

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz – VRUG) BT-Drs. 20/6520

Schriftliche Stellungnahme im Vorfeld der öffentlichen Anhörung am 10. Mai 2023

Für die Gelegenheit zur Stellungnahme danke ich. Nachstehend konzentriere ich mich auf den Entwurf des VDuG. Zu den weiteren Inhalten des VRUG möchte ich mich auf die Einschätzung beschränken, dass die Änderungen im Rahmen der Gewinnabschöpfung nach dem UWG sachgerecht erscheinen. Die damit gemäß der Gesetzesbegründung beabsichtigte Flankierung der Abhilfeklage, die für Streuschäden unzweckmäßig sei, besteht allerdings nur darin, dass Unrechtsgewinne nicht (bzw. mit geringerer Wahrscheinlichkeit) beim Schädiger verbleiben. Das zentrale Ziel der Verbandsklagen-RL und des VDuG, Verbraucheransprüche zu befriedigen, wird damit für Streuschäden nach Einschätzung des Entwurfs nicht erreicht. Vor diesem Hintergrund spricht umso mehr dafür, die abgeschöpften Gewinne nicht weiter in den Staatshaushalt fließen zu lassen, sondern (insbesondere) für die Finanzierung von Verbandsklagen einzusetzen (s. hierzu II.1.).

I. Grundsätzliches

Das Kernanliegen der Verbandsklagen-RL, die Schaffung eines Instruments mit unmittelbarem Leistungszugang, ist mit dem VDuG-E m.E. sachgerecht umgesetzt. Zwar hätte der Leistungszugang gut auch in das Konzept der Musterfeststellungsklage (MFK) integriert werden können, die Einführung der Abhilfeklage neben der (reformierten) MFK scheint aber grundsätzlich funktionsfähig. Zum Leistungszugang löst das Konzept das Spannungsverhältnis zwischen Effektivität und Genauigkeit, indem es insbesondere mittels der relativ revisionsgeschützten Schätzungsbefugnis ein effektives Erkenntnisverfahren ermöglicht, d. Sachwalter/in eine genaue und zugleich gut determinierte Prüfung unter Wahrung der Unternehmensinteressen erlaubt und für Problemfälle eine nachfolgende Individualprüfung zulässt. Diese muss allerdings auf wirkliche Ausnahmefälle begrenzt sein, um Frustration der Verbraucher/innen und Unternehmen sowie eine unnötige Belastung der Gerichte zu vermeiden. Dafür scheint es essenziell, dass die Arbeit d. Sachwalter/in durch das Abhilfegericht gut vorbereitet und begleitet wird. Hierzu vermeidet der Entwurf zwar nachvollziehbar eine Einzelprüfung, erlaubt aber nach hiesigem Verständnis **Schärfungs- und Rückkoppelungsmöglichkeiten** zu grundsätzlichen Fragen über die Instrumente der Aufsicht (§ 30 VDuG-E), der Prüfung des Schlussberichts (§ 35 VDuG-E) und ggf. auch i.R. des Erhöhungsverfahrens (§ 21 VDuG-E). **Dieser Handlungsspielraum könnte noch expliziert werden, keinesfalls sollte er begrenzt werden.**

Überzeugend sind der breite sachliche Anwendungsbereich, die Anmeldeöglichkeit für kleine Unternehmen (die Begrenzung hierauf leuchtet allerdings nicht ein) sowie einige Nachschärfungen im Vergleich zu den §§ 606 ff. ZPO a.F. wie z.B. die Aufgabe des Quorums als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Vergleich. Andere mit der MFK verbundene Fragestellungen bleiben indessen offen wie zum Beispiel die bedeutsame Frage der Haftung der klagenden Verbände (s. hierzu noch unter II.1.).

Allerdings enthält das Konzept auch Schwächen, die für die Wirksamkeit der Instrumente relevant sind (vgl. hierzu unter II.). Weitere Vorschläge und Hinweise folgen unter III.

II. Funktionsrelevante Schwachstellen

1. Klagebefugnis (§ 2 VDuG-E)

Die Verengungen des § 606 Abs. 1 Satz 2 ZPO bestehender Fassung, die nach dem Koalitionsvertrag und dem den Ref.-E als „bewährt“ übernommen werden sollten, sind systematisch und teleologisch verfehlt.¹ Die Einengung der Klagebefugnis gegenüber dem Lauterkeitsrecht geht dogmatisch fehl, weil Einnahmemöglichkeiten, die nach Einschätzung mancher das Problem des Abmahn(un)wesens schafft,² im Bereich der MFK gerade nicht bestehen. Die von der Wirtschaftslobby geprägten Narrative der „amerikanischen Verhältnisse“ und einer „Klageindustrie“³ haben in der praktischen Anwendung dazu geführt, dass in drei Musterfeststellungsverfahren unbestritten im Verbraucherinteresse aufgeworfene Fragen von den Musterfeststellungsgerichten nicht haben geklärt werden können, ohne dass Anhaltspunkte für einen Missbrauch bestanden hätten. Die insinuierte Gleichsetzung von Verbraucherinteressen und Missbrauchsschutz erweist sich in der Praxis der Musterfeststellungsklagen als Gegensatz. Verbunden mit Problemen der Finanzierung und Haftung mag die altruistische Enge der Klagebefugnis Grund für die niedrige Zahl bisher erhobener MFK sein: Die Bundesregierung hatte seinerzeit 450 MFK p.a. prognostiziert; indessen sind in den ersten viereinhalb Jahren statt danach rechnerisch erwarteter mehr als 2.000 gerade einmal 35 MFK (1,7% des Erwartungswerts) erhoben worden, darunter bislang nur eine, bei der die einengenden Voraussetzungen nicht über die gesetzliche Vermutung (§ 606 Abs. 1 Nr. 4 a.F.; § 2 Abs. 3 VDuG-E) als gegeben gelten.

Deshalb ist es zu begrüßen, dass der Regierungsentwurf die Klagebefugnis dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) annähern will. Die verbliebenen Einengungen gegenüber dem Kreis der Klagebefugten nach § 3 UKlaG sind aber sachwidrig.

Mit der zur Übernahme aus § 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 ZPO geltender Fassung noch immer vorgesehene Begrenzung von Unternehmenszuwendungen sollte nach der Regierungsbegründung zur MFK (der aktuelle Entwurf enthält keine Begründung) „ausgeschlossen werden, dass Unternehmen durch die Zuwendung finanzieller Mittel verdeckt Einfluss auf den (gegebenenfalls auch ausländischen) Verband nehmen und das Instrument der Musterfeststellungsklage zur Schädigung eines Wettbewerbers oder Unternehmens, von dem sie in Abhängigkeit stehen, einsetzen können.“⁴ Der Zweck, Wettbewerber von einem Einfluss auf die MFK auszuschließen, ist bereits durch das Finanzierungsverbot in § 4 Abs. 2 Nr. 1 VDuG-E erreicht. Ferner ist die Konstruktion nicht zielgenau und enthält am Telos gemessen erheblich überschießende Anteile: Zum einen folgt aus der bloßen Zuwendung kein Einfluss. Zum anderen ist die Wettbewerbskonstellation im Tatbestand nicht abgebildet, sodass alle Unternehmenszuwendungen berücksichtigt werden müssen, auch solche aus ganz anderen Branchen und auch solche, die z.B. aus Compliance-Aspekten oder im Rahmen einer Bußgeldauflage nach § 153a StPO erfolgen. Es kommt hinzu, dass der seinerzeit im Vordergrund stehende Schutz vor über das Ausland gesteuerten Missbräuchen ohnehin nicht erreicht werden kann, kann doch die Einschränkung für ausländische Kläger gerade nicht gelten (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 VDuG-E).

Der Ausschluss der nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UKlaG klagebefugten qualifizierten Wirtschaftsverbände und Kammern ist ebenso sachwidrig.

Deshalb wird vorgeschlagen, den Klägerradius dem des UKlaG vollständig anzupassen, also **§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b VDuG-E zu streichen und die Stellen gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UKlaG in § 2 VDuG-E**

¹ vgl. nur *Stadler* in Musielak/Voit 20. Aufl. 2023 Rn. 4 vor §§ 606 ff.

² Vgl. hierzu etwa *Wernicke* BB 2018, I: „Die Abmahnung ist ... durch Kooperationen zwischen angeblichen Mitbewerbern und Abmahnanwälten in Verruf geraten.“

³ Zur Kritik vgl. nur *Stadler* WuW 2018, 189: „Schreckgespenst“; *Basedow* EuZW 2018, 609, 614: „ein an die Wand gemaltes Menetekel“; *Matussek* AnwBl. 2019, 464: „Kampfbegriff“.

⁴ Begründung Regierungsentwurf BT-Drs. 19/2439, 23.

aufzunehmen. § 2 Abs. 3 VDuG-E kann dann entfallen. Alternativ kommt auch ein Gleichlauf mit den Anforderungen an qualifizierte Einrichtungen für grenzüberschreitende Verbandsklagen (§ 4d UKlaG-ÄE) in Betracht, wozu allerdings eine weitere Listung erforderlich wäre.

Ob die hier vorgeschlagene Anpassung dazu führt, dass von den Verbandsklagen zukünftig im Sinne des Verbraucher- und mittelbar des Wettbewerbsschutzes angemessen Gebrauch gemacht werden wird, erscheint allerdings so sicher nicht. Der altruistische Ansatz der Instrumente, also der mit den Klagen verbundene nur unvollständig liquidierbare Aufwand, das Kostenrisiko, die faktische Unmöglichkeit kommerzieller Klagefinanzierung und die ungelöste Haftungsfrage⁵ lassen im Lichte auch der Erfahrungen mit der MFK befürchten, dass i.W. nur öffentlich geförderte Verbraucherverbände und diese auch nur zurückhaltend klagen werden. Ggf. müsste auch mit Blick auf die ansonsten fragliche Europarechtskonformität (vgl. Art. 20 Abs. 1, 2 Verbandsklagen-RL) die Möglichkeit einer systematischen Staatsfinanzierung z.B. mittels eines etwa aus Gewinnabschöpfungen gespeisten Finanzierung oder durch (ergänzende) Übernahme der Klagebefugnis in (mittelbare) staatliche Verantwortung⁶ erwogen werden. Um für solche rechtspolitische Weiterentwicklung aber auch mit Blick auf die zahlreichen weiteren Fragestellungen und Probleme, die sich mit einem neu geschafften bzw. neujustierten Instrument notwendig ergeben, eine ausreichende Entscheidungsgrundlage zu haben, bedarf es unabdingbar einer **gesetzlich vorgegebenen Evaluierung des VDuG** (oder umfassender des VRUG) **durch die Bundesregierung**; die im Regierungsentwurf angesprochene Evaluierung auf europäischer Ebene ist gewiss nützlich, weil sie den internationalen Vergleich ermöglicht, sie wird sich aber nicht hinreichend spezifisch mit dem deutschen Regelungsansatz auseinandersetzen können. Mit einer Evaluierung des VDuG hätte die Bundesregierung auch Gelegenheit, ihre Zusage, die MFK zu evaluieren,⁷ einzulösen.

2. Gleichartigkeitsbegriff bei der Abhilfeklage (§ 15 VDuG-E)

Die Anforderungen an die Gleichartigkeit erscheinen zu hoch. Das in der Gesetzesbegründung niedergelegte Interesse an der Effektivität von Erkenntnis- sowie Umsetzungsverfahren scheint überbetont und droht die Abhilfeklage ineffektiv, (kosten-)riskant und damit unattraktiv werden zu lassen. Nach der Gesetzesbegründung soll (nicht einmal) für alle Passagiere desselben Fluges eine einzige Abhilfeklage zulässig sein, wenn etwa die Geltung der Fluggastrechteverordnung oder der Vertriebskanal nicht für alle Passagiere gleich ist. Solche Unterschiede wird es bei – für sich zu unterstützender; s.o. I. – Einbeziehung von Ansprüchen kleiner Unternehmen im Regelfall zur Ungleichartigkeit führen, was im Spannungsverhältnis zu § 1 Abs. 2 VDuG-E stünde. Die vorgesehene Regelung nötigte Kläger dazu, im Vorfeld unterschiedliche Verbrauchergruppen zu identifizieren und ggf. mehrere parallele Verbandsklagen zu führen. Das würde die ohnehin schon hohen Anforderungen an das Verbraucherquorum multiplizieren, die Kosten erhöhen und die Streitwertdeckelung konterkarieren. Ferner könnte dies zu Doppelungen etwa von Beweisaufnahmen führen. Vor allem aber entstünde für Verbraucherinnen und Verbraucher das Risiko, sich zur „falschen“ Verbandsklage anzumelden mit der Folge, nicht nur im Umsetzungsverfahren unberücksichtigt zu bleiben, sondern nicht einmal die Verjährungshemmung zu erreichen und somit auch insgesamt leer auszugehen. Zudem kann sich fehlende Gleichartigkeit auch erst im Laufe des Verfahrens, etwa im Zuge der Beweisaufnahme ergeben mit der Folge, dass die Klage auch dann noch als unzulässig abgewiesen würde. Würde das Gericht stattdessen

⁵ vgl. nur Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, 2. Aufl. 2020, § 608 Rn. 26 ff.

⁶ Vgl. den Vorschlag von DIHK/Wernicke im MFK-Gesetzgebungsvorhaben, die Klagebefugnis einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung zu geben; Wortprotokoll der 15. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verfassungsschutz Nr. 19/15; S. 21 f.

⁷ BT-Drs. 19/2439, 21.

entsprechend der optimistischen Einschätzung der Gesetzesbegründung mit einer Prozesstrennung nach § 145 ZPO helfen, entstünde das Problem, das das enge Konzept gerade vermeiden will: Die Anmeldungen im Klageregister würden nicht mehr zu den dann mehreren Klagen passen. Soweit die Gesetzesbegründung auf eine Anspruchshäufung nach § 260 ZPO verweist, dürfte diese Möglichkeit bezogen auf nach der engen Definition ungleichartige Ansprüche gerade versperrt sein.

Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzugswürdig, eine größere Heterogenität im Abhilfeverfahren zuzulassen. Sachverhaltsunterschieden und Rechtsdifferenzen kann in diesem Rahmen zulässig durch Anspruchshäufung nach § 260 ZPO Rechnung getragen werden. Damit würde das Umsetzungsverfahren nicht überfordert, weil das Gericht den Unterschieden durch entsprechende Tenorierung Rechnung tragen kann und muss. Wenn etwa in der Fluggastkonstellation der Vertriebskanal zu unterschiedlichen Ansprüchen oder Anspruchshöhen führt, kann der Tenor für d. Sachwalter/in unterschiedliche Berechnungsweisen und unterschiedliche Nachweisarten an die Hand geben. Wenn sich auf diese Weise im Einzelfall gehobene Anforderungen an die Prüfung im Umsetzungsverfahren ergeben, kann das Gericht dem bei der Auswahl d. Sachwalter/in Rechnung tragen. Verbleibt im Einzelfall gleichwohl Klärungsbedarf, kann das Gericht die Klärung im Rahmen der Aufsichtsführung leisten. Insgesamt könnte § 15 Abs. 1 S. 2 VDuG etwa wie folgt gefasst werden:

„Gleichartig sind die Ansprüche von Verbrauchern, wenn

- 1. sie auf **einem gleichartigen** Sachverhalt oder auf einer Reihe vergleichbarer Sachverhalte beruhen und*
- 2. für sie **gleichartige** Tatsachen- und Rechtsfragen entscheidungserheblich sind.“*

3. Anmeldefrist (§ 46 VDuG-E)

Die gegenüber § 606 ZPO a.F. und gegenüber dem Ref.-Entwurf verlängerte Anmeldefrist und entsprechend verlängerte Abmeldefrist von zwei Monaten nach dem ersten Termin stellt einen Schritt in die richtige Richtung dar. Das Problem des fehlenden rechtlichen Gehörs für angemeldete Verbraucher/innen wird damit ein wenig entschärft, aber nicht gelöst. Zudem wird die Wahrscheinlichkeit von Anmeldungen und damit die Kollektivwirkung von erfolgversprechenden Verbandsklagen kaum erhöht.

Die vorgesehene Anmeldefrist hätte nur den Vorteil, dass Verbraucherinnen und Verbraucher ausreichend Zeit hätten, auf Basis des ersten Termins über die Teilnahme an der Verbandsklage zu entscheiden. Die verlängerte Frist würde aber nicht zur Berücksichtigung des weiteren Verfahrensverlaufs führen. Eine Auswertung zu den 19 Musterfeststellungsverfahren mit entsprechendem Verfahrensfortschritt ergibt folgendes Bild: In zehn Verfahren folgte auf bzw. noch im ersten Termin die Urteilsverkündung. Für diese Konstellation der Entscheidungsreife würde die Neuregelung nur dazu führen, dass die Entscheidung später als möglich verkündet würde (§ 13 Abs. 4 VDuG-E). In weiteren acht Musterfeststellungsverfahren sind in den zwei Monaten nach dem ersten Termin keinerlei Eintragungen im Klageregister aufzufinden. Lediglich in einem Verfahren sind nach dem Termin die geänderten Klageanträge veröffentlicht worden. Auf Basis dieser Auswertung muss davon ausgegangen, dass die vorgesehene Fristverlängerung für die Verbraucherinnen und Verbraucher keine weiteren für ihre Anmelde- oder Abmeldeentscheidung nützliche Informationen wie Erkenntnisse aus Beweisaufnahmen erbringen würde.

Selbst wenn man annimmt, dass die Regelung dazu führt, dass das Gericht im Sinne eines gehörsfreundlichen Prozessmanagement das Verfahren (stark) beschleunigt, kann nur in besonders gelagerten Einzelfällen eine Beweisaufnahme durchgeführt und im Klageregister dokumentiert sein. Es kommt hinzu, dass selbst die im Einzelfall zur zeitnahen Klärung geeigneten Verfahren von daran interessierten

Beklagten taktisch in die Länge gezogen werden können, um so Verbraucher/innen von der Anmeldung abzuhalten oder die Entscheidung über die Abmeldung erschweren.

Sachgerecht erscheint die **Anknüpfung an den Schluss der mündlichen Verhandlung i.S.d. § 296a ZPO**. Mit dieser auch bereits im RefE zur Musterfeststellungsklage vorgesehenen Lösung ist ein am Verfahrensverlauf ausgerichteter Zeitpunkt gewährleistet, das Problem fehlenden rechtlichen Gehörs substantiell entschärft und die Breitenwirkung der Verbandsklage maßgeblich gestärkt. Die Interessen der Unternehmen sind hierdurch nicht substantiell berührt: Ein Interesse daran, dass rechtskräftig gekläerte Ansprüche nicht durchgesetzt werden, ist nicht schützenswert; die Leitwirkung rechtskräftiger Abweisung der Verbandsklage schützt hinreichend vor Individualklagen.

Die Ausdehnung der Anmeldefrist auf den Schluss der mündlichen Verhandlung hätte auch den Vorteil, dass die bisher vor allem dem fehlenden rechtlichen Gehör der Anmelder geschuldete Passivität der Beklagtenseite relativiert werden könnte. Nach h.M. zu §§ 606 ff. ZPO in der bisher geltenden Fassung sind sowohl die Widerklage als auch die Einbringung von Feststellungszielen i.R.d. Musterfeststellungsklage ausgeschlossen. Diese Passivität könnte bei Stärkung der Anmeldeflexibilität erweitert werden (s.u. II.4.). Ohnehin wäre eine gesetzliche Klarstellung der prozessualen Gegenrechte der Beklagtenseite wünschenswert.

II. Weitere Vorschläge und Hinweise

1. Kreis der Beklagten (§ 1 VDuG-E)

§ 1 VDuG-E verlangt als Beklagten einen Unternehmer. Nach der insoweit offeneren Formulierung in § 606 Abs. 1 ZPO bestehender Fassung hingegen ist bisher (z.B.) auch ein/e Insolvenzverwalter/in in Bezug auf Insolvenzforderungen gegen das betroffene Unternehmen passivlegitimiert (vgl. OLG München 21.7.2020 – MK 2/19, BeckRS 2020, 19794 - nicht rk.). Die vorgesehene Rechtsänderung erscheint mit Blick auf u.U. komplexe Folgefragen durchaus sachgerecht. Wollte man MFK (zumindest) in der Insolvenzkonstellation weiterhin ermöglichen, müsste dies ausdrücklich geregelt werden.

2. Streitgegenstandsbegriff (§ 8 Abs. 1, § 11 Abs. 2 VDuG-E)

Als Voraussetzung für die Sperrwirkung der Musterfeststellungsklage geltenden Rechts verlangen § 610 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO einheitlich, dass „... deren Streitgegenstand denselben Lebenssachverhalt und dieselben Feststellungen betrifft“, was als Bekenntnis zum zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff verstanden werden kann und wird. Diese Formulierung greift § 11 Abs. 2 VDuG-E auf, während § 8 Abs. 1 VDuG-E schlicht von demselben Streitgegenstand spricht. Was mit der Änderung bzw. der Differenzierung beabsichtigt ist, ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung nicht. **Zur Vermeidung von Missdeutungen wird eine Vereinheitlichung oder eine Klarstellung empfohlen.**

3. Parallel anhängige Verbandsklagen (§ 8 Abs. 2 VDuG-E)

Die § 610 Abs. 2 ZPO in der bisher geltenden Fassung entnommene Regelung des § 8 Abs. 2 VDuG-E, wonach taggleich eingegangene Verbandsklagen verbunden werden können, schafft mehr Probleme als sie löst. Vermutlich geht es dem Entwurf wie dem Gesetzgeber der MFK (Ausschussbericht BT-Drs. 19/2741, 25) darum zu verhindern, dass es rein vom Zufall abhängt, welche Klage zuerst zugestellt werde. Die bestehende und nun auch für das VDuG vorgesehene Lösung erfasst indes zum einen nur einen Ausschnitt der Problematik; auch bei nicht taggleich eingegangenen Klagen kann es zu einem an

sich sachwidrigen Zustellungs-„Wettbewerb“ kommen, ohne dass hierfür eine Regelung vorgesehen ist. Zum anderen hat die zur Perpetuierung vorgesehene Regelung den Nachteil, dass sie die verschiedenen Kläger in eine interessenwidrige Zwangs-Streitgenossenschaft bringen kann. Schließlich ist unklar, wie das Gericht vorzugehen hat, wenn in Ausübung des eingeräumten Ermessens von einer Verbindung absieht. Will man das Gesamtproblem lösen und die beschriebenen Nachteile vermeiden, könnte Abs. 2 wie folgt lauten:

„Werden vor Zustellung einer Verbandsklage weitere Verbandsklagen eingereicht, die denselben Streitgegenstand⁸ betreffen, gibt das Gericht den Klägern⁹ Gelegenheit, eine Streitgenossenschaft nach § 7 zu bilden. Kommt es hierzu nicht, stellt das Gericht die zuerst eingegangene Klage zu und unterrichtet hierüber die weiteren Kläger.“

Soweit hinter der zur Übernahme ins VDuG vorgesehenen Regelung die Vorstellung stehen sollte, die zeitliche Reihenfolge taggleich eingegangener Klagen lasse sich nicht feststellen, besteht ein solches Problem spätestens seit Begründung der elektronischen Übermittlungspflicht zum 1.1.2022 (§ 130d ZPO) nicht mehr.

4. Geltung der Vorschriften für das erstinstanzliche Verfahren vor Landgerichten

Anders als § 610 Abs. 5 S. 1 ZPO a.F. und § 6 Abs. 1 S. 2 UKlaG-ÄE bestimmt § 13 VDuG-E nicht ausdrücklich, dass die Regelungen der ZPO für das erstinstanzliche Verfahren der Landgerichte gelten. Im Sinne der Kohärenz innerhalb desselben Artikelgesetzes und zur Vermeidung von Missverständnissen könnte § 13 Abs. 1 VDuG-E wie folgt ergänzt werden:

„Auf Verbandsklageverfahren sind die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung anzuwenden, soweit sich aus diesem Gesetz nicht etwas anderes ergibt.“

5. Ausschluss der Widerklage

Soweit es in der Gesetzesbegründung (anders noch als im Referentenentwurf) heißt, es sei eine „Widerklage der verklagten Unternehmerin oder des verklagten Unternehmers gegen angemeldete Verbraucherinnen und Verbraucher im Verbandsklageverfahren ausgeschlossen“, erscheint dies zu eng. Zum einen muss aus Gründen der Verfahrensökonomie das Missverständnis vermieden werden, dass andere Drittwiderklagen z.B. gegen nichtangemeldete Verbraucher/innen (vorbehaltlich der Konnexität) möglich seien. Zum anderen sollte mit der h.M. zur MFK geltenden Rechts auch die Widerklage gegen den Kläger etwa zur Erweiterung der Feststellungsziele ausgeschlossen sein. Ein Verständnis im Sinne eines umfassenden **Ausschlusses der (jeder) Widerklage** lässt sich zwar womöglich bereits aus der von der Bundesregierung gegebenen Begründung, es handele sich um eine gesonderte Prozessart, ableiten, sollte aber zur Vermeidung von Missverständnissen und Rechtsunsicherheit ausdrücklich im Gesetz niedergelegt werden, etwa durch **Aufnahme in den Ausnahmekatalog des § 13 Abs. 3 VDuG**. Das ausdrückliche Zulassen einer Widerklage erschiene indessen dann vertretbar, wenn die Teilnahmefrist substantiell ausgedehnt und damit der Mangel rechtlichen Gehörs maßgeblich relativiert wird (s.1.3.).

⁸ S. hierzu erg. unter 2.

⁹ Zu diesem Begriff vgl. unter 14.

6. Individuelle Vollstreckung von Urteilen auf Leistung an Verbraucher/innen (§ 16 VDuG-E)

Nach § 16 Abs. 1 S. 2 VDuG-E ist in der Konstellation der Leistung *an namentlich benannte* Verbraucherinnen und Verbraucher (§ § 14 S. 1 VDuG-E) (gleich) durch Urteil und nicht (erst) durch Grundurteil zu entscheiden. Das ist sachgerecht, weil in dieser Konstellation das Urteil individuell vollstreckbar ist und es eines Umsetzungsverfahrens nicht bedarf. Das gilt aber nicht nur für Zahlungsaussprüche, sondern gleichermaßen für Urteile auf andersartige Leistungen. Für letztere Konstellation müsste aber nach der Entwurfsfassung ein Abhilfegrundurteil ergehen mit der Folge, dass die Individual-Vollstreckung und die kollektive Vollstreckung nach § 29 VDuG-E in eine nicht geregelte und kaum auflösbare Konkurrenz träten. Da ein Umsetzungsverfahren in der Konstellation der Leistung insgesamt entbehrlich ist, sollten in § 16 Abs. 1 S. 2 VDuG die **Worte „im Falle einer Verurteilung zur Zahlung“ gestrichen werden.**

7. Abhilfegrundurteil (§ 16 VDuG-E)

Zu begrüßen ist die Absicht des Entwurfs, bei sich abzeichnendem Erfolg der Abhilfeklage einen Vergleich über die Durchführung der Einzelbefriedigung anzuregen. So können die Parteien statt des notwendig inflexiblen gesetzlichen Umsetzungsverfahrens eine maßgeschneiderte Lösung vereinbaren und so kann das Unternehmen auch zu einer besseren Kostensteuerung gelangen. Damit wird auch das Gericht entlastet. Die zur Umsetzung vorgesehene verbindliche Zweistufigkeit (erst Grund- dann ggf. Endurteil) erscheint indessen als zu starr und überdies missbrauchs anfällig. Das Gericht wird bei vorausschauender Prozessführung bereits vor einem sich abzeichnenden zusprechenden Urteil die Möglichkeit eines Gesamtvergleichs ausloten und hierzu auch bereits die Umsetzungsebene einbeziehen. Deshalb wird das Gericht in aller Regel bereits vor dem (ersten) Urteil eine belastbare Einschätzung darüber haben, ob nach einem möglichen Grundurteil Aussicht auf einen Umsetzungsvergleich besteht. Ist dies nicht der Fall, besteht kein Grund für den Zwischenschritt eines Grundurteils, vielmehr sollte das Gericht in dieser Konstellation unmittelbar ein Abhilfeendurteil erlassen. Blicke es bei der unbedingten Vorgabe, bestünde die Gefahr einer erheblichen Verzögerung: Das trotz absehbar nicht erreichbaren Umsetzungsvergleichs erlassene Grundurteil kann durch Revision (§ 16 Abs. 4 VDuG-E) angefochten, das Abhilfeverfahren erst nach Abschluss des BGH-Verfahrens (§ 17 Abs. 2 VDuG-E) fortgesetzt und das Umsetzungsverfahren erst nach Vollstreckung des Abhilfeendurteils (vgl. dazu unter 8.) begonnen werden (§ 24 VDuG-E). Das **Grundurteil** sollte also entweder in **richterliches Ermessen** gestellt werden, wie es im RefE noch vorgesehen war, oder von einem **Antrag des Klägers** abhängig gemacht werden. In § 18 VDuG-E könnte dann klargestellt werden, dass der Tenor des Abhilfeendurteils die Angaben nach § 16 Abs. 2 S. 1, 2 VDuG-E enthält.

8. Vollstreckung des Abhilfegrundurteils

Nach den gem. § 13 Abs. 1 VDuG-E anwendbaren allgemeinen Regeln setzt die Vollstreckung Rechtskraft oder vorläufige Vollstreckbarkeit (§ 704 ZPO) voraus. Der Kläger muss also entweder das mögliche (§ 18 Abs. 4 VDuG-E) Revisionsverfahren abwarten, was nach der möglichen Revision gegen das Grundurteil (§ 16 Abs. 4 VDuG-E) zu einer weiteren u.U. mehrjährigen Verzögerung führen kann oder aber die vom Gericht gem. § 709 Abs. 1 S. 1 ZPO festgesetzte Sicherheit leisten. Diese erscheint indes nach Rechtskraft des Grundurteils von vornherein verzichtbar. Wenn das Endurteil in der Revisionsinstanz aufgehoben oder abgeändert wird, sind zwischenzeitlich getätigte Zahlungen des Unternehmens nicht gefährdet, sondern befinden sich im unter gerichtlicher Aufsicht (§ 30 VDuG-E) verwalteten Umsetzungs fonds oder aber sind von d. Sachwalter/in nach erfolgter Prüfung einschließlich möglichem Widerspruchverfahren an berechnigte Verbraucher/innen ausgezahlt. Letztlich geht es im Revisionsverfahren gegen das Abhilfeendurteil substantiell um die Schätzung des Kollektivbetrags und der Kosten

des Umsetzungsverfahrens; in diesem Rahmen bestehen indes keine Risiken für das Unternehmen, die der vollstreckungsrechtlichen Absicherung bedürften. Für zusprechende Erhöhungsurteile nach § 21 VDuG-E gilt entsprechendes. Deshalb wird vorgeschlagen, **§ 708 Abs. 1 ZPO um folgende Nr. 3a zu ergänzen: „aus Abhilfeurteilen und Erhöhungsurteilen nach §§ 18, 21 Abs. 2 des Verbraucherschutzrechtsetzungsgesetzes“** und auf diese Weise auch eine Sicherheitsleistung nach § 711 ZPO auszuschießen.

9. Erhöhungsklage (§ 21 VDuG-E)

Die Möglichkeit zur Erhöhung des Kollektivbetrags¹⁰ ist zu begrüßen. Die Ausgestaltung erscheint aber insoweit problematisch, als eine Klage auch dann erforderlich wäre, wenn das Unternehmen mit der Erhöhung einverstanden ist und sogar dann, wenn es freiwillig leistet. In dieser Konstellation wäre es kaum sachgemäß, das Unternehmen die Verfahrenskosten tragen zu lassen. Wenn der Beklagte (deshalb) ein sofortiges Anerkenntnis erklärt, dürfte gem. § 93 ZPO der Kläger die Kosten zu tragen haben, weil der Beklagte ja keinen Klageanlass gegeben hatte, die Klage vielmehr nach der gesetzlichen Konstruktion nicht vermeiden konnte. Eine Kostenlast des Klägers ist aber noch weniger sachgerecht. Um Kohärenz zu den Kostentragungsregelungen herzustellen, aber auch um unnötige Prozesse und damit auch Zeitverluste im Umsetzungsverfahren zu vermeiden, sollte dem Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt werden, den Kollektivbetrag freiwillig zu erhöhen. Hierzu könnte § 21 Abs. 1 S.1 VDuG wie folgt ergänzt werden:

„Der Kläger¹¹ kann während des Umsetzungsverfahrens die Erhöhung des kollektiven Gesamtbetrags beantragen, soweit der Beklagte diese trotz Aufforderung des Klägers nicht freiwillig leistet.“

10. Zeitpunkt der Erfüllung von Zahlungsansprüchen im Umsetzungsverfahren (§ 27 Nr. 9 VDuG-E)

Aus der Vorgabe gleichmäßiger Verteilung eines Defizits im Fall der Fonderschöpfung (§ 27 Nr. 9 VDuG-E) folgt, dass d. Sachwalter/in den Zahlungsplan außer bei eindeutiger Auskömmlichkeit des Kollektivbetrags erst nach der Widerspruchsphase finalisieren und die Auszahlungen vornehmen kann. Denn würde d. Sachwalter/in erst den Zahlungsplan aufstellen und auf dieser Basis, ggf. nach Erhöhung des Kollektivbetrags gem. § 21 VDuG, in voller Höhe oder gekürzt auszahlt, können sich die Grundlagen der Berechnung im Widerspruchsverfahren (in beiden Richtungen) ändern. Bei einer sich in der Widerspruchsphase ergebenden (weiteren) Überschreitung des Gesamtbetrages müssten die anteiligen Kürzungen erhöht bzw. nachgeholt oder es müsste ggf. zum wiederholten Male die Erhöhung des Gesamtbetrags initiiert werden. Bei einer Reduzierung der im Auszahlungsplan angenommenen Gesamthöhe müssten spiegelbildlich zuvor vorgenommene Kürzungen vermindert oder gestrichen werden. Damit wären unnötige Komplikationen und Verzögerungen verbunden, v.a. auch eine schwierige Kommunikation mit den Verbrauchern, für die die Änderungen schwerlich nachvollziehbar sein dürften. Mit dem Entwurfswortlaut ist dieses Vorgehen vereinbar. Eine andere zeitliche Reihenfolge ist nicht ausdrücklich vorgegeben und Sinn und Zweck des Gesamtvorgangs streiten für die hier vertretene Auslegung. **Eine Klarstellung erscheint nicht zwingend geboten, es sollten andererseits aber auch keine Regelungsänderungen erfolgen, die nahelegen, dass der Gesetzgeber von einem anderen Ablauf ausgeht.**

¹⁰ Zum Begriff vgl. unter 14.

¹¹ Zu dieser Änderung vgl. unter 14.

11. Rechtsbehelfe d. Sachwalters/in

D. Sachwalter/in kann durch Beschlüsse des Abhilfegerichts beschwert sein, insbesondere durch Zwangsmittel nach § 30 VDuG-E, durch eine Eröffnung des Umsetzungsverfahrens trotz fehlender Zahlung des Kostenbetrags (§ 24 VDuG-E), durch Zurückweisung des Antrags nach § 32 Abs. 2 VDuG-E, durch eine Beanstandung nach § 35 Abs. 2 VDuG-E oder die Festsetzung des Kostenbetrags nach § 36 Abs. 2 VDuG-E. Da sie/er nicht Prozesspartei ist, dürfte ihr/ihm die in der Begründung zu §§ 30, 32, 36 VDuG-E angesprochene Rechtsbeschwerde ohne ausdrückliche Regelung verwehrt sein. Statthaft kraft ausdrücklicher Regelung sollte indes nicht der Rechtsbehelf der Rechtsbeschwerde sein, weil die Befugnis, sich gegen belastende Entscheidungen zu wehren, nicht von den Gemeinwohlbelangen des § 574 ZPO abhängig gemacht werden sollte. Vielmehr scheint wie etwa in § 409 Abs. 2 ZPO hins. des Sachverständigen der Rechtsbehelf der sofortigen Beschwerde vorzugswürdig, der in § 30 in einem neuen Abs. 4 wie folgt eingeführt werden könnte:

„Der Sachwalter kann gegen Entscheidungen des Gerichts nach diesem Gesetz sofortige Beschwerde erheben.“

12. Vollstreckung unvertretbarer Handlungen im Umsetzungsverfahren

Es erscheint sachgerecht, die Vollstreckung von nicht auf Zahlung gerichteten Ansprüchen im Umsetzungsverfahren zu bündeln und nach den Regelungen über die Vollstreckung unvertretbarer Handlungen durchführen zu lassen. § 29 VDuG-E ist allerdings auf vertretbare Handlungen beschränkt, weshalb unklar ist, nach welchen Regelungen unvertretbarere Handlungen zu vollstrecken sind. Es wird empfohlen, **§ 29 VDuG auf unvertretbare Handlungen auszudehnen**, etwa indem die Worte **„vertretbare Handlung“** durch **„Leistung“** bzw. **„Leistungen“** ersetzt werden.

13. Aussetzung bei nicht anmeldefähigen Ansprüchen (§ 148 Abs. 2 ZPO-ÄE)

Der Aussetzungsantrag mittlerer und großer Unternehmen ist auf die Parteirolle als Kläger bezogen. Indessen kann das Unternehmen, dem die Anmeldung zum Klagerregister verwehrt ist, sich im einschlägigen Individualverfahren auch in der Rolle des Beklagten befinden, etwa wenn er sich gegen eine negative Feststellungsklage wehrt oder wenn er mit dem nichtanmeldefähigen Anspruch aufrechnet. Um diese Konstellationen mit einzubeziehen, sollte die Antragsbefugnis von der Prozessrolle gelöst werden. § 148 Abs. 2 ZPO könnte dann wie folgt lauten:

*„Das Gericht kann ferner, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen oder Rechtsfragen abhängt, die Gegenstand einer Verbandsklage nach dem Verbraucherrehtedurchsetzungsgesetz sind, auf Antrag ~~des Klägers, der~~ **der Partei, die sich zum Verbandsklagenregister deshalb nicht anmelden kann, weil sie nicht Verbraucher oder nach diesem Gesetz einem Verbraucher gleichgestellt ist, anordnen, dass die Verhandlung bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder sonstigen Erledigung des Verbandsklageverfahrens auszusetzen sei.**“*

14. Begriffliches/Redaktionelles

Zutreffend spricht der Entwurf in § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 7 Abs. 1, § 12 Abs. 1 VDuG-E von der **„klageberechtigten Stelle“**; im Übrigen scheint aber der verfahrensbezogene Begriff **„Kläger“** entspr. der ZPO-

Terminologie treffender. Auch soweit der Entwurf von „*Unternehmer*“ oder „*verklagten Unternehmer*“ spricht, scheint dies (ersteres) nur in § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 7 Abs. 1, § 11 Abs. 1, § 14 Abs. 1, § 41 VDuG-E zutreffend, im Übrigen hingegen der ZPO-Terminus „**Beklagter**“ vorzugswürdig, den der Entwurf bisher nur in § 46 Abs. 2 VDuG-E verwendet.

Der Begriff „kollektiver Gesamtbetrag“ kann zur Vermeidung von Redundanz in „**Kollektivbetrag**“ **geändert** werden.

Regelungen, die sich auf die Anmeldung von Verbraucherinnen und Verbrauchern beziehen, verlangen teilweise ausdrücklich die in § 46 i.V.m. 47 VDuG-E geregelte Wirksamkeit der Anmeldung bzw. deren Rücknahme (z.B. § 11 Abs. 1, § 26, § 48 Abs. 2 VDuG-E), überwiegend indessen nicht (§ 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1, § 11 Abs. 2,3, § 13 Abs. 2, § 21, § 26, § 27 Nr. 8, § 45 Nr. 8, § 48 Abs. 2,3, VDuG-E, § 204a Abs. 1 Nr. 3, 4 BGB-E (anders noch als in § 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB a.F.), § 30 VSBG-ÄE). In der Sache dürfte klar sein, dass die Wirksamkeit anders als die inhaltliche Richtigkeit (vgl. § 46 Abs. 3 VDuG-E) stets erforderlich ist. Um Missverständnisse und unerwünschte Rückschlüsse zu vermeiden, sollte das **Erfordernis der Wirksamkeit** entweder durchgehend vorgegeben werden oder (besser) **einheitlich nicht ausdrücklich ausgesprochen**, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Zudem sollte in **§ 26 VDuG-E das Wort „fristgerecht“ gestrichen werden**, um den Rückschluss zu vermeiden, dass es hier auf die Einhaltung der Formvoraussetzungen nicht ankomme.

In § 24 Nr. 2 VDuG-E kann das Wort „**gegebenenfalls**“ **entfallen**, weil sich die damit ausgedrückte Bedingung bereits aus dem zweiten Halbsatz ergibt.

Die für die Verordnung über das Register für Verbandsklagen vorgesehene Abkürzung „VRegV“ wird bereits für die Verordnung über das Zentrale Vorsorgeregister verwendet und könnte vielleicht in „**VKRegV**“ **geändert** werden.