

**Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes
zur Umsetzung der EU-Verbandsklagenrichtlinie (VRUG)**

**aus Anlass der Anhörung vor dem
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages**

am 10. Mai 2023

von

Prof. Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.), Universität Freiburg

Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls und Direktor am Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Abteilung 2, der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und hat im Jahr 2021 im Auftrag von vierzehn führenden Wirtschaftsverbänden ein Gutachten mit dem Titel „Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht“ erstatet, das in leicht überarbeiteter Form im Jahr 2022 im Verlag Mohr Siebeck als Band 188 in der Schriftenreihe „Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht“ erschienen ist.

Inhaltsverzeichnis

I. Gegenstand und Gang der Stellungnahme	1
II. Grundstrukturen des Verfahrens der Abhilfeklage.....	1
III. Regierungsintern besonders umstrittene Punkte.....	3
1. Zeitpunkt des Opt in	3
2. Verjährungshemmung	8
a) Differenzierung zwischen Verfahren auf Unterlassung, Musterfeststellung und Abhilfeleistung.....	8
b) Unterlassung.....	9
c) Musterfeststellung.....	10
d) Abhilfeleistung	10
3. Anforderungen an die Klageberechtigung	12
4. Darlegungs- und Beweislast – Sachaufklärung	14
5. Zusätzliche Einführung einer Gruppenklage.....	16
6. Ermächtigung von Behörden zu verbraucherschützenden Maßnahmen.....	16
IV. Weitere ausgewählte Problemkomplexe im Regierungsentwurf	17
1. Typen der Abhilfeklage und dogmatisches Grundkonzept	17
a) Kreis statthafter Abhilfeklagen	17
b) Klage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages	18
aa) Gleichartigkeit der Ansprüche	18
bb) Klageantrag – Klagegrund, Klageziel und Zwangsvollstreckung	20
(1) Klageantrag	20
(2) Klagegrund, Klageziel und Zwangsvollstreckung	20
c) Klage auf Zahlung an namentlich bezeichnete Personen	23
2. Sperrwirkung gegenüber Individualklagen.....	26
a) Regelung im Regierungsentwurf.....	26
b) Abhilfeklage auf kollektiven Gesamtbetrag	26
c) Abhilfeklage zugunsten von namentlich bezeichneten Verbrauchern	27
3. Entscheidungen und Bindungswirkungen.....	28
a) Grundkonstellationen	28
b) „Abhilfegrundurteil“	29

c) „Abhilfeendurteil“	29
d) Doppelung von revisiblen Sachurteilen.....	30
e) Bindungswirkung	31
4. Nachforderungsklage	32
5. Klage auf Naturalabhilfeleistung.....	35
a) Möglichkeit der Errichtung eines Abhilfefonds	35
b) Vollstreckungszuständigkeit des Sachwalters	35
6. Vergleiche	36
a) Voraussetzungen und Reichweite der Bindungswirkung	36
b) Rechtsmittel gegen die Entscheidungen über die Genehmigung	37
c) Opt out aus dem genehmigten Vergleich	37
d) Umsetzungsverfahren auf Grundlage genehmigter gerichtlicher und außergerichtlicher Vergleiche	38
7. Kostentragung und Finanzierung	39
8. Umsetzungsverfahren	40
a) Funktion und Bedeutung – Grundsätzliches	40
b) Anwendungsbereich – Ziel und Gegenstand des Umsetzungsverfahrens.....	41
c) Leistungen an und aus dem Umsetzungsfonds	42
aa) Leistungen des Unternehmers an den Fonds	42
bb) Leistungen des Sachwalters an die Verbraucher.....	43
d) Entscheidungskompetenz.....	44
e) Haftung und Versicherung	45
f) Auslagenerstattung und Vergütung	46
aa) Umfang	46
bb) Insolvenzfestigkeit	47
g) Verfahrensbeendigung.....	48
aa) Schlussrechnung und Frist für Einwendungen.....	48
bb) Divergenz von Verfahrensbeendigung und Beendigung des Amtes	48
h) Unternehmensinsolvenz	50
V. Würdigung	52

I. Gegenstand und Gang der Stellungnahme

Die Stellungnahme konzentriert sich auf die Abschnitte 1 und 2 im Regierungsentwurf des Verbraucherrechtgedurchsetzungsgesetzes (VDuG-RegE). Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Regelung der Abhilfeklage in Abschnitt 2 des Entwurfs (§§ 14 – 40 VDuG-RegE) und bezieht Unterlassung und Musterfeststellung nur dort ein, wo es im Gesamtzusammenhang notwendig und sinnvoll ist, wie etwa bei der Beurteilung der Verjährungsregelung.¹ Nach einer kurzen Darstellung und Würdigung der Grundstrukturen des Verfahrens der Abhilfeklage (II.) sollen zunächst die Punkte abgehandelt werden, die ausweislich des Rundschreibens des Bundesministeriums der Justiz zur Einleitung der Verbändeanhörung innerhalb der Regierungskoalition besonders umstritten waren (III.). In einem weiteren Schritt wird dann auf weitere ausgewählte Problemkomplexe im Regierungsentwurf des VDuG eingegangen (IV.). Schließlich werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst (V.).

II. Grundstrukturen des Verfahrens der Abhilfeklage

Der Versuch einer ersten Einordnung und Würdigung des Modells der Abhilfeklage im Regierungsentwurf beginnt mit der Betrachtung wichtiger Strukturelemente, die in einer konzisen Stellungnahme im Rahmen der Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages naturgemäß keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann. Insgesamt ist der Entwurf – so viel sei vorweggenommen – sichtlich von dem Bemühen um eine ausgewogene Lösung getragen. Die Abhilfeklage soll begrüßenswerterweise als zivilprozessuales Remedium ausgestaltet werden. Der Anwendungsbereich soll Ansprüche von Verbrauchern umfassen, und die Klage soll – richtlinienüberschießend und konzeptionell letztlich nicht überzeugend – auch im Interesse von sog. Kleinunternehmern erhoben werden können, die weniger als 50 Beschäftigte haben und deren Jahresumsatz oder Jahresbilanz 10 Mio. Euro nicht übersteigt (§ 1 Abs. 2 VDuG-RegE). Der Referentenentwurf hatte – im Prinzip beifallswürdig – ursprünglich vorgesehen, den Kreis der klageberechtigten Stellen auf die schon bisher zur Erhebung der Musterfeststellungsklage berechtigten Verbraucherverbände und – nach Maßgabe der Richtlinie – auf bestimmte qualifizierte Einrichtungen aus anderen EU-

¹ S. unten sub III 2.

Mitgliedstaaten zu beschränken.² Nach dem Regierungsentwurf soll die Klageberechtigung nunmehr weitergehend den in der Liste nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes eingetragenen qualifizierten Verbraucherverbände zustehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. a VDuG-RegE), was praktisch auch die Möglichkeit zu Ad hoc-Gründungen nicht ausschließt.³ Das Verfahren liegt – vernünftigerweise – wie die Musterfeststellungsklage in der sachlichen Zuständigkeit des OLG. Vorgesehen ist – trotz einer fragwürdigen Verlängerung des Anmeldezeitraumes durch den Regierungsentwurf im Vergleich zum Referentenentwurf um zwei Monate – immer noch ein relativ frühes *Opt in*, was zumindest im Prinzip noch Beifall erheischt.⁴ Der Entwurf will, wie es die Richtlinie verlangt, Klagen auf Abhilfe in Geld und auf Erbringung von Naturalleistungen ermöglichen. Zulässig sollen sowohl Klagen auf Zahlung bzw. Naturalleistung an bestimmte, im Klageantrag namentlich bezeichnete Verbraucher sein als auch Klagen auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages. Je nach Zählweise soll das Verfahren idealtypisch in drei oder vier Phasen unterteilt sein: 1. das Verfahren bis zum Erlass eines sogenannten Abhilfegrundurteils, 2. eine sogenannte Vergleichsphase, 3. ein Verfahren bis zum Abhilfeendurteil und 4. ein Umsetzungsverfahren in der Regie eines Sachwalters, der auch mit der Einrichtung und Verteilung eines unter Umständen ausgeurteilten Abhilfefonds, des im Entwurf sogenannten Umsetzungsfonds betraut sein soll (§§ 22 ff. VDuG-RegE). Eine Hemmung der Verjährung soll lediglich zugunsten angemeldeter Verbraucher eintreten, was zu begrüßen ist.⁵ Eine materiellrechtliche Beschränkung der Verbraucherrechte ist ebenso wenig vorgesehen wie die im Vorfeld gutachterlich vorgeschlagene Haftungsbeschränkung zugunsten des Unternehmens auf einen eingerichteten Abhilfefonds.⁶ Stattdessen soll eine Nachforderungsklage des Verbandes möglich sein, wenn der ausgeurteilte und eingerichtete Fonds nicht zur Befriedigung aller angemeldeten Berechtigten hinreicht (§ 21 Abs. 1 VDuG-RegE).⁷ Schließlich sollen Ansprüche, deren Erfüllung der Sachwalter ganz oder teilweise abgelehnt hat, nach Abschluss des Umsetzungsverfahrens im Wege der individuellen Klage verfolgt werden können bzw. müssen (§ 39 VDuG-RegE).

² So auch *Bruns*, Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, 2022, S. 33 f.

³ Hierzu noch sub III 3.

⁴ Näher zur Kritik sub III 1.

⁵ Zu den Gründen sub III 2.

⁶ *Bruns* (Fn. 2), S. 29 ff., 32.

⁷ Zur Kritik sub IV 4.

Insbesondere die Nachschusspflicht und Möglichkeit konsekutiver Individualklage schwächen die Konzentrationswirkung des Verfahrens und erschweren eine wünschenswerte Gesamtbereinigung des Schadensereignisses. Sie sind deshalb nicht empfehlenswert und sollten ebenso entfallen wie die Möglichkeit der nachträglichen Rückforderung durch den Unternehmer gemäß § 40 VDuG-RegE. Stattdessen sollte eine materiellrechtliche Haftungsbeschränkung auf den eingezahlten kollektiven Gesamtabhilfebetrag eingeführt werden.

III. Regierungsintern besonders umstrittene Punkte

1. Zeitpunkt des Opt in

Innerhalb der Bundesregierung besonders umstritten war lange Zeit der Zeitpunkt des *Opt in* zur Abhilfeklage. Der Zeitpunkt der Verbindlichkeit der Dispositionsentscheidung ist für die Ausgewogenheit des Umsetzungsmodells, die Fairness des Verfahrens und die Leistungsfähigkeit der Verbandsklage im Hinblick auf eine Schonung von Justizressourcen von essenzieller Bedeutung. Die Musterfeststellungsklage sieht schon bislang ein formalisiertes *Opt in* durch textförmliche Anmeldung bis zum Ablauf des Tages vor Beginn des ersten Termins vor (§ 608 Abs. 1 und 4 ZPO) mit Rücknahmemöglichkeit bis zum Ablauf des Tages des Beginns der mündlichen Verhandlung erster Instanz (§ 608 Abs. 3 und 4 ZPO). Bei der Verbandsklage auf Abhilfe gehen die Meinungen weit auseinander: Während das vom VZBV favorisierte Modell ein *Opt in* nach Erlass des Endurteils im Prozess über die Abhilfeklage des Verbandes ermöglichen will,⁸ favorisiert der Gesetzgeber nach gegenwärtigem Stand konzeptionell in grundsätzlicher Übereinstimmung mit den auf rechtsvergleichender Grundlage erarbeiteten ELI-UNIDROIT *Model European Rules of Civil Procedure* immer noch einen relativ frühen Zeitpunkt für die bindende Dispositionsentscheidung der Verbraucher.⁹ Während der Referentenentwurf ursprünglich die bisher für die Musterfeststellungsklage

⁸ Gsell/Meller-Hannich, Gutachten über die Umsetzung der europäischen Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher (RL (EU) 2020/1828) ins deutsche Recht vom 04.02.2021, S. 21 ff. (im Folgenden: Erstgutachten).

⁹ Dafür bereits Bruns (Fn. 2), S. 46.

geltende Regelung auf die Abhilfeklage erstrecken, also die Anmeldefrist mit Ablauf des Tages des Beginns der mündlichen Verhandlung enden lassen wollte (§ 46 Abs. 1, 3 und 4 VDuG-RefE), will der Regierungsentwurf die Anmeldefrist nunmehr künftig erst nach Ablauf von zwei Monaten nach dem ersten Termin ablaufen lassen (§ 46 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE). Die auch im Regierungsentwurf verfolgte Grundkonzeption eines möglichst frühen *Opt in* ist gegenüber einem spätem *Opt in* nach Urteilserlass unbedingt vorzugswürdig.

Die Verbandsklagerichtlinie überlässt es den Mitgliedstaaten, ob die kollektive Abhilfeklage als *Opt in*-Modell oder als *Opt out*-Modell verwirklicht wird (Art. 9 Abs. 2 VK-RL).¹⁰ Lediglich für Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt außerhalb des Forumstaates wird eine ausdrückliche Willensäußerung verlangt, damit das Ergebnis des Verfahrens für und gegen sie wirkt (Art. 9 Abs. 3 VK-RL). Die Richtlinie sieht außerdem vor, dass die einzelnen von einer Verbandsklage betroffenen Verbraucher nach Erhebung der Kollektivklage innerhalb einer angemessenen Frist darüber disponieren können, ob sie im Abhilfeverfahren repräsentiert werden und durch das Ergebnis gebunden sein wollen (Art. 9 Abs. 2 VK-RL). Die Verbraucher müssen nach europäischem Richtlinienrecht grundsätzlich über ihre Teilnahme am Verbandsklageverfahren auf Abhilfe disponieren können. Ob bei einem Verfahrenseintritt der Verbraucher nach Urteilserlass von einem *Opt in* im Sinne eines Eintritts in ein justizförmiges Rechtsdurchsetzungsverfahren überhaupt noch die Rede sein kann, wie das im Auftrag des VZBV von *Beate Gsell* und *Caroline Meller-Hannich* erarbeitete Gutachten unterstellt, lässt sich füglich bezweifeln. Denn der Verbandsprozess ist dann bereits abgeschlossen, und deshalb kann überhaupt nicht mehr in ein Verfahren hineinoptiert werden, in dem die Verbraucher im eigentlichen Sinn des Wortes „repräsentiert“ werden. Es ist überaus zweifelhaft, ob ein solches Modell Art. 9 Abs. 2 Verbandsklagerichtlinie entspräche, weil der Dispositionsakt in einem „Stadium der Verbandsklage“ liegen muss. Das ist nach Abschluss des Verfahrens durch Urteil indes nicht der Fall. Jedenfalls aber dürfte das von Seiten des VZBV favorisierte „späte *Opt in*“ erst nach dem Erlass des Abhilfeturteils im Verbandsprozess dem europarechtlichen Erfordernis der Ausübung der Option innerhalb einer „angemessenen Frist“ nach Erhebung der Verbandsklage kaum entsprechen. Hinzu kommt, dass die in der Richtlinie vorausgesetzte Exklusivität

¹⁰ Hierzu und zum folgenden bereits *Bruns* (Fn. 2), S. 45 ff.

der Verbandsklage gegenüber anderen gleichgerichteten Verbandsklagen und gegenüber Individualklagen (Art. 9 Abs. 4 S. 1 VK-RL) praktisch unterlaufen würde.¹¹

Ein möglichst frühes *Opt in* während des schwebenden Verbandsprozesses ist eine Grundbedingung für die praktikable Lösung von Konkurrenzen zwischen Verbandsklagen und anderweitiger individueller oder kollektiver gerichtlicher Rechtsverfolgung durch die Verbraucher gegen ein Unternehmen.¹² Das vom VZBV befürwortete Modell des „späten *Opt in*“ nach Prozessbeendigung ist für eine praktikable Lösung von Verfahrenskonkurrenzen hingegen weniger geeignet und fordert letztlich sogar eine Mehrbelastung der Justiz heraus, weil es individuelle Rechtsverfolgung in derselben Sache nicht in gleicher Weise zu sperren vermag wie bei früher verbindlicher Disposition. Das frühe *Opt in*, wie es auch der Referentenentwurf vorsieht, ermöglicht darüber hinaus eine präzise und sachgerechte Anknüpfung der materiellrechtlichen Verjährungshemmung. Eine Umsetzung des im Auftrag des VZBV erarbeiteten Umsetzungsvorschlags mit „spätem *Opt in*“ nach Urteilserlass würde außerdem den Geboten prozessualer Waffengleichheit und Verfahrensfairness widersprechen, weil das Unternehmen in jedem Fall an das Urteil gebunden wäre, während die Verbraucher über ihre Bindung an das Verfahrensergebnis in Kenntnis des Urteilsinhaltes selbst entscheiden könnten. Dem Unternehmen wäre dann – anders als bei individueller Rechtsverfolgung – unter Umständen auch die Möglichkeit abgeschnitten, sich im Wege negativer Feststellungsklage gegen die Geltendmachung unberechtigter Forderungen zur Wehr zu setzen.

Die in der rechtspolitischen Diskussion gelegentlich vorgetragene These, das frühe *Opt in*, wie es auch für die Musterfeststellungsklage galt und bislang gilt, sei nach den Erfahrungen aus dem Dieselskandal kein geeignetes Instrument zum Schutz von Verbraucherinteressen und zur Justizentlastung, weil es massenhafte Individualklagen nicht verhindert habe, hält nicht Stich. Denn die Musterfeststellungsklage enthebt den Einzelnen niemals der Bürde nachfolgender individueller oder gebündelter Rechtsverfolgung, wenn das Unternehmen nach dem Musterentscheid nicht freiwillig leistet. Im Musterfeststellungsprozess werden individuelle Rechtsverhältnisse zwischen Verbrauchern und Unternehmen niemals geprüft, und zur Erlangung eines individuellen Vollstreckungstitels ist deshalb stets ein nachfolgendes Erkenntnisverfahren erforderlich, in dem auf Leistungsklage der Anspruch des Verbrauchers vollständig geprüft

¹¹ Hierzu bereits *Bruns* (Fn. 2), S. 7, 47 ff.

¹² S. *Bruns* (Fn. 2), S. 7, 47 ff., 68 f.

wird. Der Musterentscheid bindet lediglich hinsichtlich einzelner Streitpunkte dieses Prozesses. Die Anreizstruktur der Verbandsklage auf Abhilfeleistung unterscheidet sich vom Modell der Musterfeststellungsklage des geltenden Rechts ganz entscheidend. Denn sie führt im Erfolgsfall zur Befriedigung der Verbraucher, *ohne* dass diese selbst klagen müssen. Wenn und weil die Verbraucher auf diesem Wege ohne Kostenrisiko zu ihrem Recht kommen können, setzt die Verbandsklage auf Abhilfe – im grundlegenden Unterschied zur Musterfeststellungsklage – ganz erhebliche Anreize für die Verbraucher, auf individuelle Rechtsverfolgung zu verzichten. Die Erfahrungen mit der Musterfeststellungsklage mögen den Wunsch nach der Einführung einer Verbandsklage auf Abhilfeleistung erklären, sie sind jedoch nicht geeignet, ein „spätes *Opt in*“ nach Urteilserlass im Verbandsprozess zu rechtfertigen, wie es das vom VZBV für Verbandsklagen vorgeschlagene Modell vorsieht. Schließlich ist zu bemerken, dass der Vorschlag eines „späten *Opt in*“ bei Verbandsklagen auf Abhilfeleistung in unauflöslichem Widerspruch steht zum Vorschlag eines frühen *Opt in* bei Einführung einer Gruppenklage, wie er im Folgegutachten für den VZBV unterbreitet wird.¹³ Die im Folgegutachten von *Gsell* und *Meller-Hannich* für Gruppenklagen für ein frühes *Opt in* vorgebrachten Argumente sprechen letztlich auch für eine entsprechende Lösung bei Verbandsklagen. Ein überzeugender Grund für eine diametral gegenläufige Lösung bei der Verbandsklage auf Abhilfeleistung in Gestalt eines „späten *Opt in*“ nach Urteilserlass ist letztlich nicht ersichtlich. Für ein möglichst frühes *Opt in* und gegen das „späte *Opt in*“ nach Urteilserlass spricht auch das auf rechtsvergleichender Grundlage erarbeitete Vorbild der ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure.

Insbesondere vermögen die von Seiten des VZBV inzwischen auch ausdrücklich geltend gemachten haftungsrechtlichen Erwägungen das „späte *Opt in*“ nicht zu rechtfertigen.¹⁴ Nach allgemeinen Grundsätzen haften die klageberechtigten Stellen außervertraglich für sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB) und bei Schädigung

¹³ *Gsell/Meller-Hannich*, Die Umsetzung der neuen Verbandsklagerichtlinie. Folgegutachten über die Umsetzung der europäischen Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher – (RL (EU) 2020/1828) – ins deutsche Recht vom 23.02.2022 (im Folgenden: Folgegutachten), S. 11 ff., 16 ff.

¹⁴ Hierzu z.B. die Stellungnahme von *Ramona Pop*, Vorstandsmitglied des Verbraucherzentrale Bundesverbands, vom 29.03.2023: „Wenn es dabei bliebe, müsste auch die Haftungsfrage gelöst werden. Andernfalls können Verbände Klagen mit hohem Haftungsrisiko, wie zum Beispiel im Dieselskandal, wegen der dann zu hohen Versicherungskosten voraussichtlich gar nicht auf

infolge schuldhafter Schutzgesetzverletzung (§ 823 Abs. 2 BGB). Eine solche Haftungsandrohung beugt missbräuchlicher Prozessführung vor. Eine schärfere vertragliche Haftung kommt dann in Frage, wenn die qualifizierte Einrichtung mit Verbrauchern in Vertragsbeziehungen tritt, was insbesondere dann der Fall sein kann, wenn Vereinbarungen über streitanteilige Vergütung von Prozessfinanzierern getroffen werden sollen. Dann sind vertragliche Haftungsbeschränkungen nach allgemeinen Regeln zulässig. Eine quasivertragliche Haftung für fahrlässige oder grobfahrlässige Vermögensschädigung kommt auf der Grundlage der im Regierungsentwurf künftig vorgesehenen Regelung *prima vista* nur in Betracht, wenn man von einem gesetzlichen treuhandähnlichen Rechtsverhältnis zwischen dem Verband und den einzelnen repräsentierten Verbrauchern ausgeht. Einem solchen Rechtsverhältnis könnten Pflichten zu entnehmen sein, deren schuldhafte Verletzung Schadensersatzansprüche der Verbraucher gegen den Verband begründen könnten. Zwar ließe sich daran denken, eine mögliche Haftung gesetzlich zu beschränken, um den klageberechtigten Verbänden mehr Handlungsfreiheit einzuräumen. Allerdings muss man sich vergegenwärtigen, dass angesichts fehlender behördlicher Aufsicht über die klageberechtigten Stellen eine drohende Haftung für Pflichtverletzung das einzige Steuerungsinstrument ist, um die Verbände im Sinne effektiven Verbraucherschutzes zu sorgfältiger Prozessführung und Interessenwahrnehmung anzuhalten. Eine gesetzliche Haftungsprivilegierung der klageberechtigten Stellen ist deshalb letztlich kaum oder gar nicht zu rechtfertigen und nicht empfehlenswert. Das gilt auch deshalb, weil für schuldhaft fehlerhafte Prozessführung in erster Linie der Prozessvertreter des Verbandes haftet, sodass die Haftungsrisiken für klageberechtigte Stellen überschaubar bleiben sollten, solange sie sich in den Grenzen pflichtgemäßer anwaltlicher Beratung bewegen.

Schließlich ist anzumerken, dass die im Regierungsentwurf vorgesehene, im Vergleich zum Referentenentwurf um zwei Monate verlängerte Anmeldefrist zwar noch als relativ frühes *Opt in* gelten kann, aber dem Verbraucherschutz unter Umständen weniger dienlich sein könnte als die im Referentenentwurf vorgesehene Lösung. Zwar haben die Verbraucher, wenn der Regierungsentwurf Gesetz wird, eine längere Überlegungszeit. Während der zwei Monate wird allerdings der Verbandsprozess aller Voraussicht

den Weg bringen.“ (am 30.03.2023 abgerufen unter www.vzbv.de/pressemitteilungen/eu-verbandsklage-kabinettsentwurf-ueberzeugt-noch-nicht).

nach keine nennenswerten substanziellen Fortschritte machen. Das gilt zumindest im Hinblick auf die Klage auf Verurteilung zu einem kollektiven Gesamtbetrag. Denn zum einen setzt eine sachdienliche Konkretisierung des Streitgegenstandes die Kenntnis von der Zahl der repräsentierten Verbraucher voraus. Zum anderen können die Parteien des Verbandsprozesses einen Prozessvergleich nach dem Regierungsentwurf mit Wirkung für – und wohl auch gegen¹⁵ – die zum Verbandsklageregister wirksam angemeldeten Verbraucher nicht vor Ablauf der Anmeldefrist schließen (vgl. § 9 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE). Die verlängerte Überlegungsfrist dürfte folglich mit einem zweimonatigen Verfahrensstillstand erkaufte sein, was – Begründetheit der Klage unterstellt – aus Verbraucherschutzrechtlicher Perspektive einem Moratorium zugunsten des Unternehmers gleichzuachten sein könnte.

Die Frist für das *Opt in* sollte aus diesen Gründen – wie ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehen – besser mit Ablauf des Tages des Beginns der mündlichen Verhandlung enden.

2. Verjährungshemmung

a) Differenzierung zwischen Verfahren auf Unterlassung, Musterfeststellung und Abhilfeleistung

Der Regierungsentwurf unterscheidet wie bereits der Referentenentwurf zutreffend zwischen Unterlassungsverfahren im Eilrechtsschutz bzw. Hauptsacheverfahren, Musterfeststellungsverfahren und Verbandsklagen auf Abhilfeleistung. Diese Differenzierung ist aufgrund der unterschiedlichen Verfahrensstruktur notwendig und grundsätzlich gerechtfertigt. Der Entwurf sieht vor, dass die Erhebung von Verbands-Unterlassungsklagen und von Anträgen von Verbänden auf den Erlass einstweiliger Unterlassungsverfügungen eine Hemmung der Verjährung für Ansprüche von Verbrauchern vorsieht, die aufgrund der angegriffenen Zuwiderhandlung entstanden sind (§ 204a Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB n.F. RegE). Dagegen soll die Erhebung von Musterfeststellungsklagen und Abhilfeklagen eine Hemmung zugunsten der Verbraucher lediglich bewirken, wenn die Verbraucher ihren Anspruch zum Verbandsklageregister anmelden (§ 204a Abs. 1 Nr. 3 und 4 BGB n.F. RegE). Die vorgesehene Beschränkung des

¹⁵ Hierzu unten sub IV 6.

Kreises der Begünstigten auf angemeldete Verbraucher bei Musterfeststellungsklagen und Abhilfeklagen ist grundsätzlich gerechtfertigt. Im Einzelnen:

b) Unterlassung

Die Verbandsklagerichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, einer anhängigen Unterlassungsverbandsklage die Wirkung einer Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung zugunsten der von der Verbandsklage betroffenen Verbraucher zu verleihen, damit sie nicht durch Verjährung daran gehindert werden, nach Beendigung des Unterlassungsklageverfahrens eine Klage zur Erwirkung von Abhilfeentscheidungen im Zusammenhang mit dem mutmaßlichen Verstoß zu erheben (Art. 16 Abs. 1 VK-RL).¹⁶ Damit trägt der Richtliniengeber dem Umstand Rechnung, dass die Verbraucher im Unterlassungsklageverfahren weder als Partei noch prozessstandschaftlich, noch anderweitig materiellrechtlich oder prozessual repräsentiert sein müssen und sind, sondern dass der Verband aus eigenem Recht klagt (Art. 8 Abs. 3 VK-RL, § 3 Abs. 1 UKlaG) mit der Folge, dass der Lauf von Verjährungsfristen – vorbehaltlich wirksamer Anmeldung eines betroffenen Anspruchs zur Musterfeststellungsklage (§ 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB) – bislang nicht gehemmt wird, falls keine Individualklage erhoben wird. Die neue richtlinienrechtliche Vorgabe, die eine verjährungshemmende Wirkung erfordert, findet für Unterlassungsklagen nach dem deutschen Unterlassungsklagengesetz bislang keine Entsprechung. Der Regierungsentwurf sieht insoweit eine sachgerechte Umsetzungsregelung vor (§ 204a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. RegE). Sachgerecht ist auch die Erstreckung dieser Regelung auf die Zustellung von Anträgen auf Erlass entsprechender einstweiliger Unterlassungsverfügungen (§ 204a Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. RegE). Eine Anmeldung der Verbraucher zur Verbandsklage auf Unterlassung ist – worauf im Zusammenhang mit der Verjährungshemmung bei Erhebung der Verbandsklage auf Abhilfeleistung zurückzukommen sein wird¹⁷ – nach geltendem Recht weder möglich noch geboten. Sie wäre auch *de lege ferenda* nicht sinnvoll.

¹⁶ Zum Ganzen bereits *Bruns* (Fn. 2), S. 51 ff.

¹⁷ Unten sub II 2 d.

c) Musterfeststellung

Für Musterfeststellungsklagen trifft die Verbandsklagerichtlinie keine Vorgaben. Die Erhebung einer Musterfeststellungsklage hemmt bislang die Verjährung für einen Anspruch, der wirksam zum Klageregister angemeldet ist, wenn dem angemeldeten Anspruch derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt wie den Feststellungszielen der Musterfeststellungsklage (§ 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB).¹⁸ Die Beibehaltung dieser Regelung im Regierungsentwurf ist konsequent (§ 204a Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F. RegE). Die Begrenzung auf den Kreis der wirksam angemeldeten Verbraucher ist gerechtfertigt, weil nicht angemeldete Verbraucher angesichts der fortbestehenden Möglichkeit der Individualklage kein schutzwürdiges Interesse an einer weitergehenden Hemmung der Verjährung haben.

d) Abhilfeleistung

Die Verbandsklagerichtlinie gibt den Mitgliedstaaten auf sicherzustellen, dass eine anhängige Verbandsklage auf Abhilfe für die von der Verbandsklage betroffenen Verbraucher eine Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung bewirkt (Art. 16 Abs. 2 VK-RL). Wer ein „von der *Verbandsklage* betroffener Verbraucher“ im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VK-RL ist, ist umstritten. Nach einer Ansicht handelt es sich – in Anlehnung an die Regelung für Unterlassungsklagen – um alle von dem *Schadensereignis* materiellrechtlich betroffenen Verbraucher, dessen Ausgleich mit der Abhilfeklage verfolgt wird.¹⁹ Die Gegenansicht geht davon aus, dass nur diejenigen Verbraucher gemeint sind, die im Verbandsklageverfahren wirksam repräsentiert werden,²⁰ also nach dem Modell des Regierungsentwurfs wirksam in den Verbandsprozess *hineinoptiert* haben.

Die Hemmung der Verjährung zugunsten wirksam angemeldeter Verbraucher ist gerechtfertigt und geboten. Der im Auftrag des VZBV erarbeitete Umsetzungsvorschlag will dagegen – mit grundsätzlich anderem Ausgangspunkt – die Verjährungshemmung,

¹⁸ Hierzu näher z.B. Musielak/Voit/Stadler, § 608 Rn. 3 ff.; Zöller/Vollkommer, § 608 Rn. 5.

¹⁹ So Gsell/Meller-Hannich, Erstgutachten (Fn. 8), S. 37.

²⁰ Dafür Gsell/Möllers/Domej/Honegger-Müntener, S. 365 ff., 386 f. (zum inhaltsgleichen Art. 11 (2) des Richtlinienvorschlages des Rates).

wie sie im Regierungsentwurf für Unterlassungsklagen vorgesehen ist, auf Abhilfeklagen erstrecken.²¹ Allerdings ist es vertretbar, solche Verbraucher, die von der Möglichkeit des *Opt in* keinen Gebrauch gemacht haben, auf eine Verjährungsunterbrechung durch Individualklage oder kollektive Unterlassungsklage zu verweisen. Denn die nicht wirksam zum Kollektivverfahren angemeldeten Verbraucher sind nicht daran gehindert, Individualrechtsschutz nachzusuchen und eine Verjährungshemmung eigenständig zu bewirken. Anders als bei der Unterlassungsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz, bei der es überhaupt nicht um individuelle Unterlassungsansprüche und noch weniger um Ausgleichsansprüche der Verbraucher geht, haben die Verbraucher im Hinblick auf Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche, deren Verwirklichung die Verbandsklage auf Abhilfe bezweckt, eine eigene Sachlegitimation und eine daraus resultierende Prozessführungsbefugnis. Sie können ihre Rechte ohne weiteres individuell einklagen. Gegen die Gewährung einer Verjährungshemmung bis zum Abschluss des Kollektivverfahrens auf Abhilfe spricht auch, dass die Verbraucher sonst unter Umständen im Nachgang zum Kollektivverfahren individuell klagen, ohne an die gerichtliche Entscheidung im Verbandsprozess gebunden zu sein. Das wäre dem Sinn und Zweck einer Verfahrensbündelung mit dem Ziel einer Gesamtbereinigung des Schadensereignisses durch kollektivierte Rechtsverfolgung letztlich wenig dienlich. Die Konzentrationsfunktion der kollektiven Abhilfeklage wird durch die eingegrenzte Hemmungswirkung, wie sie der Referentenentwurf vorsieht, eher gestärkt.

Eine Einbeziehung der nicht wirksam angemeldeten Verbraucher dürfte auch europarechtlich nicht geboten sein. In Art. 16 Abs. 2 VK-RL, der die Hemmung der Verjährung verlangt, wird die Anhängigkeit einer „Verbandsklage auf Abhilfeentscheidungen gemäß Art. 9 Abs. 1 VK-RL“ vorausgesetzt. Eine „Abhilfeentscheidung gemäß Art. 9 Abs. 1 VK-RL“ verpflichtet den Unternehmer im *Opt in*-Modell zur Abhilfeleistung allerdings nur gegenüber den wirksam angemeldeten Verbrauchern. Schließlich spricht auch die Systematik von Art. 9 VK-RL für eine differenzierte Regelung der Verjährungshemmung, weil es andernfalls einer Aufspaltung in zwei Absätze nicht bedurft hätte. Für eine differenzierte Betrachtung von Unterlassungsklagen und Abhilfeklagen spricht schließlich, dass das Richtlinienrecht bei Unterlassungsklagen – logisch schlüssig – weder ein *Opt in* noch ein *Opt out* verlangt. Deshalb ist die Ausdehnung

²¹ Gsell/Meller-Hannich, Erstgutachten (Fn. 8), S. 37 (ad 9.1).

der verjährungshemmenden Wirkung der Kollektivabhilfeklage europarechtlich nicht erforderlich.

Schließlich sehen auch die ELI-UNIDROIT *Model European Rules of Civil Procedure* vor, dass jedwede zeitliche Begrenzung individueller Klagemöglichkeiten *von Gruppenmitgliedern* in Bezug auf Schäden, die auf dem streitigen Massenschadensereignis beruhen, vom Beginn des Kollektivverfahrens („*commencement of the collective proceedings*“) an suspendiert ist (MERCPC 217 (3)). Gruppenmitgliedschaft setzt im *Opt in*-Modell eine verbindliche Anmeldung voraus. Die Suspendierung soll nach den Europäischen Modellregeln enden, sobald die Kollektivklage zurückgenommen oder abgewiesen wird (MERCPC 217 (3) (a)) oder falls ein Gruppenmitglied aus dem Kollektivverfahren hinausoptiert (MERCPC 217 (3) (a)). Die Modellregelung sieht eine Suspendierung also nur für verbindlich repräsentierte Gläubiger vor. Die Erstreckung der bewährten für die Musterfeststellungsklage geltenden Regelung der Verjährungshemmung für die Abhilfeklage entspricht dem Erfordernis des frühen *Opt in*, steht im Einklang mit den europäischen Modellregeln und ist im Ergebnis gut vertretbar.²²

Aus diesen Gründen empfiehlt es sich, an der im Regierungsentwurf vorgesehenen Regelung der Verjährungshemmung festzuhalten.

3. Anforderungen an die Klageberechtigung

Besonders umstritten waren und sind auch die Anforderungen an die Klageberechtigung der qualifizierten Einrichtungen. Nach dem Referentenentwurf sollte der Kreis der klageberechtigten Stellen die schon bisher zur Erhebung der Musterfeststellungsklage berechtigten Verbraucherverbände (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-RefE, § 606 Abs. 1 S. 2 ZPO) sowie bestimmte qualifizierte Einrichtungen aus anderen EU-Mitgliedstaaten umfassen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 VDuG-RefE). Damit sollte gewährleistet werden, dass nur solche Verbände klageberechtigt sind, die mindestens vier Jahre in die Liste gemäß § 4 UKlaG eingetragen waren (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. b VDuG-RefE). Der Regierungsentwurf will hingegen die Klageberechtigung nunmehr nicht auf die zur Erhebung der Musterfeststellungsklage berechtigten inländischen Stellen beschränken, sondern

²² Hierzu *Bruns* (Fn. 2) S. 51 f.

die Klageberechtigung künftig sowohl für Abhilfe- als auch für Musterfeststellungsklagen nach dem Modell des Unterlassungsklagengesetzes ausgestalten (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-RegE). Diese Ausweitung eröffnet unter anderem ein Klagerecht für Vereine, die erst ein Jahr im Vereinsregister eingetragen sind (§ 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UKlaG). Damit gibt der Regierungsentwurf augenscheinlich einer aus dem Ministerium für Umwelt und Verbraucherschutz erhobenen rechtspolitischen Forderung nach. Wenn der Entwurf Gesetz wird, besteht damit die Gefahr institutionellen Missbrauchs der Verbandsklage durch aus Anlass eines aktuellen Schadensereignisses mehr oder weniger *ad hoc* gegründete Verbände, deren Rechtswahrnehmungsgebaren nicht zuverlässig überprüfbar ist.

Bereits der im Auftrag des VZBV erarbeitete Umsetzungsentwurf hatte die Ausdehnung des Kreises qualifizierter Einrichtungen für alle Musterfeststellungsklagen und Abhilfeklagen nach Maßgabe von § 3 Abs. 1 S. 1 UKlaG vorgeschlagen.²³ Beide Gestaltungsvarianten sind mit der Verbandsklagerichtlinie vereinbar.²⁴ Die im Referentenentwurf ursprünglich vorgesehene Beschränkung auf die zur Musterfeststellungsklage berechtigten Einrichtungen wäre aus denselben Erwägungen gerechtfertigt, die auch bei der Einführung der Musterfeststellungsklage tragend waren: Dadurch soll der Kommerzialisierung der Rechtswahrnehmung entgegengewirkt, sachgerechte und seriöse Aufgabenerfüllung sichergestellt und missbräuchliche Klageerhebung verhindert werden.²⁵ Nicht zuletzt angesichts der weitreichenden Konsequenzen für den Individualrechtsschutz, wie sie die Einführung von Abhilfeklagen mit sich bringt, empfiehlt es sich m.E., zunächst die Erfahrungen mit dem Kreis der zu Erhebung der Musterfeststellungsklage befugten qualifizierten Einrichtungen und von anderen EU-Mitgliedstaaten gekorenen Stellen abzuwarten. Bei Bedarf kann unter Umständen in einem nächsten Schritt evidenzbasiert und fundiert nachgesteuert werden.

Die vom Regierungsentwurf vorgesehene Ausweitung des Kreises klageberechtigter Stellen ist nicht empfehlenswert und sollte unterbleiben. Stattdessen sollte der Gesetzgeber zu der im Re-

²³ Gsell/Meller-Hannich, Erstgutachten (Fn. 8), S. 24.

²⁴ Zum Ganzen näher Bruns (Fn. 2), S. 33 f.

²⁵ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 19/2439, S. 16 (ad II.), 22 f. (zu § 606 ZPO).

ferentenentwurf ursprünglich ins Auge gefassten Regelung zurückkehren. *Ad hoc* gegründete Verbände sollten in jedem Fall weiterhin ausgeschlossen bleiben.

4. Darlegungs- und Beweislast – Sachaufklärung

Umstritten ist nach wie vor die Frage der Darlegungs- und Beweislast. Weil die Richtlinie das materielle Recht unberührt lässt, geht es in erster Linie um die prozessuale Ausgestaltung. Die Verbandsklagerichtlinie gibt vor, dass das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen „nach Maßgabe der nationalen Verfahrensvorschriften“ bzw. „im Einklang mit dem nationalen Verfahrensrecht“ die Offenlegung von Beweismitteln durch die Parteien anordnen können muss (Art. 18 S. 1 und 2 VK-RL). Die Mitgliedstaaten haben des weiteren sicherzustellen, „dass Sanktionen unter anderem in Form von Geldbußen verhängt werden können“ (Art. 19 Abs. 2 VK-RL). Der Regierungsentwurf beschränkt sich – grundsätzlich im Einklang mit der Verbandsklagerichtlinie – auf Vorgaben betreffend die Offenlegung von Beweismitteln und deren Erzwingung (§ 6 VDuG-RegE, Art. 18 VK-RL). Die im Entwurf vorgesehene Einführung einer Befugnis des Gerichts, zur Erzwingung von gerichtlichen Anordnungen betreffend die Vorlage von Urkunden oder Augenscheinsobjekten Ordnungsgelder in Höhe von bis zu 250.000 Euro unter Umständen sogar wiederholt anzuordnen, ist allerdings kritisch zu beurteilen.

Die bereits bestehenden gerichtlichen Anordnungsbefugnisse gemäß §§ 142 ff. ZPO bieten ein geeignetes und verhältnismäßiges Instrumentarium für die zivilprozessuale Sachaufklärung. Unzulängliche Mitwirkung der Parteien unterliegt freier gerichtlicher Würdigung mit der Konsequenz drohenden Prozessverlusts. Die Mitwirkung Dritter ist bereits *de lege lata* gerichtlich erzwingbar. Die Erzwingbarkeit der Mitwirkung Dritter ist gerechtfertigt, weil negative richterliche Würdigung und drohender Prozessverlust insoweit – auch von Verfassungs wegen – keine geeigneten und verhältnismäßigen Sanktionen sind. Es ist nicht ersichtlich, dass die Verbandsklagerichtlinie so weit ins mitgliedstaatliche Recht eingreifen sollte, dass die bewährte und verfassungskonforme Systematik der zivilprozessualen Sachaufklärung zerbrochen würde. Die Differenzierung zwischen Mitwirkungspflichten der Parteien und Dritter, wie sie im deutschen Zivilprozessrecht angelegt und bewährt ist, ist auch im europäischen Rechtsvergleich

keine Seltenheit. Die ordnungsgeldbewehrte Vorlagepflicht Dritter entspricht geltendem deutschen Zivilprozessrecht. Damit ist dem richtlinienrechtlichen Erfordernis, „dass Sanktionen unter anderem in Form von Geldbußen verhängt werden können“ (Art. 19 Abs. 2 VK-RL), m.E. hinreichend Genüge getan. Im Hinblick auf die Prozessparteien genügt als Sanktion die negative richterliche Würdigung bzw. der Prozessverlust. Die Schaffung von Seiten des Gerichts naturaliter erzwingbarer prozessualer Vorlagepflichten der Parteien wäre im deutschen Zivilprozessrecht ein Novum und systematisch ein Fremdkörper. Eine überzeugende sachliche Rechtfertigung für die Schaffung einer solchen Regelung als Sonderprozessrecht für Verbandsklagen besteht letztlich nicht. Eine mögliche Reform der allgemeinen Sachaufklärungsregeln im deutschen Zivilprozessrecht bedürfte gesonderter Prüfung. Eine Einbeziehung dieser Thematik *ad hoc* in die ohnehin komplexe Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie ohne grundsätzliche Aufbereitung ist nicht ratsam und europarechtlich nicht geboten.

Möglicherweise drohende hohe Ordnungsgelder zum Nachteil von Verbraucherverbänden könnten unter Umständen auch die Bereitschaft der qualifizierten Einrichtungen zur prozessualen Wahrnehmung von Verbraucherrechten empfindlich schwächen. Dabei sprechen die Gebote prozessualer Waffengleichheit und der Verfahrensfairness hier wie auch sonst für die Gleichbehandlung beider Parteien des Verbandsprozesses. Es könnte sich deshalb empfehlen, von der Ordnungsmittelsanktion gegenüber den Parteien des Verbandsprozesses abzusehen und sich auf den Verweis auf allgemeine Grundsätze zu beschränken. Selbstverständlich können die Prozessparteien auch im Verbandsprozess nach allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozessrechts die Mitwirkung des Gegners und Dritter veranlassen bzw. erzwingen. Im Erkenntnisverfahren der Abhilfeklage gilt die Möglichkeit der Schadensschätzung nach allgemeinen Regeln (§ 287 ZPO).²⁶ Ein konkreter weitergehender zwingender Umsetzungsbedarf besteht nicht.

Die Regelung in § 6 VDuG-RegE sollte aus diesen Gründen ersatzlos gestrichen werden.

²⁶ In diese Richtung z.B. Stadler in FS Ebke S. 939, 941 f.; Gsell/Meller-Hannich, Erstgutachten (Fn. 8), S. 32.

5. **Zusätzliche Einführung einer Gruppenklage**

In der rechtspolitischen Diskussion ist wiederholt die Forderung nach der Einführung einer Gruppenklage im Zuge der Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie erhoben worden.²⁷ Der Regierungsentwurf sieht ohne Begründung von der Einführung einer Gruppenklage zusätzlich zur Verbandsklage ab. Das ist angesichts der Größenordnung der Innovation durch die Einführung der neuen Abhilfeklage gut nachvollziehbar. Eine weitergehende Öffnung des Instituts der Abhilfeklage in Gestalt der Einräumung eines zivilprozessualen Repräsentationsrechts von individuellen Anspruchstellern nach dem Modell der US-amerikanischen *class action* ist nicht erforderlich.

Die zusätzliche Einführung einer Gruppenklage sollte deshalb unterbleiben.

6. **Ermächtigung von Behörden zu Verbraucherschützenden Maßnahmen**

Eine Ermächtigung von Behörden zur Verpflichtung von Unternehmen zur Befolgung ursprünglich freiwillig angebotener verbraucherfreundlicher Geschäftspraktiken, wie sie bei der Verbändeanhörung vom Bundesministerium der Justiz als besonders umstritten bezeichnet wurde, ist nicht empfehlenswert, weil darin ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Privatautonomie und Berufsfreiheit der Unternehmen liegen würde (Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG).

Regelungen zur Ermächtigung von Behörden zu solchen Verbraucherschützenden Maßnahmen sind nicht durch die Verbandsklagerichtlinie veranlasst und sollten unterbleiben.

²⁷ Kürzlich z.B. *Gsell/Meller-Hannich*, Folgegutachten (Fn. 13), S. 11 ff.; Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (Hrsg.), Rechtsstaat stärken mit starker Verbandsklage, Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands (vzbv) zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz von Kollektivinteressen der Verbraucher (Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz – VRUG) vom 03.03.2023 (im Folgenden: Stellungnahme VZBV), S. 9.

IV. Weitere ausgewählte Problemkomplexe im Regierungsentwurf

1. Typen der Abhilfeklage und dogmatisches Grundkonzept

a) Kreis statthafter Abhilfeklagen

Im Ausgangspunkt sind vier verschiedene denkbare Typen einer Abhilfeklage zu unterscheiden: 1. Klage auf Zahlung an bestimmte, namentlich bezeichnete Verbraucher, 2. Abhilfeklage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages, 3. Klage auf Naturalabhilfe an bestimmte, namentlich bezeichnete Verbraucher und 4. Abhilfeklage auf kollektive Naturalabhilfe. Die vierte Variante ist im Gesetzestext des Regierungsentwurfs zwar nicht ausdrücklich vorgesehen und ausgeformt, aber auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. §§ 14, 16 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 2 S. 3 VDuG-RegE). Aus der Entwurfsbegründung könnte sich schließen lassen, dass eine Verbandsklage auch auf kollektive Gesamtnaturalabhilfeleistung möglich sein soll, wenn die Verbraucher nicht namentlich bezeichnet sind.²⁸ Damit wären auch europarechtliche Zweifel zuverlässig ausgeräumt. Der künftige Gesetzestext sollte den Kreis statthafter Abhilfeklagen zweifelsfrei benennen. Damit würde nicht nur künftigen Verbandsklägern die Rechtsverfolgung erleichtert, sondern auch die Verfahrensstruktur gestärkt.

Im Gesetzentwurf sollte klargestellt werden, ob auch eine Abhilfeklage auf kollektive Naturalabhilfe zulässig ist. Zu diesem Zweck empfiehlt sich eine Ergänzung von § 14 VDuG, wobei § 14 S. 1 VDuG-RegE den neuen Absatz 1 bildet. Sodann sollte folgender Absatz 2 angefügt werden:

„(2) Die Abhilfeklage kann gerichtet werden auf

1. Zahlung an bestimmte, namentlich bezeichnete Verbraucher,
2. Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages,

²⁸ Begründung zum Regierungsentwurf, S. 89 (vgl. 3. Absatz zu § 16 Abs. 1 VDuG-RegE: „Ein Abhilfegrundurteil kann aber auch dann ergehen, wenn die klageberechtigte Stelle *kollektiv Verbraucheransprüche geltend macht*, die nicht auf Zahlung gerichtet sind.“ und 4. Absatz: „Stellt die klageberechtigte Stelle *hingegen* bestimmte Anträge zugunsten namentlich benannter Verbraucherinnen und Verbraucher und ist der Rechtsstreit entscheidungsreif, bedarf es eines Abhilfegrundurteils nicht. Das Gericht kann dann sogleich ein Endurteil nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 300 ff. ZPO sprechen.“ – Hervorhebungen hinzugefügt.).

3. Naturalabhilfe an bestimmte, namentlich bezeichnete Verbraucher oder
4. Erbringung einer kollektiven Gesamtnaturalabhilfeleistung.²⁹

b) Klage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages

aa) Gleichartigkeit der Ansprüche

Nach dem Regierungsentwurf soll die klageberechtigte Stelle die Verurteilung des Unternehmens zu einer Leistung an die betroffenen Verbraucher „begehren“ können (§ 14 S. 1 VDuG-RegE). Die wichtigste Neuerung ist sicherlich die Klage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages (§ 14 S. 2 VDuG-RegE). Dabei soll das Erfordernis der Gleichartigkeit der Ansprüche so ausgeformt sein, dass bei gleich hohen Ansprüchen „die Klageschrift“ die Höhe der Einzelansprüche angeben muss. Bei divergierender Anspruchshöhe „soll“ die Methode angegeben werden, „nach der sich die Höhe der jeweiligen einzelnen Ansprüche der betroffenen Verbraucher berechnen lässt“ (§ 15 Abs. 2 S. 3 VDuG-RegE). Die im Entwurf vorgesehene Beschränkung der Abhilfeklage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages auf solche Ansprüche, die der Höhe nach bestimmt oder „berechenbar“ sind (§ 15 Abs. 2 S. 3 VDuG-RegE – Klageschrift; § 16 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 VDuG-RegE – Urteilsinhalt), begegnet erheblichen Bedenken, weil die Richtlinie keine Einschränkung auf „berechenbare“ Ansprüche vorsieht. Es könnte deshalb zur Vermeidung des Vorwurfs europarechtswidriger Rechtsetzung vorzugswürdig sein, stattdessen auf die „Methode der *Bestimmung*“ der Höhe derartiger Ansprüche abzustellen.

²⁹ Für den Fall, dass die vierte Variante trotz europarechtlichen Zweifels nicht zulässig sein soll, müsste hilfsweise die vorgeschlagene Nr. 4 entfallen und in einem neuen Absatz 3 (bzw. 4) bestimmt werden:

„(3) Eine Klage auf Erbringung einer kollektiven Naturalabhilfeleistung zu Händen des Sachwalters ist nicht zulässig.“

§ 15 Abs. 2 S. 2 und 3 VDuG-RegE sollten – unter Berücksichtigung der hier vorgeschlagenen Möglichkeit der Klage auf kollektive Gesamtabhilfenaturalleistung³⁰ – wie folgt neu gefasst werden:

„Beantragt die klageberechtigte Stelle die Verurteilung des Unternehmers zur Erbringung einer kollektiven Gesamtabhilfeleistung, so muss die Klageschrift im Fall der Geldleistung auch die Höhe und im Fall der Naturalleistung den Umfang des einzelnen Verbraucheranspruchs angeben, wenn alle Ansprüche der betroffenen Verbraucher der Höhe bzw. dem Umfang nach gleich sind. Andernfalls soll die Methode angegeben werden, nach der sich die Höhe bzw. der Umfang der jeweiligen einzelnen Ansprüche der betroffenen Verbraucher bestimmen lässt.“

§ 16 Abs. 2 S. 2 VDuG sollte – ebenfalls unter Berücksichtigung der hier vorgeschlagenen Möglichkeit der Klage auf kollektive Gesamtabhilfenaturalleistung³¹ – folgendermaßen gefasst werden:

„Wird mit der Abhilfeklage eine kollektive Gesamtabhilfeleistung geltend gemacht, so enthält die Urteilsformel ferner den Betrag bzw. den Leistungsumfang, der jedem berechtigten Verbraucher zusteht, oder, wenn die den berechtigten Verbrauchern zustehenden Beträge bzw. Leistungsumfänge unterschiedlich hoch sind, die Methode, nach der die Höhe bzw. der Umfang der den berechtigten Verbrauchern jeweils zustehenden Einzelforderungen zu bestimmen ist.“

³⁰ S.o. sub IV 1 a.

³¹ S.o. sub IV 1 a.

bb) Klageantrag – Klagegrund, Klageziel und Zwangsvollstreckung

(1) Klageantrag

Wie der Klageantrag lauten soll, für den der Entwurf – grundsätzlich gut vertretbar – auf § 253 ZPO verweist (§ 5 Abs. 3 VDuG-RegE), ist nicht ganz klar, weil eine Verurteilung zur Zahlung an prozessstandschaftlich vertretene Personen, die der Realisierung von Zahlungsansprüchen dient, in Form eines hinreichend bestimmten Zahlungsantrages verfolgt werden könnte, während die Verurteilung zur Erbringung einer Leistung an einen Dritten, der nicht prozessstandschaftlich repräsentiert ist, nach allgemeinen Regeln im Wege eines Antrags auf Vornahme einer Handlung eingeklagt werden müsste. Die zweite Lösung liegt insbesondere im Hinblick auf die Klage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages zu Händen des Sachwalters nahe, weil die einzelnen Verbraucher keinen entsprechenden materiellrechtlichen Anspruch haben, sie könnte aber auch im Hinblick auf die noch zu behandelnde Klage auf Zahlung an namentlich bezeichnete Personen eine Klärung und Vereinfachung bringen.³² Eine einfache, systemgerechte und dogmatisch überzeugende Lösung könnte darin bestehen, der klageberechtigten Stelle einen eigenen materiellrechtlichen Anspruch auf Erbringung der Abhilfeleistung an den Sachwalter bzw. an die bestimmt bezeichneten Verbraucher einzuräumen. Im Übrigen richtet sich der Klageantrag nach Klagegrund und Klageziel.

(2) Klagegrund, Klageziel und Zwangsvollstreckung

Klagegrund und Klageziel sind logisch und dogmatisch eng miteinander verknüpft: Der Klagegrund bestimmt das Prüfungsprogramm des Erkenntnisverfahrens, das Klageziel und das Instrumentarium zwangsvollstreckungsrechtlicher Realisierung. Der Regierungsentwurf ist insoweit konzeptionell nicht ganz klar. Hält das Gericht die Abhilfeklage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages dem Grunde nach für gerechtfertigt, soll es in jedem Fall ein im Entwurf so genanntes „Abhilfegrundurteil“ erlassen (§ 16 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE),³³ das in rechtsvergleichender Perspektive, die eine rechtsmittelfähige Zulassungsentscheidung näher legt, eher eine singuläre Innovation

³² Hierzu sogleich sub IV 1 c.

³³ Anders noch § 16 Abs. 1 S. 1 VDuG-RefE: „*kann* ... erlassen“ (Hervorhebung hinzugefügt).

darstellt.³⁴ Auf welchen Klagegrund das „Abhilfegrundurteil“ gestützt sein soll, lässt der Regierungsentwurf im Dunkeln. Naheliegender wäre es, dem Verband einen eigenen materiellrechtlichen Anspruch auf Drittabhilfe einzuräumen. Nach dem Erlass des im Entwurf so genannten „Abhilfegrundurteils“ ist dem Regierungsentwurf zufolge eine Vergleichsphase vorgesehen. Kommt kein wirksamer Vergleich zustande und ist das „Abhilfegrundurteil“ rechtskräftig, soll das Verfahren nach dem Entwurf fortgesetzt werden. Das Gericht soll durch „Abhilfeendurteil“ entscheiden, in dessen Urteilsformel die Verurteilung des Unternehmers zur Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages enthalten sein muss (§ 18 Abs. 2 VDuG-RegE). Dabei meidet der Entwurf auch hier die – keineswegs triviale – Frage, ob diesem Urteilsausspruch ein materiellrechtlicher Anspruch der klageberechtigten Stelle zugrunde liegt oder nicht. Die Verbraucher haben – wie bereits erwähnt – einen solchen Anspruch nach bislang geltendem materiellem Recht sicher nicht. Er kann also nicht Gegenstand bzw. Prüfungsprogramm prozessstandschaftlicher Abhilfeklage des Verbandes sein.

Rechtslogisch und systematisch kommt es deshalb zum Schwur, wenn das verurteilte Unternehmen den kollektiven Gesamtbetrag bzw. den Betrag vorläufig festgesetzter Kosten des Umsetzungsverfahrens nicht zu „Händen des Sachwalters“ bezahlt, wie es nach dem Urteilstenor des „Abhilfeendurteils“ vorgesehen sein soll (§ 18 Abs. 2 bzw. Abs. 1 Nr. 1 VDuG-RegE). Dabei kann es sich nach allgemeinen Grundsätzen nicht um ein Zahlungsurteil handeln, weil die Leistung an einen Dritten zu erbringen ist, der insoweit nicht prozessstandschaftlich repräsentiert ist. Die Entwurfsbegründung erklärt, was einer Aufnahme in den Gesetzestext durchaus würdig wäre, nämlich dass das „Abhilfeendurteil“ kein Titel sei, aus dem einzelne Verbraucher die Vollstreckung gegen den Unternehmer betreiben können.³⁵ Die Zwangsvollstreckung müsste deshalb nach allgemeinen Grundsätzen durch den Verband im Wege der Handlungsvollstreckung erfolgen, und zwar nicht als vertretbare Handlung gemäß § 887 ZPO, die eine eigentümliche Möglichkeit zur Ersatzvornahme durch den Verband schaffen würde, wie sie nach dem Entwurf für die Vollstreckung von Naturalabhilfeleistungen auf Betreiben des Sachwalters ausdrücklich ausgeschlossen sein soll (§ 29 Abs. 2 VDuG-RegE). Einschlägig wäre nach allgemeinen Grundsätzen auch insoweit die

³⁴ Näher hierzu noch sub IV 3 b – d.

³⁵ Regierungsbegründung, S. 93 (zu § 18 Abs. 2 VDuG-RegE).

Handlungsvollstreckung gemäß oder entsprechend § 888 ZPO, der ein materiellrechtlicher Anspruch auf Erbringung einer Leistung an einen Dritten entspricht. Der Referentenentwurf hatte sich noch auf die Aussage beschränkt, nur der Verband könne das Abhilfeendurteil gegen den Unternehmer vollstrecken, hatte aber zur Frage der Vollstreckungsart keinen Hinweis enthalten.³⁶ Die Regierungsbegründung zum Entwurf geht indessen nunmehr davon aus, dass Geldforderungsvollstreckung durch den Verband möglich sein soll.³⁷ Das steht im klaren Widerspruch zu allgemein anerkannten Grundsätzen zwangsvollstreckungsrechtlicher Dogmatik und findet im Gesetzeswortlaut des Regierungsentwurfs keine Stütze. Die künftig geplante Neuregelung sollte nicht ohne Not mit der Dogmatik des Zwangsvollstreckungsrechts brechen. Die in der Entwurfsbegründung geäußerte abweichende Rechtsansicht sollte revidiert oder ersatzlos gestrichen werden.

Immerhin findet sich eine Bestimmung zur Zwangsvollstreckung im Falle der Verpflichtung des Unternehmers zur Vornahme einer anderen vertretbaren Handlung als Zahlung, die der Sachwalter an Stelle des Gläubigers im Wege der Handlungsvollstreckung entsprechend § 888 ZPO erzwingen können soll (§ 29 VDuG-RegE). Das könnte ein Hinweis darauf sein, dass insoweit ein titulierter materiellrechtlicher Anspruch des Verbandes besteht. Es könnte aber auch bedeuten sollen, dass die Ansprüche der Verbraucher ohne individuelle Titulierung im Wege der Zwangsvollstreckung durch den Sachwalter als gesetzlichen Vollstreckungsstandschafter realisiert werden sollen. Die letztgenannte Konstruktion würde sich allerdings durch den Verzicht auf ein Titulierungserfordernis derart weit vom vollstreckungsrechtlichen Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung entfernen, dass die Verletzung verfassungsrechtlicher Gewährleistungen ernsthaft zu besorgen ist. Denn der Vollstreckungstitel ist die Grundlage für den zwangsweisen staatlichen Zugriff auf Person und Vermögen des Schuldners.³⁸

Schließlich ist anzumerken, dass eine Zwangsvollstreckung zur endgültigen zwangsweisen Verwirklichung einer Rechtsposition, der kein materielles Recht bzw. kein materiellrechtlicher Anspruch zugrunde liegt, im deutschen Zivil- und Zivilverfahrensrecht

³⁶ Regierungsbegründung, S. 82 (zu § 18 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-RefE).

³⁷ Regierungsbegründung, S. 93 (zu § 18 Abs. 2 VDuG-RegE).

³⁸ Näher *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 14. Aufl. 2022, Rn. 5.12 ff.

ein Fremdkörper wäre, der sich in letzter Konsequenz auch der Frage seiner Verfassungskonformität stellen muss. Der Verband müsste – will der Gesetzgeber nicht mit fundamentalen Grundsätzen der Rechtsdogmatik brechen – in der Logik des Entwurfs deshalb einen eigenen Anspruch auf Zahlung des Gesamtbetrages nebst Kostenvorschuss zu Händen des Sachwalters haben. Das Schweigen des Entwurfs zu dieser zentralen Problematik ist deshalb besonders misslich.

§ 14 S. 2 VDuG-RegE sollte als § 14 Abs. 3 S. 1 VDuG wie folgt gefasst werden: „Die klageberechtigte Stelle kann auch die Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages zu Händen des Sachwalters verlangen und gegen den Unternehmer einklagen.“

c) Klage auf Zahlung an namentlich bezeichnete Personen

Der Regierungsentwurf sieht auch eine Abhilfeklage auf Leistung an bestimmte Personen vor. Handelt es sich um Zahlungsansprüche, so soll nach dem Entwurf ein Urteil ergehen (§ 16 Abs. 1 S. 2 VDuG-RegE). Dabei handelt es sich nach der Systematik des Entwurfs weder um ein „Abhilfegrundurteil“ noch um ein „Abhilfeendurteil“, sondern um ein schlichtes Endurteil.³⁹ Ein Umsetzungsverfahren soll in diesem Fall nicht stattfinden. Erfolgt hingegen die Verurteilung zur Erbringung bestimmter anderer, nicht auf Geldzahlung gerichteter Leistungen an namentlich bezeichnete Verbraucher, findet wie in allen anderen Fällen der Verurteilung des Unternehmens ein Umsetzungsverfahren statt.

Wenn das Unternehmen nicht freiwillig leistet, ist für die Rechtsverwirklichung mithin grundsätzlich danach zu unterscheiden, ob eine bestimmte Geldzahlung an bestimmte Verbraucher verfolgt wird oder nicht. Ist das der Fall, wäre es denkbar, eine Prozessstandschaft des Verbandes für die genannten Verbraucher in Bezug auf die konkret bezifferten Ansprüche anzunehmen mit der Folge einer Rechtskrafterstreckung auf die Repräsentierten. Leistet der verurteilte Unternehmer nicht freiwillig, stellt sich wiederum die Frage zwangsweiser Rechtsdurchsetzung. Das Urteil könnte, wenn es Zahlung an konkret bestimmte, prozessstandschaftlich repräsentierte Personen anordnet,

³⁹ Regierungsbegründung, S. 89 (zu § 16 Abs. 1 VDuG-RegE). Unklar in diesem Punkt zuvor noch der Referentenentwurf: vgl. die Gesetzesformulierung von § 16 Abs. 1 S. 1 VDuG-RefE sowie die Begründung zum Referentenentwurf, S. 83 (zu § 18 Nr. 2 VDuG-RefE).

nach allgemeinen Grundsätzen als Geldleistungstitel vollstreckbar sein. Insoweit ist mithin die in der Entwurfsbegründung vertretene Ansicht, dass Geldforderungsvollstreckung stattfinden soll,⁴⁰ mit der allgemeinen zivilprozess- und zwangsvollstreckungsrechtlichen Dogmatik in Einklang zu bringen.

Unklar ist dabei im künftig vom Entwurf vorgesehenen Gesetzeswortlaut jedoch, ob der erfolgreich klagende Verband – entsprechend allgemeinen Grundsätzen für die Vollstreckung prozessstandschaftlich erstrittener Titel – die Zwangsvollstreckung betreiben können und müssen soll. Zwar ist wie dargelegt der Entwurfsbegründung zu entnehmen, dass das Abhilfeendurteil kein Titel sein soll, aus dem die einzelnen repräsentierten Verbraucher vollstrecken können.⁴¹ Allerdings entscheidet das Gericht nach dem Regierungsentwurf im Fall der erfolgreichen Verbandsklage auf Zahlung an namentlich bezeichnete Personen nicht durch Abhilfegrund- und Abhilfeendurteil, sondern durch schlichtes Endurteil (§ 16 Abs. 1 S. 2 VDuG-RegE). Die Regierungsbegründung geht davon aus, dass der obsiegende Verband das Urteil zugunsten der einzelnen Berechtigten vollstrecken kann.⁴² Eine Aufnahme dieses Regelungsanliegens in den künftigen Gesetzeswortlaut könnte wünschenswerter Klarstellung dienen. Dabei muss man sich klarmachen, dass in der Folge die beigetriebenen Beträge über die Verbandskonten laufen könnten mit der Konsequenz einer Verwaltungsverantwortung für den Verband, die mit einem Durchleitungs- und Insolvenzrisiko für die Verbraucher einhergeht. Der Verband mag unter Umständen ein Interesse an dieser Gestaltung haben, um eine vereinbarte streitanteilige Honorierung eines Prozessfinanzierers aus der Urteilssumme abführen zu können. Während die Gelder des Umsetzungsfonds beim Sachwalter im Interesse des Verbraucherschutzes nicht der Pfändung und dem Insolvenzbeschluss unterliegen sollen, wären sie beim Verband uneingeschränkt pfändbar. Dem Schutz der Verbraucher vor dem Risiko des Vollstreckungszugriffs Dritter und der Insolvenz des Verbandes trägt der Regierungsentwurf letztlich nicht hinreichend Rechnung. Darin liegt ein massiver Wertungswiderspruch.

Ebenso wenig ergibt sich aus dem Regierungsentwurf des Gesetzestextes, ob künftig eine Titelumschreibung auf die – möglicherweise prozessstandschaftlich repräsentierten – Verbraucher möglich sein soll, wie es nach allgemein Grundsätzen der Fall wäre,

⁴⁰ Regierungsbegründung, S. 93 (zu § 18 Abs. 2 VDuG-RegE).

⁴¹ S. oben sub IV 1 b, bb (2) (S. 21).

⁴² Regierungsbegründung, S. 92 (zu § 18 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-RegE).

mit der Folge, dass sich Verbraucher und Unternehmen in konflikträchtigen Einzelzwangsvollstreckungsverfahren begegnen könnten. Wenn Einzelzwangsvollstreckung von Verbrauchern zuverlässig ausgeschlossen sein soll, um dieses Konfliktpotential zu meiden, wäre eine Klarstellung im Gesetzestext dahingehend, dass die Erteilung einer titelübertragenden Vollstreckungsklausel an einzelne Verbraucher (§ 727 ZPO) unzulässig ist, unbedingt empfehlenswert.

Schließlich ist anzumerken, dass der im Verfahren der Abhilfeklage erfolgreiche Verband durch die Zuweisung der Vollstreckungskompetenz in der Geldforderungsvollstreckung mit einem aufwändigen Verfahren beschwert wird. Denn die Vollstreckungsmaßnahmen können nach allgemeinen Grundsätzen nicht kollektiv erwirkt werden, sondern müssen für jeden namentlich bezeichneten Verbraucher individuell beantragt, durchgeführt und abgewickelt werden. Das kann den Verband in Massenverfahren massiv überfordern. Die Chance der Vereinfachung der Realisierung der Befriedigung der Verbraucher in Gestalt der Abwicklung der Verteilung durch den Sachwalter im Umsetzungsverfahren sollte der Gesetzgeber den Verbänden und Unternehmen nicht vorenthalten. Sonst brächte die Abhilfeklage im Vergleich zur Klage in gewillkürter Prozessstandschaft kaum nennenswerte Vorteile. Deshalb empfiehlt es sich, dass der Gesetzgeber zumindest als Alternative optional die Möglichkeit der Einrichtung eines Umsetzungsfonds auch in dieser Konstellation vorsieht. Das würde den Verband von der Last der Abwicklung befreien und die Verteilung dem Sachwalter überantworten.

§ 14 VDuG sollte deshalb um einen Absatz 3 VDuG ergänzt werden:

„(3) In den Fällen des Absatzes 2 Nr. 1 und Nr. 3 kann die klageberechtigte Stelle anstatt der Klage auf die Einzelleistungen an die Berechtigten auch die Erbringung aller Abhilfeleistungen als Gesamtleistung zu Händen des Sachwalters verlangen und einklagen.“

2. Sperrwirkung gegenüber Individualklagen

a) Regelung im Regierungsentwurf

Während der Rechtshängigkeit der Verbandsklage soll ein angemeldeter Verbraucher gegen den Unternehmer keine Klage erheben können, „deren Streitgegenstand denselben Lebenssachverhalt und dieselben Ansprüche ... betrifft“ (§ 11 Abs. 2 VDuG-RegE). Bereits erhobene Klagen gegen den Unternehmer, „die die Ansprüche und den Lebenssachverhalt der Verbandsklage betreffen“, sind nach Anmeldung zum Verbandsklageregister vom Prozessgericht des Individualprozesses von Amts wegen auszusetzen (§ 11 Abs. 1 VDuG-RegE). Die Voraussetzungen der Identität der Verfahren formuliert der Entwurf in den beiden Bestimmungen unterschiedlich, wodurch die Konsistenz der Regelung ohne Not gestört wird.

Zur Klarstellung empfiehlt sich folgende abweichende Formulierung von § 11 Abs. 2 VDuG: „Während der Rechtshängigkeit der Verbandsklage kann ein angemeldeter Verbraucher gegen den Unternehmer keine Klage erheben, die die Ansprüche oder Rechtsverhältnisse oder Feststellungsziele und den Lebenssachverhalt der Verbandsklage betrifft.“

Die Sperrwirkung der Verbandsklage ist im Prinzip zu begrüßen. Die Krux steckt wie so häufig auch hier im Detail. Dabei ist wiederum zwischen Klagen auf eine kollektive Gesamtleistung einerseits und auf Erbringung konkreter Leistungen an namentlich benannte Verbraucher andererseits zu unterscheiden.

b) Abhilfeklage auf kollektiven Gesamtbetrag

Zunächst zu den Klagen auf kollektiven Gesamtbetrag: Die Anmeldung von Ansprüchen zum Verbandsklageregister begründet nicht ohne weiteres einen prozessualen Anspruch, wie er Gegenstand einer zivilprozessualen Leistungsklage ist. Das leuchtet aus verschiedenen Gründen ein: Einmal, weil bei der Registeranmeldung kein Klageantrag formuliert werden muss, zum anderen, weil der Lebenssachverhalt im Register zwar skizziert dargestellt, nicht aber den Anforderungen des § 253 ZPO entsprechend präzisiert werden muss, und schließlich kann und muss der Lebenssachverhalt in der Anmeldung nicht entsprechend § 253 ZPO dargelegt werden. Es wird bei Klagen auf

eine kollektive Gesamtleistung also nicht einfach auf die zivilprozessuale Streitgegenstandslehre zurückgegriffen werden können, sondern es dürfte nach dem Entwurf darauf ankommen, ob der angemeldete materielle Anspruch – gegebenenfalls zusammen mit anderen materiellrechtlich konkurrierenden Ansprüchen – zum Prüfungsprogramm des Gerichts des Individualprozesses gehört. Dann müsste die Sperrwirkung greifen, soll der Zweck umfassender Verfahrenskonzentration erreicht werden. Das ist im Regierungsentwurf allenfalls angedeutet, insofern es dort heißt, es komme darauf an, dass der Streitgegenstand der nachfolgenden Individualklage „denselben Lebenssachverhalt und dieselben Ansprüche ... betrifft“. Der prozessuale Anspruch kann schon deswegen nicht gemeint sein, weil er den Lebenssachverhalt mit umfasst. Also dürfte – soll kein Tertium des Anspruchsbegriffs geschaffen werden – auf den angemeldeten materiellrechtlichen Anspruch abzustellen sein, der aber bekanntlich für den Streitgegenstand der Individualklage keine unmittelbare Bedeutung hat. Eine so verstandene Sperrwirkung müsste auch konkurrierende Teilklagen sperren. Eine Klarstellung im Entwurf wäre der Handhabbarkeit einer künftigen gesetzlichen Regelung zweifellos förderlich.

c) Abhilfeklage zugunsten von namentlich bezeichneten Verbrauchern

Im Ausgangspunkt anders liegen die Dinge bei Abhilfeklagen zugunsten von namentlich in den Klageantrag aufgenommenen Verbrauchern, die auf eine Abhilfeleistung in bestimmter Höhe gerichtet sind. Hier wäre eine Abgrenzung nach der zivilprozessualen Streitgegenstandslehre denkbar. Das könnte allerdings darauf hinauslaufen, dass Verbraucher Forderungen, soweit sie den im Verbandsprozess eingeklagten Betrag übersteigen, individuell oder abweichend gebündelt einklagen könnten. Dieses Resultat wäre der angestrebten Verfahrenskonzentration beim Gericht des Abhilfeprozesses zweifelsohne abträglich. Verhindern ließe sich dieses Ergebnis, wenn man die für Klagen auf kollektive Gesamtleistung dargelegten Grundsätze entsprechend heranzieht. Dann wäre die Breite der Sperrwirkung des Verfahrens unabhängig davon, welcher Typ der Abhilfeklage gewählt wird. Eine Klärung dieser Fragen im Gesetzgebungsverfahren wäre zweifelsohne wünschenswert.

3. Entscheidungen und Bindungswirkungen

a) Grundkonstellationen

Der Regierungsentwurf unterscheidet zwischen „Abhilfegrundurteil“ (§ 16 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE), „Abhilfeendurteil“ (§ 17 Abs. 2 S. 2, § 18 VDuG-RegE) und Urteil. Nach dem Referentenentwurf hätte der Erlass eines „Abhilfegrundurteils“ noch optional sein sollen, was eine gewisse Parallele zur allgemeinen zivilprozessualen Dogmatik von Grund- und Betragsurteil andeutet (§ 16 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 VDuG-RefE: „kann“).⁴³ Bei der Bestimmung der Entscheidungsart sind im Ausgangspunkt die vier verschiedenen Typen einer Abhilfeklage zu unterscheiden.⁴⁴ Über Klagen auf Abhilfeleistung an namentlich benannte Verbraucher soll das Gericht im Falle der Entscheidungsreife durch Urteil entscheiden (§ 16 Abs. 1 S. 2 VDuG-RefE), vor Entscheidungsreife soll jedoch der Entwurfsbegründung zufolge ein Abhilfegrundurteil nach allgemeinen Grundsätzen zulässig sein.⁴⁵ Im Verfahren der Abhilfeklage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages soll im Fall der Begründetheit dem Grunde nach ein „Abhilfegrundurteil“ ergehen (§ 16 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE). Geht man von der Zulässigkeit einer Abhilfeklage auf kollektive Naturalabhilfeleistung aus, ist nach dem im Entwurf vorgesehenen Gesetzeswortlaut ein Abhilfegrundurteil nicht notwendig, müsste aber nach allgemeinen Grundsätzen möglich sein.⁴⁶

⁴³ Vgl. die Begründung zum Referentenentwurf, S. 79 (zu § 16 Abs. 1 VDuG-RefE).

⁴⁴ Hierzu bereits oben sub IV 1 a.

⁴⁵ Begründung zum Regierungsentwurf, S. 89 (zu § 16 Abs. 1 VDuG-RegE, 4. Absatz).

⁴⁶ Allerdings ist nach dem Entwurf nicht ganz klar, ob die Verurteilung zur Naturalabhilfe durch Errichtung ein Umsetzungsfonds mit vertretbaren Sachen möglich oder erforderlich sein soll. Das Schweigen des Gesetzentwurfs und die für diesen Fall vorgesehene Ermächtigung des Sachwalters zur Betreibung der Zwangsvollstreckung im Wege der Handlungsvollstreckung im Verbraucherinteresse sprechen eher dagegen. Denn eine Zwangsvollstreckung gegen das Unternehmen zur „Erfüllung eines Anspruchs eines Verbrauchers“ (§ 29 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE) ohne konkret-individuelle Titulierung wäre mit der zwangsvollstreckungsrechtlichen Dogmatik ebenso unvereinbar wie mit elementaren – auch verfassungsrechtlichen – Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK). Anderes könnte allenfalls bei drittbegünstigender Handlungsvollstreckung in Verwirklichung eines eigenen materiellrechtlichen Abhilfeanspruchs des Verbandes gegen das Unternehmen gelten, wie er vorzugswürdiger rechtlicher Konstruktion entspricht.

b) „Abhilfegrundurteil“

Die Urteilsformel des „Abhilfegrundurteils“ muss nach dem Entwurf die Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung nennen (§ 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VDuG-RegE) und die von jedem einzelnen Verbraucher zu erbringenden Berechtigungsnachweise (§ 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VDuG-RegE). Im Fall der Klage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages ist im Tenor darüber hinaus der Betrag anzugeben, der jedem Berechtigten zusteht, oder – bei divergierender Anspruchshöhe – die Berechnungsmethode zur Ermittlung der Einzelbeträge.⁴⁷ Bemerkenswert ist, dass der Tenor des „Abhilfegrundurteils“ Angaben zum Betrag machen soll. Das fügt sich in die klassische Systematik von Grund- und Betragsurteil nicht ein. Wenn sich die Beträge konkret angeben lassen oder zumindest nach einer Formel oder Methode bestimmbar sind, dann wird die Sache in aller Regel zur Endentscheidung reif sein, weil die Zahl der angemeldeten Verbraucher feststeht. Welche weitergehende Rechtserkenntnis sich im „Betragsverfahren“ ergeben können soll, ist *prima vista* nicht ersichtlich. Warum das Verfahren dann trotz Entscheidungsreife in eine „Vergleichsphase“ übergehen sollte, ist nicht recht einzusehen, zumal eine vergleichsweise Regelung den Parteien stets unbenommen bleibt und das Gericht ohnehin gemäß § 278 Abs. 1 ZPO in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung bedacht sein soll. „Abhilfegrundurteile“ und schlichte Endurteile sollen nach dem Entwurf ohne Zulassungserfordernis stets mit der Revision angegriffen werden können (§ 16 Abs. 4 VDuG-RegE).

c) „Abhilfeendurteil“

Kommt kein Vergleich zustande und ist das „Abhilfegrundurteil“ rechtskräftig, soll das Gericht nach dem Modell des Regierungsentwurfs bei Entscheidungsreife ein „Abhilfeendurteil“ erlassen, das ebenfalls uneingeschränkt der Revision unterliegen soll (§§ 17 Abs. 2 S. 2, 18 Abs. 4 VDuG-RegE; enger noch § 18 Abs. 2 VDuG-RefE). Die Urteilsformel soll stets die Anordnung des Umsetzungsverfahrens, die vorläufige Festsetzung der Kosten des Umsetzungsverfahrens, die Verurteilung des Unternehmens zur Zahlung der vorläufig festgesetzten Kosten des Umsetzungsverfahrens und die Kostenentscheidung enthalten (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 – 4 VDuG-RegE). Bei erfolgreicher

⁴⁷ Zur europarechtlich fragwürdigen Beschränkung auf berechenbare Ansprüche bereits oben sub IV 1 b, aa.

Klage auf Leistung eines kollektiven Gesamtbetrages soll die Entscheidungsformel außerdem die Verurteilung des Unternehmens zur Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages zu Händen des Sachwalters enthalten (§ 18 Abs. 2 VDuG-RegE; anders und unklar noch § 18 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-RefE).

d) Doppelung von revisiblen Sachurteilen

Angesichts des überschaubaren Gehalts der Anordnungen, die in aller Regel bereits im Zeitpunkt des Erlasses des „Abhilfegrundurteils“ möglich sein dürften, erhebt sich die Frage, ob die vom Entwurf zugrunde gelegte Doppelung der Entscheidung mit der jeweils bestehenden Möglichkeit zur Revision einer wenig wünschenswerten und letztlich unnötigen Verfahrensverlängerung Vorschub leistet. In dem vom Entwurf vorgesehenen Regelverfahren wäre nicht nur das Prozessgericht, sondern im Fall der Revision auch der BGH zweimal mit Fragen der Begründetheit der Abhilfeklage befasst. Deshalb könnte es sich empfehlen, wie es im Vorfeld gutachterlich vorgeschlagen worden ist,⁴⁸ statt „Abhilfegrundurteil“ und „Abhilfeendurteil“ eine verfahrensmäßige Abschichtung durch Zulassungsentscheidung und anschließendes Endurteil vorzusehen, wie es dem US-Modell der *class action* entspricht, oder das Verfahren grundsätzlich mit nur einem Endurteil abzuschließen und es im Übrigen bei der Geltung allgemeiner Grundsätze der Urteilsdogmatik bewenden zu lassen. Damit wäre freilich auch die im Regierungsentwurf favorisierte Regelgrundstruktur des Abhilfeverfahrens tangiert.

Empfehlenswert ist der Verzicht auf ein obligatorisches „Abhilfegrundurteil“. Vorzugswürdig ist ein optionales Abhilfegrundurteil. Deshalb sollte § 16 Abs. 1 S. 1 VDuG abweichend vom Regierungsentwurf wie gefasst werden:

„(1) Hält das Gericht eine Abhilfeklage, die auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages oder auf Erbringung einer kollektiven Gesamtnaturalabhilfeleistung gerichtet ist, dem Grunde nach für begründet, so kann es ein Abhilfegrundurteil erlassen. In allen anderen Fällen entscheidet das Gericht durch Urteil.“

⁴⁸ Bruns (Fn. 2), S. 43 f.

In der Konsequenz des Verzichts auf ein obligatorisches „Abhilfegrundurteil“ sollte der Eingangssatz von § 18 Abs. 1 VDuG wie folgt gefasst werden:

„(1) Im Falle der Verurteilung des Unternehmers zu einer Abhilfeleistung, deren Verwirklichung ein Umsetzungsverfahren erfordert, enthält die Urteilsformel folgende Angaben:“

Infolge der hier neu vorgeschlagenen Möglichkeit, Leistung einer Gesamtsumme bzw. Erbringung von aggregierten Einzelnaturalabhilfeleistungen an den Sachwalter auch dann zu verlangen, wenn Leistungen an namentlich bezeichnete Verbraucher verfolgt werden,⁴⁹ müsste § 18 Abs. 2 VDuG um folgenden Satz 2 ergänzt werden:

„Im Falle der Klage auf Erbringung aller Abhilfeleistungen als Gesamtleistung zu Händen des Sachwalters enthält die Urteilsformel die den Verbrauchern zustehenden Einzelleistungen und die an den Sachwalter zu erbringende Gesamtleistung.“

e) Bindungswirkungen

Der Entwurf sieht eine weitgehende Bindungswirkung von Abhilfegrundurteilen vor. Rechtskräftige Urteile über Verbandsklagen sollen „ein zur Entscheidung eines Rechtsstreits zwischen einem angemeldeten Verbraucher und dem verklagten Unternehmer berufenes Gericht [binden], soweit dessen Entscheidung den Lebenssachverhalt der Verbandsklage und einen mit der Abhilfeklage geltend gemachten Anspruch ... betrifft.“ (§ 11 Abs. 3 S. 1 VDuG-RegE). Das soll bemerkenswerterweise allerdings nicht gelten für Abhilfeendurteile (§ 11 Abs. 3 S. 2 VDuG-RegE), was in letzter Konsequenz nicht recht plausibel ist. Denn eine Bindungswirkung des Abhilfeendurteils ist auch deswegen geboten, weil Verbraucher und Unternehmer konsequenterweise

⁴⁹ S. oben sub IV 1 c.

auch an die Anordnung des Umsetzungsverfahrens und die unter Umständen ausgesprochene Verurteilung des Unternehmers zur Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages zu Händen des Sachwalters gebunden sein müssten.

§ 11 Abs. 3 S. 2 sollte ersatzlos gestrichen werden.

4. Nachforderungsklage

Die bereits erwähnte Möglichkeit der klageberechtigten Stelle, im Wege der Klage die Erhöhung des kollektiven Gesamtbetrages zu „beantragen“ (§ 21 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE), knüpft der Entwurf an das Zulässigkeitserfordernis, dass der Verband Tatsachen vorträgt, aus denen sich ergibt, dass der kollektive Gesamtbetrag nicht zur Erfüllung der berechtigten Zahlungsansprüche aller angemeldeten Verbraucher ausreicht (§ 21 Abs. 1 S. 2 VDuG-RegE). Während des Erhöhungsverfahrens soll das Umsetzungsverfahren nach dem Entwurf kraft Gesetzes ruhen (§ 21 Abs. 2 S. 3 VDuG-RegE). Das Gericht soll den Unternehmer dann zur Zahlung eines weiteren kollektiven Gesamtbetrages verurteilen können (§ 21 Abs. 2 S. 1 VDuG-RegE). Eine nochmalige oder gar noch mehrmalige Wiederholung des Erhöhungsverfahrens soll nach dem Entwurf offenbar nicht ausgeschlossen sein. Es liegt auf der Hand, dass die Möglichkeit des Erhöhungsverfahrens die Gefahr der Verfahrensverzögerung birgt, zumal das jeweilige erhöhende Abhilfeendurteil nach dem Entwurf augenscheinlich wiederum mit der Revision angreifbar sein soll. Außerdem passt die Nachforderungsmöglichkeit nicht recht zusammen mit der im Entwurf vorgesehenen entsprechenden Anwendbarkeit von § 287 ZPO auf die Bestimmung des ersten kollektiven Gesamtbetrages (§ 19 Abs. 2 VDuG-RegE). Denn nach allgemeinen Grundsätzen erwächst die Verurteilung auch auf der Grundlage von § 287 ZPO in Rechtskraft, sodass nach der in der Rechtskraftdogmatik ganz herrschenden *ne bis in idem*-Lehre eine nochmalige gerichtliche Verhandlung und Entscheidung über den Gesamtbetrag unzulässig sein müsste. Das ist keineswegs ausschließlich ein Problem des einfachen Gesetzesrechts, umfasst doch die verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG verankerte Justizgewährleistung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und ganz h.M. in der Literatur das Recht beider Prozessparteien auf eine verbindliche abschließende Entscheidung des Rechtsstreits. Dass das Unternehmen wiederholt mit

Klagen überzogen werden kann, ist darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensfairness fragwürdig (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 47 Abs. 1 EUGR-Charta, Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG).

Diese Problematik unterstreicht die Bedeutung – wenn nicht gar die zwingende Notwendigkeit – der Einräumung eines materiellrechtlichen Anspruchs der klageberechtigten Stelle. Dieser könnte dann im ersten Zugriff auf Abschlagszahlung gerichtet sein, und im Folgenden auf Nachforderung bzw. unter Umständen auch auf nochmalige Nachforderung. Damit ließe sich zum einen die Rechtskraftproblematik lösen. Zum anderen entspräche die materiellrechtliche Lösung auch anderen vergleichbaren Regelungen, wie z.B. dem Anspruch des Unternehmers auf Abschlagszahlungen für Werklohn (§ 632a BGB) und dem Anspruch des Bestellers auf Vorschuss für Selbstvornahme (§ 637 Abs. 3 BGB) im Werkrecht. Dabei ist im zivilprozessualen Kontext zu berücksichtigen, dass der von der Justizgewährleistung umfasste Anspruch auf Endgültigkeit gerichtlicher Klärung nicht durch die Schaffung grenzenlos gestaffelter materiellrechtlicher Ansprüche auf Abschlagsleistungen ausgehöhlt werden darf.

Selbst wenn man davon ausginge, dass es sich bei der Klage auf den ersten Gesamtbetrag um eine nach allgemeinen Regeln zulässige – offene oder verdeckte – Teilklage handeln soll, deren rechtskräftige Entscheidung im Hinblick auf weitere Teilforderungen keine Rechtskraft wirken würde, wäre ohne materiellrechtlichen Maßstab in Gestalt eines einheitlichen Abhilfeanspruchs der klagenden Stelle unklar, wonach sich beurteilen soll, ob es sich denn um eine umfassende oder eine Teilklage handelt. Vollends ausräumen ließe sich das Problem naturgemäß durch einen Verzicht auf die Nachforderungsmöglichkeit unter gleichzeitiger Einführung einer Haftungsbeschränkung, sobald die ausgeurteilte Abhilfeleistung an den Sachwalter tatsächlich geleistet ist.⁵⁰

Zur Erreichung der wünschenswerten Verfahrenskonzentration sollte auf die Möglichkeit der Erhöhung des kollektiven Gesamtbetrages verzichtet werden. § 21 VDuG-RegE sollte ersatzlos entfallen.

⁵⁰ So bereits der Vorschlag von *Bruns* (Fn. 2), S. 83.

In § 25 Abs. 1 S. 2 VDuG-RegE sollten die Worte „sowie gegebenenfalls dessen Erhöhung“ ersatzlos gestrichen werden; § 25 Abs. 1 VDuG sollte – auch unter Berücksichtigung der hier vorgeschlagenen Einführung der Möglichkeit einer Abwicklung prozessstandschaftlicher Klagen über den Umsetzungsfonds⁵¹ sowie des Naturalabhilfefonds⁵² und der Sicherung der Treuhandlösung⁵³ – wie folgt neu gefasst werden:

„(1) Der Sachwalter errichtet einen Umsetzungsfonds. In diesen hat der Unternehmer den vorläufig festgesetzten Kostenbetrag und gegebenenfalls den kollektiven oder aggregierten Gesamtbetrag einzuzahlen. Mit Erbringung der ausgerichteten Abhilfeleistung an den Sachwalter ist die Haftung des Unternehmens auf die erbrachte Abhilfeleistung beschränkt.“

§ 25 Abs. 3 S. 1 VDuG sollte wie folgt gefasst werden:

„Berechtigte Ansprüche von Verbrauchern auf Zahlung bzw. Naturalleistung erfüllt der Sachwalter unmittelbar durch Leistung aus dem Umsetzungsfonds.“

§ 25 Abs. 4 VDuG sollte abweichend vom Entwurf wie folgt lauten:

„(4) Die Gegenstände des Umsetzungsfonds unterliegen nicht der Pfändung.“

⁵¹ Oben sub IV 1 c.

⁵² S. noch sub IV 5 a.

⁵³ Hierzu noch sub IV 8 c, aa.

5. Klage auf Naturalabhilfeleistung

a) Möglichkeit der Errichtung eines Abhilfefonds

Wie bereits dargelegt und in der Verbandsklagerichtlinie vorgegeben unterscheidet der Regierungsentwurf grundsätzlich zwischen der Klage auf Abhilfe in Geldleistung und in Naturalleistung (offen § 14 VDuG-RegE; § 27 Nr. 10 VDuG-RegE, zuvor § 27 Nr. 9 Alt. 2 VDuG-RefE).⁵⁴ Die Bildung eines Umsetzungs*fonds* soll nach dem Entwurf für den Fall der Verurteilung zur Naturalabhilfe nicht vorgesehen sein (§ 18 Abs. 2 VDuG-RegE), was logisch nicht zwingend ist. Europäisches Recht spricht zumindest nicht ausdrücklich gegen eine solche Einschränkung, wenngleich dieser Befund naturgemäß kein hinreichender Beleg für Europarechtskonformität ist. Die systematische Konsistenz des vom Regierungsentwurf vorgesehenen Modells spricht allerdings für die Möglichkeit eines Gesamtnaturalabhilfefonds. Außerdem würde die Rechtsverfolgung für die Verbände erleichtert, und die Unternehmen würden von der Last der Verteilung befreit. Deshalb spricht vieles dafür, die Möglichkeit der Abwicklung über einen Umsetzungs*fonds* entsprechend dem hier bereits unterbreiteten Vorschlag auch im Fall der Naturalabhilfe zu eröffnen, und zwar sowohl bei kollektiver Gesamtleistung als auch bei prozessstandschaftlicher Geltendmachung der aggregierten Einzelleistungen.⁵⁵

b) Vollstreckungszuständigkeit des Sachwalters

Nach dem Entwurf soll der Sachwalter zum Zwecke der Zwangsvollstreckung an die Stelle des Gläubigers – also wohl des Verbandes, der das Urteil erstritten hat – treten (§ 29 Abs. 1 S. 2 VDuG-RegE),⁵⁶ worin eine Innovation mit Alleinstellungsmerkmal lie-

⁵⁴ Zur Frage, ob auf Gesamtabhilfenaturalleistung geklagt werden kann, s. oben sub IV 1 a.

⁵⁵ S. oben sub IV 3 d a.E.

⁵⁶ „Gläubiger“ dürfte der im Vollstreckungstitel genannte Verband sein. Ob eine titelübertragende Klausel erforderlich sein soll, erhellt aus dem Regierungsentwurf nicht. Nach allgemeinen Grundsätzen würde bei richtiger Entscheidung der im Urteil genannte Gläubiger mit dem materiellrechtlich berechtigten Gläubiger identisch sein. Deshalb spricht die im Entwurf gewählte Gesetzesformulierung insoweit dafür, dass ein materiellrechtlicher Abhilfeanspruch des Verbandes besteht.

gen dürfte, über deren innere Rechtfertigung sich füglich streiten lässt. Die vom Sachwalter betriebene Zwangsvollstreckung soll in analoger Anwendung von § 888 ZPO erfolgen – mit Ausnahme von § 888 Abs. 1 S. 1 ZPO (§ 29 Abs. 2 VDuG-RegE). Darauf, dass die im Entwurf angeordnete Vollstreckungsart nach allgemeinen Grundsätzen auch bei Abhilfe in Geld die systematisch richtige wäre, ist bereits hingewiesen.⁵⁷ Es bleibt die letztlich etwas eigentümlich anmutende Divergenz in der Vollstreckungskompetenz: bei Abhilfe in Geld die klageberechtigte Stelle, bei Abhilfe in Natur der Sachwalter. Doch ist der Regelungsvorschlag in diesem Punkt in der Sache vertretbar.

6. Vergleiche

a) Voraussetzungen und Reichweite der Bindungswirkung

Der Entwurf sieht eine Regelung für gerichtliche Vergleiche vor, die mit Wirkung „für“ die angemeldeten Verbraucher geschlossen können werden sollen (§ 9 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE). Lediglich aus der Entwurfsbegründung ergibt sich, dass solche Vergleiche auch „gegen“ die angemeldeten Verbraucher wirken.⁵⁸ Der Vergleich, der nicht vor dem Ablauf der Frist für das *Opt in* geschlossen werden kann (§ 9 Abs. 1 S. 2 VDuG-RegE), bedarf der Genehmigung des Gerichts (§ 9 Abs. 2 S. 1 VDuG-RegE). Die Gesetzesformulierung der Entwurfsfassung könnte präzisierend durch den Passus erweitert werden, dass der Vergleich „zu seiner Wirksamkeit“ der gerichtlichen Genehmigung bedarf.

§ 9 Abs. 1 S. 1 VDuG sollte abweichend vom Regierungsentwurf folgendermaßen gefasst werden:

„Zur gütlichen Beilegung des Rechtsstreits können die Parteien einen gerichtlichen Vergleich auch mit Wirkung für und gegen die im Verbandsklageregister angemeldeten Verbraucher schließen.“

⁵⁷ S. oben sub IV 1 b, bb (2).

⁵⁸ Begründung zum Regierungsentwurf, S. 83 (zu § 9 Abs. 1 VDuG-RegE).

§ 9 Abs. 2 S. 1 VDuG sollte wie folgt formuliert werden:

„Der Vergleich bedarf zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung des Gerichts.“

b) Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die Genehmigung

Gegen den die Genehmigung ablehnenden Beschluss sollte nach dem Referentenentwurf ausdrücklich die Rechtsbeschwerde statthaft sein (§ 9 Abs. 2 S. 4 VDuG-RefE), sodass eine Zulassung durch das Oberlandesgericht nicht notwendig gewesen wäre (§ 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO). Im Gesetzestext des Regierungsentwurfs ist dieser Passus entfallen. Der Begründung des Regierungsentwurfs zufolge soll die Rechtsbeschwerde nun nach allgemeinen Regeln (§ 574 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO) zuzulassen sein.⁵⁹ Die Erschwerung des Zugangs zur Revision ist der Entwicklung und Pflege allgemeiner Standards für die Genehmigung von Kollektivvergleichen hinderlich.

Deshalb sollte der Gesetzgeber zur ursprünglichen Fassung des Referentenentwurfs zurückkehren und § 9 Abs. 2 VDuG folgenden Satz 4 hinzufügen:

„Gegen den Beschluss nach Satz 3 ist die Rechtsbeschwerde statthaft.“

c) Opt out aus dem genehmigten Vergleich

Die Verbraucher sollen nach dem Regierungsentwurf aus dem Vergleich innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Vergleichs im Verbandsklageregister (§ 10 Abs. 1 S. 2 VDuG-RegE) durch Erklärung gegenüber dem Bundesamt für Justiz austreten können, was für Klagen auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages der Gestaltung in den *Model European Rules of Civil Procedure* widerspricht und die Konzentrationswirkung des Verfahrens schwächt.⁶⁰ Allerdings soll die Anmeldung zum Verbandsklageregister vom Austritt aus dem Vergleich unberührt bleiben (§ 10 Abs. 2 S. 2 VDuG-RegE), sodass in diesem Fall eine gerichtliche Entscheidung möglich und notwendig

⁵⁹ Begründung zum Regierungsentwurf, S. 83 (zu § 9 Abs. 2 VDuG-RegE).

⁶⁰ *Bruns* (Fn. 2), S. 62 f.

sein soll. Anders als bei der Musterfeststellungsklage, die sich auf bestimmte präjudizielle Feststellungsziele beschränkt, rechtfertigt die Dispositionsentscheidung des Verbrauchers über seine materiellen und prozessualen Rechte in Gestalt des *Opt in*, dass er bei der Abhilfeklage an den Vergleichsschluss unbedingt gebunden ist.

Die Möglichkeit des *Opt out* aus dem genehmigten Vergleich sollte bei Klagen auf kollektive Abhilfeleistung nicht bestehen. § 10 Abs. 1 S. 1 VDuG sollte deshalb wie folgt gefasst werden:

„(1) Im Musterfeststellungsverfahren kann jeder im Verbandsklageregister angemeldete Verbraucher innerhalb einer Frist von einem Monat gegenüber dem Bundesamt für Justiz den Austritt aus dem Vergleich erklären.“

d) Umsetzungsverfahren auf Grundlage genehmigter gerichtlicher und außergerichtlicher Vergleiche

Die Durchführung eines Umsetzungsverfahrens, wie es für Erledigung durch Urteil vorgesehen ist, auf Grundlage eines gerichtlich genehmigten Vergleichs ist entgegen anderslautendem Gesetzgebungsvorschlag nicht vorgesehen.⁶¹ Nicht in den Entwurf Eingang gefunden hat auch der Vorschlag, auch außergerichtliche Kollektivvergleiche zuzulassen und – zumindest optional – einer Abwicklung im Umsetzungsverfahren zuzuführen.⁶² Eine Ergänzung des Gesetzesvorhabens in diesen Punkten böte die Chance auf eine noch weitergehende Justizentlastung.

§ 17 VDuG-RegE sollte deshalb abgeändert werden. Der § 17 Abs. 1 S. 1 VDuG sollte – unter Berücksichtigung des Verzichts auf ein obligatorisches „Abhilfegrundurteil“⁶³ – wie folgt geändert und neu gefasst werden.

„(1) Das Gericht kann die Parteien auffordern, einen schriftlichen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten.“

⁶¹ Bruns (Fn. 2), S. 82.

⁶² Bruns (Fn. 2), S. 92 f.

⁶³ S. oben sub IV 3 d.

Außerdem sollte § 17 VDuG in um einen neuen Absatz 2 ergänzt werden, wobei der bisherige Absatz 2 zum neuen Absatz 3 wird:

„(2) Sieht der Prozessvergleich die Erbringung der Abhilfeleistung an den Sachwalter vor, findet das Umsetzungsverfahren nach Maßgabe der §§ 22 – 38 statt.“

Schließlich ist ein neuer Absatz 4 einzufügen:

(4) Klageberechtigte Stellen und Unternehmer können beim Prozessgericht der Abhilfeklage einen schriftlichen Vergleichsvorschlag über die Erbringung von Abhilfeleistungen an namentlich bezeichnete Verbraucher zur Genehmigung einreichen. Absatz 2 und § 9 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 finden entsprechende Anwendung.“

7. Kostentragung und Finanzierung

Darüber hinaus sei noch auf Kostentragung und Finanzierung eingegangen. Im Abhilfeendurteil soll das Prozessgericht des Kollektivprozesses über Kosten des Verfahrens entscheiden (§ 18 Abs. 1 Nr. 4 VDuG-RegE), und zwar nach Maßgabe des – neuerdings durch die Richtlinie auch europarechtlich vorgegebenen (Art. 12 Abs. 1 VK-RL) – Unterliegensprinzips (§ 13 Abs. 1 VDuG-RegE, §§ 91 ff. ZPO). Dabei soll nach dem Entwurf künftig ein besonderer Kostenstreitwertdeckel gelten, den der Referentenentwurf bei 500.000 Euro vorsah (§ 48 Abs. 1 S. 3 GKG n.F. RefE), wohingegen er nach dem Regierungsentwurf nunmehr bei nur noch 410.000 Euro liegen soll (§ 48 Abs. 1 S. 3 GKG n.F. RegE). Dadurch werden Unternehmen in Verfahren mit wesentlich höheren Streitwerten benachteiligt, und es könnte möglicherweise das Unterliegensprinzip europarechtswidrig ausgehöhlt sein, wenn und soweit die Höhe der Kostenerstattung zugunsten des obsiegenden Unternehmens in keinem angemessenen Verhältnis zum realen Kostenaufwand mehr steht. Die Kosten des Umsetzungsverfahrens soll nach dem Entwurf der Unternehmer tragen (§ 20 Abs. 2 VDuG-RegE). Es soll also – unbedingt begrüßenswert – die Möglichkeit geschaffen werden, dass die angemeldeten Verbraucher die ihnen zustehenden Leistungen ungeschmälert erhalten können, ohne

ein Kostenrisiko tragen zu müssen und ohne einen Streitanteil an Rechtsanwälte oder Prozessfinanzierer bezahlen zu müssen.

Auf einen besonderen Kostenstreitwertdeckel sollte verzichtet werden. Die geplanten § 48 Abs. 1 S. 2 und 3 GKG n.F. RegE sollten ersatzlos gestrichen werden.

8. Umsetzungsverfahren

a) Funktion und Bedeutung – Grundsätzliches

Im Prinzip verdienstvoll und auch in rechtsvergleichender Perspektive richtungsweisend ist das Bemühen des Entwurfs um ein geregeltes Umsetzungsverfahren in der Regie eines Sachwalters. Die Hauptfunktion des Umsetzungsverfahrens liegt in der Verteilung ausgeurteilter und vom Unternehmen geleisteter Gesamtabhilfebeträge an die berechtigten Verbraucher. Wird das Verfahren Gesetz, hält künftig geltendes deutsches Zivilverfahrensrecht eine gesetzliche Regelung zur Abwicklung von Kollektivurteilen bereit, die man selbst in den USA, die als Mutterland des kollektiven Rechtsschutzes gelten können, und in den ELI-UNIDROIT *Model European Rules of Civil Procedure* vergeblich sucht. Damit bietet der Regierungsentwurf – in einer vorsichtigen Anlehnung an gutachterliche Vorarbeiten⁶⁴ – eine Lösung an, die für das vom Gesetzgeber ins Auge gefasste Gesamtmodell von essenzieller Bedeutung ist.

Allerdings ist die Einrichtung eines Umsetzungsfonds in Treuhand des Sachwalters (§ 25 VDuG-RegE) insoweit fragwürdig, als damit unter Umständen enorm hohe Beträge in der Verfügungsmacht des Sachwalters stehen. Das damit verbundene Verlustrisiko dürfte praktisch unversicherbar sein. Deshalb wären die Errichtung des Umsetzungsfonds bei Gericht und die Führung des Kontos bei der Gerichtskasse sowie das Erfordernis gerichtlicher Auszahlungsanordnung, wie sie im Vorfeld gutachterlich vorgeschlagen worden sind,⁶⁵ keineswegs nur im Interesse der Unternehmen, sondern insbesondere auch zum Schutz der Verbraucher unbedingt vorzugswürdig. Insgesamt betrachtet könnte das Umsetzungsverfahren, insbesondere im Hinblick auf die Vertei-

⁶⁴ Vgl. *Bruns* (Fn. 2), S. 80 ff.

⁶⁵ *Bruns* (Fn. 2), S. 32, 82 f.

lung des Umsetzungsfonds, noch detaillierter und in näherer Anlehnung an das see-rechtliche Verteilungsverfahren ausgestaltet sein, was naturgemäß einen etwas größeren legislatorischen Aufwand bedeuten würde, der sich allerdings im Sinne rechtsstaatlicher Verfahrensklarheit lohnen würde.

Abweichend vom Regierungsentwurf sollte das Umsetzungsverfahren so ausgestaltet werden, dass der Umsetzungsfonds nicht zu Händen des Sachwalters eingezahlt wird, sondern dass der Fonds unmittelbar beim Prozessgericht des Abhilfeverfahrens errichtet wird.

b) Anwendungsbereich – Ziel und Gegenstand des Umsetzungsverfahrens

Der Anwendungsbereich des Umsetzungsverfahrens richtet sich im Ausgangspunkt naturgemäß danach, welche Typen der Abhilfeklage zulässig sind.⁶⁶ Darüber hinaus kommt es maßgeblich darauf an, in welchen Fällen die klageberechtigte Stelle die Einrichtung eines Umsetzungsfonds verlangen kann. Das sollte nicht nur bei Verurteilung zur Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages der Fall sein, sondern grundsätzlich in allen Fällen statthafter Abhilfeklage.⁶⁷ Überdies empfiehlt sich die Möglichkeit der Durchführung eines Umsetzungsverfahrens mit Errichtung und Verteilung eines Umsetzungsfonds auch dann, wenn diese Lösung in einem gerichtlichen oder außergerichtlichen Abhilfevergleich verbindlich vorgesehen ist.⁶⁸ Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Vorschriften über das Umsetzungsverfahren betreffen zum einen die Errichtung, Verwaltung und Verteilung eines Umsetzungsfonds in Geld (§ 25 VDuG-RegE), zum anderen die Erwirkung von Zwangsmitteln gegen den Unternehmer im Falle von Naturalabhilfeleistungen (§ 29 VDuG-RegE).⁶⁹

§§ 24 und 25 VDuG-RegE sollten abgeändert und um die Möglichkeit der Naturalabhilfeleistung erweitert werden.⁷⁰

⁶⁶ Hierzu bereits oben sub IV 1 a.

⁶⁷ S. oben sub IV 1 b und c.

⁶⁸ Oben sub IV 6 d.

⁶⁹ Hierzu bereits oben sub IV 5 b.

⁷⁰ Zur Abänderung von § 25 VDuG bereits oben sub IV 4.

§ 24 VDuG wird der neue Absatz 1; ein neuer Absatz 2 ist wie folgt zu ergänzen:

„(2) Im Fall der Naturalabhilfe ist Absatz 1 entsprechend anzuwenden.“

c) Leistungen an und aus dem Umsetzungsfonds

aa) Leistungen des Unternehmers an den Fonds

Der Sachwalter soll nach dem Regierungsentwurf einen Umsetzungsfonds errichten, in den die ausgerichteten Leistungen zu erbringen sind (§ 25 Abs. 1 S. 2 VDuG-RegE). Nach der im Entwurf vorgesehenen Gesetzesformulierung ist unklar, wer die Einzahlung vorzunehmen hat: der verurteilte Unternehmer oder der Sachwalter? Das ist deshalb von Bedeutung, weil nur die Gelder des Umsetzungsfonds unpfändbar sind (§ 25 Abs. 4 VDuG-RegE) und die gesetzlich angeordnete Verfügungsbefugnis sich nur auf den Umsetzungsfonds erstreckt (§ 25 Abs. 2 S. 2 VDuG-RegE). Die Begründung des Entwurfs betrachtet es lediglich als eine Möglichkeit, dass der Sachwalter das verurteilte Unternehmen „anweist, direkt auf ein bestimmtes Konto, das dem Umsetzungsfonds zuzuordnen ist“, zu überweisen.⁷¹ Konsequenterweise würde das bedeuten, dass die Zahlung auch auf ein Konto des Sachwalters erfolgen könnte, das nicht dem Umsetzungsfonds zugeordnet ist. Dieses Konto wäre aber nach der geplanten Regelung nicht unpfändbar und im Fall der Insolvenz des Sachwalters fiel ein solches Konto in die Insolvenzmasse, worin eine erhebliche Gefährdung des Verfahrenszwecks läge. Vorzugswürdig wäre es deshalb, wenn die Einzahlung – anders als nach dem Entwurf vorgesehen – nach der künftigen gesetzlichen Regelung stets ausschließlich auf ein dem Umsetzungsfonds bereits zugeordnetes Konto des Sachwalters erbracht werden müsste, ohne dass ein Dispositionsspielraum mit fragwürdigen Konsequenzen und Risiken bestünde. Empfehlenswert ist es, entsprechend den in der

⁷¹ Begründung zum VRUG-RegE, S. 97 (zu § 25 Abs. 1 VDuG-RegE).

