar und – für gleichgelagerte Ansprüche – die Sammelklage im Grundsatz sinnvolle Mittel der Rechtsdurchsetzung dar. Letztere ist dabei zentral auch ein Ausfluss ökonomischer Erwägungen.

Freilich begründen die kostenmäßigen Anreize für die „Klägeranwälte“ ein beträchtliches Risiko des Missbrauchs zu Lasten der potentiellen Beklagten. Umgekehrt besteht deutlich weitgehender als in Deutschland Konsens, dass

die Nicht-Geltendmachung von (Schadenersatz)Ansprüchen ökonomische Fehlanreize zu Lasten potentieller Beklagter setzt.

Ein letzter Hinweis gilt daher dem „Insolvenzrecht“: Angesichts der zum Teil immensen Schadenersatzleistungen, zu denen Unternehmen verurteilt wurden oder werden, kam es immer wieder zu Gesamtbereinigungen (teilweise auch durch den oder die Gesetzgeber), wenn die (potentiellen) Schuldner insolvent zu werden drohten – etwa im Bereich der Asbest- oder Tabakklagen. Typischerweise wurden hier Fonds eingerichtet, gegen die dann sämtliche Ansprüche zu richten waren. Der entsprechende (Verteidigungs-)Druck war aber nur möglich, weil das US-amerikanische Insolvenzrecht stärker als etwa das deutsche auf den Erhalt des Schuldner-Unternehmens und damit auf „Schuldnerschutz“ ausgerichtet ist.

- 1| *Wer sich intensiver mit dem Fragenkreis beschäftigen will, sei auf die jahrelange Berichterstattung des Verfassers zum US-amerikanischen Recht, insbesondere auch zum US-amerikanischen Haftungsrecht, verwiesen; siehe zuletzt zur Entwicklung des Haftungsrechts in den Vereinigten Staaten von 2001 bis 2005 Hirte/Willamowski, VersR 2007, 143 ff.; zur Entwicklung des Haftungsrechts in den Jahren 1996 bis 2000 Hirte/Otte/Willamowski, VersR 2002, 678 ff., 806 ff., 940 ff.; davor Hirte/Otte, VersR 1997, 18 ff., 153 ff. Auf Einzelnachweisungen wird hier vor diesem Hintergrund im Wesentlichen verzichtet.*
- 2| *So genannte American Rule: Alyeska Pipeline Serv. Co. v. Wilderness Soc’y 421 U. S. 240 (247), 95 S. Ct. 1612 (1616) (1975); BGHZ 118, 312 (325) = VersR 1992, 1281 (1285) = WM 1992, 1451 (1457).*
- 3| *Amchem Prods. Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997).*

## **DIE AUTORINNEN UND AUTOREN**

**Prof. Dr. Hans-Jörg Dietsche,**

Referent der Arbeitsgruppe Recht und Verbraucherschutz für die CDU/  
CSU Bundestagsfraktion,  
Honorarprofessor an der Fachhochschule des Mittelstands

**Jutta Gurkmann,**

Leiterin des Geschäftsbereichs Verbraucherpolitik beim Bundesverband  
der Verbraucherzentralen

**Prof. Dr. Heribert Hirte,**

Mitglied der CDU/CSU Bundestagsfraktion,  
Vorstand des Parlamentarierkreis Mittelstand, zuständig für Fragen des  
Rechts- und Verbraucherschutzes,  
Professor für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg

**Joachim Lüblinghoff,**

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Hamm,  
stellvertretender Vorsitzender der Deutschen Richterbundes

**Sebastian Steineke,**

Zuständiger Berichterstatter der CDU/CSU-Bundestagsfraktion im  
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

**Prof. Dr. Stephan Wernicke,**

Chefjustitiar des Deutschen Industrie- und Handelskammertages DIHK. e.V.,  
Honorarprofessor für Europarecht, Europäisches Wirtschafts- und Wett-  
bewerbsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin

**Elisabeth Winkelmeier-Becker,**

Rechts- und verbraucherpolitische Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion