



Juristische Fakultät

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Europäisches Privatrecht,
Rechtsvergleichung sowie
Marktregulierung durch
Verbraucher- und
Wettbewerbsrecht

**Prof. Dr. Susanne Augenhofer,
LL.M. (Yale)**

Datum:

12. Juni 2018

Bearbeiter:

Postanschrift:

Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6
10099 Berlin
Telefon +49 [30] 2093-3510
Telefax +49 [30] 2093-3419

susanne.augenhofer@rewi.hu-berlin.de
<https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/ls/aug>

Sitz:

Bebelplatz 1
Raum 138a
10117 Berlin

Verkehrsverbindungen:

S- und U-Bahnhof Friedrichstraße
Bus: Linien 100, 200 und TXL,
Haltestelle Staatsoper

**Stellungnahme
zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer
zivilprozessualen Musterfeststellungsklage (BT-
Drucksache 19/2439 und 19/2507) sowie zum Entwurf
eines Gesetzes zur Einführung von Gruppenverfahren
(BT-Drucksache 19/243)**

Das Tätigwerden der Bundesregierung in Sachen kollektiver Rechtsdurchsetzung ist zu begrüßen. Das Defizit der Durchsetzung von Verbraucherrechten ist mannigfach dokumentiert und war jahrelang Gegenstand einer bislang leider vergeblichen Diskussion. Fälle wie „Dieselgate“ zeigen, dass der europäische – und somit auch der deutsche – Verbraucher trotz einer großen Regelungsdichte im materiellen Recht schlechter geschützt ist als in den USA. In den USA wurde bekanntlich bereits etwa ein Jahr nach Aufdeckung des Skandals ein erster Vergleich zwischen FTC und Verbraucheranwälten getroffen, der für die Betroffenen zu außerordentlich befriedigenden Ergebnissen geführt hat.

Während die Initiative der Bundesregierung grundsätzlich ein Schritt in die richtige Richtung ist, kann der vorgelegte Entwurf jedoch aus

mehreren Gründen sowohl als Gesamtkonzept als auch im Detail nicht überzeugen:

I. Kritik des Gesamtkonzepts

1. Ausgestaltung als Feststellungsklage

Die Entscheidung, kollektiven Rechtsschutz als Feststellungsklage und nicht als Leistungsklage zu konzipieren, hat weitreichende Konsequenzen für den Verbraucher: Im schlimmsten Fall sieht er sich einem langwierigen Verfahren im Rahmen der Feststellungsklage ausgesetzt und ist gezwungen, in einem zweiten Individualprozess auf Grundlage des Feststellungsurteils auf Leistung zu klagen. Ob das erste Urteil im anschließenden Verfahren zu einer signifikanten Zeitersparnis führt, ist fraglich.

Der vorgestellte Entwurf ist somit nicht in der Lage, das sogenannte rationale Desinteresse des Durchschnittsverbrauchers zu beseitigen: Der Gedanke, dass Verbraucher dieses überwinden, wenn sie nicht nur einmal zu Gericht müssen, sondern zwei Mal, kann nicht überzeugen und entbehrt jeglichen empirischen Nachweises. Ein zweistufiges Verfahren wie das vorgeschlagene Musterfeststellungsverfahren ist nicht geeignet, das Unbehagen von Verbrauchern vor dem Gang zu Gericht zu beseitigen, fordert es doch vom Verbraucher, dieses gleich zwei Mal zu überwinden. Zudem ist er zwei Mal der Unsicherheit des Verfahrensausgangs ausgesetzt.¹

Auch die Überlegung, dass dem Verbraucher eine Leistungsklage erspart bleibt, weil Unternehmen im Zuge oder im Anschluss an ein Musterfeststellungsverfahren in einen Vergleich einwilligen werden, erscheint unrealistisch: Unternehmer haben keinerlei Anreiz, einem solchen Vergleich zuzustimmen, haben sie doch – weiterhin – mit keinerlei Sanktionen zu rechnen, da es unrealistisch erscheint, dass sich selbst bei Erfolg des Musterfeststellungsverfahrens alle beteiligten Verbraucher zu einer Leistungsklage durchringen können. Bei Großunternehmen kommt hinzu, dass sie über ein entsprechendes Budget für Rechtsstreitigkeiten verfügen und folglich eher einige Anschlussklagen auf Leistung riskieren, anstatt sich sofort auf einen Vergleich einzulassen. Diese Einschätzung wird auch durch die Ergebnisse der Evaluierung der ADR-Richtlinie sowie der ODR-Verordnung gestützt.

Dass negative Berichterstattung Unternehmen nicht bewegen, nach einem Rechtsbruch Verbraucher deren Recht zuzugestehen, sofern keine Sanktionen drohen, zeigt der Fall VW eindrucksvoll. Dazu kommt, dass mit einem Musterfeststellungsverfahren keine unmittelbare Sanktion für den Unternehmer verbunden ist, es diesbezüglich also zu einer Besserstellung des beklagten

¹ *Augenhofer*, Gutachten im Auftrag des vzbv: Deutsche und europäische Initiativen zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 77 f., abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/08/19-05-08_vzbv_gutachten_augenhofer.pdf [zuletzt abgerufen am 11.6.2018].

Unternehmers im Vergleich zu den zurzeit existierenden Unterlassungsklagen kommt, die im Erfolgsfall das Unternehmen zumindest zu Unterlassung und Beseitigung verpflichten.

Auch im europäischen Vergleich ist eine Ausgestaltung kollektiven Rechtsschutzes als Feststellungs- und nicht als Leistungsklage untypisch: Zwar sind die Mitgliedstaaten von einer einheitlichen Konzeption von Sammelklagen weit entfernt, aber es ist zu beobachten, dass die meisten ein einstufiges Verfahren vorziehen.²

In dieser Hinsicht wäre der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, der in § 610 Abs. 1 ZPO-E neben Feststellungs- auch Leistungsanträge zulässt, vorzugswürdig.

2. Kein Lösungskonzept für Bagatellschäden

Zudem erfasst das vorgeschlagene Musterfeststellungsverfahren nicht das Problem der sogenannten Bagatellschäden,³ d.h. Schäden, die so gering sind, dass es sich für Verbraucher selbst bei Existenz von Mechanismen der kollektiven Rechtsdurchsetzung nicht lohnt, zu Gericht zu gehen, weil der individuelle Schaden unter einer Grenze von ca. 50 Euro liegt.

Es ist jedoch im Sinne einer effektiven Rechtsdurchsetzung essentiell, dass auch solche Schäden zu Konsequenzen für die beteiligten Unternehmen führen. Unterlassungsansprüche sind hier unzureichend, weil die Gewinne nur im Rahmen eines eventuellen Gewinnabschöpfungsanspruchs eingezogen werden können, d.h. keine Kompensation für die Verbraucher darstellen. Der Anspruch gemäß § 10 UWG wird von den klagebefugten Verbänden zudem kaum geltend gemacht, da diese das Prozessrisiko tragen, aber die abgeschöpften Gewinne an den Bundeshaushalt abgeführt werden sowie Vorsatz nachzuweisen ist.

Eine Lösung für solche Bagatellschäden könnte daher – wie von Europäischen Kommission im New Deal angedacht – eine *opt-out*-Sammelklage sein, bei der der Schadensersatz beim Verband oder einer Behörde bleibt und für Verbraucherschutz verwendet wird.

Zwar ist diese Problematik unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Klageverfahrens für den Verbraucher, da in dieser Konstellation das rationale Desinteresse nicht überwunden werden kann. Allerdings wäre es begrüßenswert gewesen, wenn die Bundesregierung den Gesetzentwurf zur

² Vgl. *Augenhofer*, Gutachten im Auftrag des vzbv: Deutsche und europäische Initiativen zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 23 ff., abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/08/19-05-08_vzbv_gutachten_augenhofer.pdf [zuletzt abgerufen am 11.6.2018].

³ *Augenhofer*, Gutachten im Auftrag des vzbv: Deutsche und europäische Initiativen zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 8, abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/08/19-05-08_vzbv_gutachten_augenhofer.pdf [zuletzt abgerufen am 11.6.2018].

Musterfeststellungsklage zum Anlass genommen hätte, das Kernproblem – eine Vielzahl gleichartiger Schäden durch den Rechtsverstoß eines Unternehmens – umfassender zu adressieren. Dabei wäre im Hinblick auf Bagatellschäden an eine ergänzende behördliche Rechtsdurchsetzung zu denken. In Deutschland gibt es aktuell keine spezielle Verbraucherbehörde. Ein Blick in andere Mitgliedstaaten – wie Italien oder Belgien – zeigt, dass die Durchsetzung verbraucherrechtlicher Ansprüche oft in die Zuständigkeit einer Behörde fällt, meist auch mit einer korrespondierenden Zuständigkeit für kartellrechtliche und lauterkeitsrechtliche Fragen. In jüngerer Zeit wurde jedoch erwogen, dem Bundeskartellamt diesbezüglich mehr Kompetenzen einzuräumen.⁴ Im Idealfall würde also ein komplementäres System entstehen, in dem sich eine Sammelklage von Verbrauchern und eine behördliche Rechtsdurchsetzung im Falle von Bagatellschäden ergänzen.

Indem sich der Gesetzentwurf auf die kollektive Durchsetzung von Schäden über der Bagatellgrenze fokussiert, unterbleibt eine ergebnisoffene Diskussion eines Zusammenspiels kollektiver Rechtsdurchsetzung mit einer (zu schaffenden) Verbraucherbehörde.

II. Kritik der Einzelregelungen

Im Folgenden soll auf einzelne Aspekte der Musterfeststellungsklage nach dem Gesetzentwurf eingegangen werden. Die Stellungnahme kann sich naturgemäß nur auf ausgewählte Kritikpunkte bezüglich des Entwurfs beziehen.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Musterfeststellungsklage beschränkt den persönlichen Anwendungsbereich auf Ansprüche bzw. Rechtsverhältnisse zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Damit scheidet eine Klage im B2B-Bereich aus. Jedoch kann auch für Unternehmen, insbesondere für Kleine und Mittlere Unternehmen (KMU) das Instrument der Sammelklage sinnvoll sein. Gerade der VW-Skandal illustriert diese Notwendigkeit, beispielsweise in Fällen, in denen mittelständische Unternehmen ihren Fuhrpark von VW bezogen haben. Gegenüber Großunternehmen befinden sie sich in einer ähnlich schwachen Position wie Verbraucher und auch hier sind Massenschäden denkbar.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Durch die Beschränkung auf Ansprüche bzw. Rechtsverhältnisse zwischen Verbrauchern und Unternehmern ist der sachliche Anwendungsbereich relativ eng gefasst. Der neu eingeführte Verbraucherbegriff in § 29c ZPO-E zielt darauf ab, auch gesetzliche Ansprüche zu erfassen, was eine begrüßenswerte Klarstellung im Verhältnis zum Diskussionsentwurf darstellt. Allerdings wird die Änderung beim besonderen Gerichtsstand für Haustürgeschäfte verortet, was wiederum

⁴ Vgl. etwas zuletzt *Ost*, VuR 2018, 121-123.

inhaltliche Einschränkungen vermuten lässt. Dem Entwurf mangelt es in dieser Hinsicht an Klarheit. Zudem betrifft die Problematik von Massenschäden nicht nur Verbraucherangelegenheiten im engeren Sinn. So hat der französische Gesetzgeber den Anwendungsbereich der *action de groupe* in den letzten Jahren auf Diskriminierungs-, Datenschutz-, Umwelt- und Gesundheitsangelegenheiten erweitert.⁵ Auch der VW-Skandal zeigt, dass sich viele Ansprüche nicht nur im (Verbraucher)Vertragsrecht angesiedelt, sondern beispielsweise auch im Deliktsrecht.

§ 29c ZPO-E wiederum methodisch gesehen überflüssig, weil bereits § 13 BGB – etwas im Anwendungsbereich des UWG – so ausgelegt wird, dass nicht nur Rechtsgeschäfte des Verbrauchers, erfasst sind.

3. Klagebefugnis

Die Musterfeststellungsklage ist als Verbandsklage ausgestaltet. Durch den Verweis auf Art. 4 der Unterlassungsklagen-RL wird klargestellt, dass die Klagebefugnis auch für Verbände anderer Mitgliedstaaten gilt, die im Verzeichnis der EU-Kommission eingetragen sind.

Eine Beschränkung der Klagebefugnis auf qualifizierte Einrichtungen ist grundsätzlich sinnvoll, um eine effiziente Verfahrensführung zu erzielen und Missbrauch auszuschließen. Dies setzt zunächst voraus, dass die Verbände über ausreichende personelle und finanzielle Kapazitäten verfügen, um die Klage vorzubereiten und das Prozesskostenrisiko zu tragen. Im Bereich der Verbraucherverbände ist dies zumindest verbesserungsfähig, wobei sich eine unzureichende Ausstattung erst in der Praxis zeigen wird. Neben einer Erhöhung der Mittel durch Bund und Länder wäre auch eine Deckelung des Prozesskostenrisikos denkbar. Dazu macht der Gesetzentwurf bedauerlicherweise keine Angaben. Zwar ist die finanzielle Situation der Verbraucherverbände besser als beispielsweise in Frankreich, wo die klagebefugten Einrichtungen sich grundsätzlich ohne staatliche Unterstützung finanzieren und daher nur zwei, drei Verbraucherverbände in der Lage sind, größere Verfahren zu bewältigen.⁶ Es sollte jedoch darauf geachtet werden, dass die Musterfeststellungsklage nicht an der Überlastung der Verbraucherverbände scheitert. In diesem Fall würde ein Rechtsdurchsetzungsdefizit nur durch ein anderes ersetzt.

Nicht überzeugen kann zudem die im Entwurf vorgesehenen weiteren Einschränkungen der Klagebefugnis. So sagt z.B. die Anzahl der Mitglieder einer qualifizierten Einrichtung nicht

⁵ *Augenhofer*, Gutachten im Auftrag des vzbv: Deutsche und europäische Initiativen zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018, S. 36, abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/08/19-05-08_vzbv_gutachten_augenhofer.pdf [Stand: 11.6.2018].

⁶ Die mangelhafte finanzielle Ausstattung der Verbraucherorganisationen wird in Frankreich als einer der Gründe für die bislang durchwachsene Bilanz der französischen Sammelklage genannt.

zwangsläufig etwas darüber aus, ob die in der Lage ist, die Interessen von Verbrauchern tatsächlich effizient vor Gericht zu vertreten.

4. Anzahl der Betroffenen

Der Entwurf sieht in § 606 Abs. 3 Nr. 2 ZPO-E, dass mindestens zehn Verbraucher betroffen sein müssen. Hätte die Bundesregierung es dabei belassen, wäre dies eine erfreuliche Nachricht gewesen – zumal der vorherige Diskussionsentwurf noch die Zahl von 50 oder gar 100 Verbrauchern in den Raum stellte. Allerdings wird im aktuellen Entwurf quasi „durch die Hintertür“ ein Erfordernis von 50 Betroffenen eingeführt durch: § 606 Abs. 3 Nr. 3 ZPO-E verlangt, dass „zwei Monate nach öffentlicher Bekanntmachung der Musterfeststellungsklage mindestens 50 Verbraucher ihre Ansprüche oder Rechtsverhältnisse zur Eintragung in das Klageregister wirksam angemeldet haben“. Damit ist die Zulässigkeit der Klage faktisch von 50 Betroffenen abhängig. Diese Schwelle ist zu hoch: Effektiver Rechtsschutz wird damit erst einer verhältnismäßig großen Gruppe gewährt. Auch wenn de facto mehr als 50 Verbraucher betroffen sind, so ist nicht gesagt, dass sich aus den genannten Gründen dazu 50 Betroffene finden, die bereit sind, sich für das Verfahren zu registrieren.

5. Bindungswirkung

Problematisch im Hinblick auf den grundrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör ist, dass der Entwurf in § 613 Abs. 1 ZPO-E eine Bindungswirkung des Musterfeststellungsurteils für beide Seiten, d.h. für Verbraucher und Unternehmer, vorsieht. Der pauschale Hinweis, das rechtliche Gehör werde schon deshalb nicht verletzt, weil sich der Verbraucher frei entscheiden könne, ob er am Musterfeststellungsverfahren teilnimmt, greift zu kurz. Auch in einem kollektiven Klageverfahren, das Ansprüche bündelt, hat der Einzelne ein Äußerungsrecht und ein Recht auf Information. Da der Entwurf den klagebefugten Einrichtungen und dem Gericht keine Vorgaben macht, wie die Kommunikation mit den angemeldeten Verbrauchern im Detail aussieht, wird es von diesen Institutionen abhängen, ob das rechtliche Gehör des Einzelnen gewahrt bleibt. Denkbar wäre, den Zeitpunkt, bis zu dem der Verbraucher seine Anmeldung zurücknehmen und damit die Bindungswirkung beseitigen kann, weiter nach hinten zu verlegen. Zum vorgesehenen Zeitpunkt des Entwurfs, d.h. bis zum ersten Termin der mündlichen Verhandlung, kann der Verbraucher eventuell noch nicht absehen, ob die Prozessführung seinem Anspruch auf rechtliches Gehör gerecht wird.

6. Klageregister

Auch wenn ein langfristig elektronisch geführtes Klageregister zweifellos eine einfach zugängliche Plattform für Verbraucher darstellt, erfordert ein *opt-in*-Verfahren stets umfangreiche Informationsmaßnahmen, um eine möglichst große Anzahl an Betroffenen zu erreichen. Eine öffentliche Bekanntmachung allein über das Klageregister ist jedenfalls nicht ausreichend. Der

Gesetzentwurf lässt in dieser Hinsicht viele Fragen offen (Hinweis in Zeitungen? Internet? Schaltung von Hinweisen im Fernsehen?). Die Praxis zeigt, dass Rechtsdienstleistungsunternehmen auch deswegen Erfolg haben, weil sie den Verbrauchern intuitiv und leicht handhabbare online-Portale zur Verfügung stellen. Letztlich wird den qualifizierten Einrichtungen die Verantwortung zugewiesen, eine ausreichende Kommunikation sicherzustellen und diesen das Kostenrisiko aufgebürdet.

III. Mangelnde Harmonisierung mit dem „New Deal for Consumers“ der EU-Kommission

Auch negiert der Entwurf die Tatsache, dass die Europäische Kommission am 11. April 2018 im Rahmen des Maßnahmenpakets für einen „New Deal for Consumers“ eine Sammelklage vorgeschlagen hat. So sehr es zu wünschen ist, den betroffenen VW-Besitzern vor Ende der Verjährungsfrist zu helfen, so wenig kann diese Anlassgesetzgebung (neben den erwähnten Punkten) vor dem Hintergrund der europäischen Pläne überzeugen, umso mehr, als das der europäische Vorschlag in begrüßenswerter Weise über eine bloße Musterfeststellungsklage hinausgeht. Geplant ist ein einstufiges Verbandsklageverfahren, mit dem neben Unterlassungsansprüchen auch Schadensersatz geltend gemacht werden kann.

Eine effiziente Rechtsdurchsetzung wird nur mit Hilfe einer Sammelklage möglich sein. Der europäische Entwurf lässt auch keinen Fall „amerikanische Verhältnisse“ befürchten, sondern würde dazu beitragen, dass sich Rechtsbruch nicht lohnt. Dies sollte aber für alle Rechtsbereiche gelten, nicht nur für das Verbraucherrecht, sodass ein einzuführendes Instrument auch das Verhältnis B2B und insbesondere Verstöße gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb erfassen sollte.

IV. Fazit

Es lässt sich festhalten, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung den Verbrauchern bessere Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten bietet als bisher. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen. Allerdings bleibt die Musterfeststellungsklage weit hinter den Möglichkeiten eines effektiven Rechtsschutzes zurück: Vorzugswürdig wäre eine Leistungsklage mit geringeren Zulässigkeitschwellen, insbesondere im Hinblick auf die Anzahl der Betroffenen. Im Idealfall würde diese bei Bagatellschäden durch eine behördliche Rechtsdurchsetzung ergänzt. Im Hinblick auf die finanzielle Ausstattung der klagebefugten Einrichtungen wären klare Regelungen im Gesetzentwurf wünschenswert gewesen.

Ein „besser als nichts“ bezogen auf die Musterfeststellungsklage kann nicht der Anspruch sein. Insbesondere im europäischen Vergleich zeigt sich, dass Deutschland im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes zu den wenigen Mitgliedstaaten gehört, die bislang keine allgemeine Sammelklage

eingeführt haben. Mit der Musterfeststellungsklage droht der Gesetzgeber erneut hinter den europäischen Standards, nun in Form des geplanten „New Deal“, hinterherzuhinken.