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätzen über die Verpflichtung von Insolvenzverwaltern zur Führung amtsbezogener Sonderkonten,⁷² eine ausdrückliche Konkretisierung in den Gesetzestext aufzunehmen.⁷³

§ 25 Abs. 1 S. 2 VDuG ist demnach entsprechend abgeändert zu fassen.⁷⁴

bb) Leistungen des Sachwalters an die Verbraucher

Berechtigte Ansprüche von Verbrauchern soll der Sachwalter unmittelbar durch Leistung aus dem Umsetzungsfonds erfüllen (§ 25 Abs. 3 S. 1 VDuG-RegE). Die rechtliche Konstruktion ist unklar. Es könnte sich dabei materiellrechtlich um eine Drittleistung im Sinne von § 267 BGB handeln, die – wenig sachgerecht – mit einem Widerspruchsrecht des Schuldners und einem daran gekoppelten Ablehnungsrecht des Gläubigers einherginge (§ 267 Abs. 2 BGB). Möglich wäre auch, dass der berechtigte Verbraucher einen gesetzlichen Auszahlungsanspruch gegen den Sachwalter hat, mit dessen Erfüllung auch die Forderung des Verbrauchers gegen das Unternehmen erfüllt wird. Stattdessen wäre auch eine gesetzliche Leistungsbefugnis des Sachwalters denkbar mit der Folge, dass die Zuwendung unmittelbar dem Unternehmer zuzurechnen und deshalb nur den Anspruch des Verbrauchers gegen den Unternehmer erfüllt. Der Regierungsentwurf könnte in diesem Punkt durch eine Nachschärfung gewinnen. Empfehlenswert wäre es, die Anwendbarkeit von § 267 Abs. 2 BGB auszuschließen.

In § 25 Abs. 3 VDuG-RegE sollte deshalb folgender neuer Satz 2 eingefügt werden, wobei die bisherigen Sätze 2 und 3 die neuen Sätze 3 und 4 werden:

„§ 267 Absatz 2 BGB findet keine Anwendung“.

⁷² BGH, Urt. v. 7.2.2019 – IX ZR 47/18; hierzu *Saager/d’Avoine/Berg* ZIP 2019, 2041 ff.

⁷³ In diesem Sinne auch die Stellungnahme des VID zum Referentenentwurf, S. 9 (ad B 2).

⁷⁴ Zur Formulierung bereits IV 4.

d) Entscheidungskompetenz

Ein besonders problematischer Punkt ist die im Entwurf vorgesehene Entscheidungskompetenz des Sachwalters, dessen Entscheidungen über Widersprüche von Verbrauchern und Unternehmen auch noch unanfechtbar sein sollen (§§ 27 Nr. 11, 28 Abs. 1 und 3 VDuG-RegE). Die Begründung zum Regierungsentwurf geht auch im Zusammenhang mit der gerichtlichen Feststellung der Beendigung des Verfahrens davon aus, dass im Umsetzungsverfahren über die alle zu berücksichtigenden Ansprüche der Verbraucher zu *entscheiden* ist.⁷⁵ Dabei ist unklar, ob es sich um die Ansprüche der Verbraucher gegen den Unternehmer oder gegen den Sachwalter handelt. Davon unabhängig dürfte die Entscheidung über die Begründetheit der individuellen Verbraucheransprüche als Rechtsprechung im materiellen Sinne einzuordnen sein, die nach Art. 92 Halbs. 1 GG den Richtern anvertraut ist. Der Sachwalter soll nach dem Regierungsentwurf indessen gerade kein Richter sein. Ob eine Klage wegen abgelehnter Ansprüche und Einwendungen im Nachhinein möglich sein soll, wie der es Entwurf vorsieht (§§ 39, 40 VDuG-RegE), mag eine Frage des effektiven Rechtsschutzes sein, ändert aber an der Qualifikation der Tätigkeit des Sachwalters letztlich nichts. Der Entwurf könnte sich deshalb dem Einwand der Verfassungswidrigkeit ausgesetzt sehen. Empfehlenswert ist vor diesem Hintergrund eine Abänderung des Regierungsentwurfs dahingehend, dass ein Verfahren in Anlehnung an die Schifffahrtsrechtliche Verteilungsordnung (SVertO) eingeführt wird, wie es an anderer Stelle bereits gutachterlich vorgeschlagen worden ist.⁷⁶

Dementsprechend ist das Verfahren – was hier aus Raumgründen nur in Stichworten skizziert werden kann – wie folgt abzuändern:

Prüfungstermin und Eintragung des Ergebnisses in eine Tabelle durch das Gericht, die – vorbehaltlich der Möglichkeit gerichtlichen Feststellungsstreits – als rechtskräftiges Urteil gilt (vgl. § 19 SVertO, § 179 Abs. 3, §§ 180 – 183 und § 185 InsO analog), Ausschluss der Einzelzwangsvollstreckung auch nach Abschluss des Verfahrens.

⁷⁵ Begründung zum Regierungsentwurf, S. 107 (zu § 36 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE).

⁷⁶ Hierzu im Einzelnen bereits *Bruns* (Fn. 2), S. 80 ff.

e) Haftung und Versicherung

Die schuldhafte Verletzung von Pflichten nach dem Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz (VDuG) soll den Sachwalter nach dem Regierungsentwurf gegenüber dem Unternehmer (§ 31 S. 1 Nr. 1 VDuG-RegE) und dem Verbraucher (§ 31 S. 1 Nr. 2 VDuG-RegE) schadenersatzpflichtig machen können, sofern der persönliche Schutzbereich der verletzen Norm den Geschädigten einschließt. Nach dem erklärten Willen der Entwurfsverfasser lehnt sich die künftig geplante Regelung an die Haftung des Insolvenzverwalters gemäß § 60 Abs. 1 InsO an.⁷⁷ Damit wird eine Amtshaftung für schuldhafte Pflichtverletzungen des Sachwalters gemäß Art. 34 GG, § 839 BGB ausgeschlossen.

Das Gericht soll von der als Sachwalter vorgesehenen Person den Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung verlangen können, deren Deckungssumme dem Umfang des Umsetzungsverfahrens angemessen ist (§ 23 Abs. 2 S. 3 VDuG-RegE).⁷⁸ Diese Möglichkeit ist beim Sachwalter in besonderer Weise gerechtfertigt, weil er in doppelt gebundener Treuhandschaft außerhalb der Insolvenz Fremdgelder verwaltet, um materiellrechtliche Ansprüche von Verbrauchern mit Wirkung für Unternehmen zu erfüllen.⁷⁹ Problematisch ist die Ausgestaltung als Kann-Bestimmung, weil die Interessen von Verbrauchern und Unternehmern eine angemessene Versicherungsdeckung stets erfordern und rechtfertigen.⁸⁰ Praktische Schwierigkeiten könnten sich daraus ergeben, dass auf dem Versicherungsmarkt – nicht zuletzt auch angesichts der Kurzfristigkeit der Einführung des Umsetzungsverfahrens durch den Gesetzgeber – geeignete Versicherungsdeckung derzeit nicht zu erlangen ist. Doch dürfte dieses Problem in Anlehnung an die für Insolvenzverwalter marktgängigen verfügbaren Angebote der Assekuranz in überschaubarer Zeit lösbar sein. Bemerkenswerterweise wird auch der sachliche Deckungsumfang im Gesetzestext des Entwurfs nicht zum Kriterium erho-

⁷⁷ Begründung zum Regierungsentwurf, S. 104 (zu § 31 VDuG-RegE).

⁷⁸ Hierzu auch die Stellungnahme des VID zum Referentenentwurf im Anhörungsverfahren, S. 7 (ad B 1 a, cc).

⁷⁹ Zu bislang erfolglosen Bestrebungen, *de lege ferenda* eine gesetzliche Regelung der Haftpflichtversicherung von Insolvenzverwaltern einzuführen (§ 60a InsO i.d.F. von Art. 1 Nr. 9 des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht im Insolvenzverfahren, BT-Drs. 16/7251, S. 6), Hedderich, Pflichtversicherung, 2011, S. 379.

⁸⁰ In diesem Sinne auch die Stellungnahme des VID zum Referentenentwurf im Anhörungsverfahren, S. 8 (ad B 1 a, cc).

ben. Die in der Entwurfsbegründung geforderte Angemessenheit der Versicherungsdeckung ist allerdings nur dann gewährleistet,⁸¹ wenn die gesetzliche Haftpflicht nach Maßgabe des künftig geplanten § 31 VDuG-RegE in sachlicher und persönlicher Hinsicht voll abgedeckt ist. Es wäre außerdem wünschenswert und sachgerecht, wenn sich der Gesetzestext zur Höhe der Versicherungssumme verhalten würde, wobei das finanzielle Volumen des Umsetzungsfonds und die typischerweise zu erwartende Höhe der Einzelforderungen der Verbraucher Ausgangspunkt der Maßstababbildung adäquater Versicherungsdeckung sein sollten.

§ 23 Abs. 2 S. 3 VDuG-RegE sollte folgendermaßen abgeändert werden:

„Das Gericht verlangt von der als Sachwalter vorgesehenen Person die Vorhaltung und den Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung, deren Deckungsumfang und Deckungssumme dem Umfang des Umsetzungsverfahrens angemessen ist.“

f) Auslagenerstattung und Vergütung

aa) Umfang

Der Sachwalter hat nach dem Regierungsentwurf Anspruch nicht nur auf Auslagenerstattung (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-RegE), sondern auch auf eine angemessene Vergütung für seine Geschäftsführung (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 VDuG-RegE) und entsprechende erforderliche Vorschüsse (§ 32 Abs. 1 Nr. 3 VDuG-RegE). Das Gericht soll die jeweilige Höhe auf Antrag des Sachwalters festsetzen (§ 32 Abs. 2 VDuG-RegE). Zur Höhe der Vergütung finden sich im Gesetzestext des Entwurfs keine und in der Begründung allenfalls sehr vage Anhaltspunkte,⁸² die praktischen Erfordernissen ebenso wenig gerecht werden wie den Geboten der Gleichbehandlung und der geordneten Rechtspflege. Dadurch wird die Funktionsfähigkeit der Gesamtregelung ohne Not gefährdet, weil die Unsicherheit der Vergütung den Kreis der Personen, die zur Übernahme des

⁸¹ Begründung zum Regierungsentwurf, S. 96 (zu § 23 Abs. 2 VDuG-RegE, 6. Absatz).

⁸² Zu Recht kritisch auch die Stellungnahme des VID zum Referentenentwurf im Anhörungsverfahren, S. 13 f. (ad B 6 b).

Amtes bereit sind, in fragwürdiger Weise einschränken dürfte. Dringend empfehlenswert ist deshalb eine Regelung in Anlehnung an die Insolvenzverwaltervergütungsverordnung.

§ 32 VDuG-RegE sollte dementsprechend um einen neuen Absatz 3 ergänzt werden:

„(3) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, die Vergütung und die Erstattung der Auslagen des Sachwalters durch Rechtsverordnung näher zu regeln.“

bb) Insolvenzfestigkeit

Darüber hinaus ist zu bemerken, dass der Regierungsentwurf bislang den Vergütungsanspruch des Sachwalters – wie auch den Anspruch auf Auslagenerstattung – nicht insolvenzfest stellt, was die Gewinnung qualifizierter Personen als Sachwalter zusätzlich massiv erschweren dürfte. Erreichen ließe sich dieses Ziel im Grunde genommen nur, wenn Ansprüche auf Erstattung von Auslagen, auf Vergütung und Vorschuss gegen die Gerichtskasse gerichtet würden und von einer aufgrund Insolvenzanfechtung gebotenen Rückgewähr von Beträgen, die vom Unternehmen in den Umsetzungsfonds eingezahlt worden sind, unberührt blieben oder wenn eine insolvenzfeste Versicherung gegen insolvenzbedingte Ausfälle des Sachwalters durch eine Versicherung gewährleistet würde, was *prima vista* wenig praktikabel erscheint. Die Lösung über Ansprüche gegen die Justizkasse entspräche letztlich auch der verfassungsrechtlichen Justizgewährleistung.

§ 32 VDuG-RegE sollte deshalb um einen neuen Absatz 4 ergänzt werden:

„(4) Soweit die Ansprüche des Sachwalters aufgrund der Insolvenz des Unternehmers nicht durchgesetzt werden können, steht ihm für seine Vergütung und seine Auslagen ein Anspruch gegen die Staatskasse zu.“

g) Verfahrensbeendigung

aa) Schlussrechnung und Frist für Einwendungen

Bei Beendigung des Verfahrens hat der Sachwalter dem Gericht Schlussrechnung zu legen (§ 33 S. 1 VDuG-RegE). Die Rechnung muss spätestens einen Monat nach Beendigung des Umsetzungsverfahrens elektronisch oder auf der Geschäftsstelle des Gerichts eingereicht werden (§ 33 S. 2 Nr. 1 VDuG-RegE) und zur Einsicht des Unternehmers zur Verfügung stehen. Erhebt der Unternehmer nach Benachrichtigung vom Eingang der Schlussrechnung (§ 33 S. 3 VDuG-RegE) nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Benachrichtigung Einwendungen, gilt die Rechnung als anerkannt (§ 33 S. 5 VDuG-RegE). Die Zweiwochenfrist ist viel zu kurz bemessen und sollte mindestens auf einen Monat verlängert werden, auch um rein vorsorgliche Erhebung von Einwendungen vor endgültiger Prüfung zu vermeiden. Empfehlenswert ist die zusätzliche Möglichkeit einer Fristverlängerung durch das Gericht auf Antrag.

§ 33 VDuG-RegE sollte in Satz 5 wie folgt geändert und um einen Satz 6 ergänzt werden:

„Soweit binnen eines Monats nach der Benachrichtigung keine Einwendungen erhoben werden, gilt die Rechnung als anerkannt. Das Gericht kann die Frist auf Antrag verlängern.“

bb) Divergenz von Verfahrensbeendigung und Beendigung des Amtes

Der Sachwalter hat dem Gericht nach dem Entwurf die Beendigung des Umsetzungsverfahrens unverzüglich mitzuteilen (§ 34 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE). Das Gericht setzt dem Sachwalter dann eine Frist zu Vorlage des Schlussberichts (§ 34 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 VDuG-RegE). Das Gericht stellt nach Prüfung und unter Umständen erforderlicher Abhilfe von Beanstandungen des Schlussberichts und der Schlussrechnung (§ 35 VDuG-RegE) die Beendigung des Umsetzungsverfahrens durch Beschluss fest (§ 36 Abs. 1 VDuG-RegE). Möglicherweise verbleibende Reste des kollektiven Gesamtbeitrages und des vorläufig festgesetzten Kostenbetrags soll der Sachwalter dem Unternehmer erstatten müssen (§ 37 S. 1 VDuG-RegE). Der Rückzahlungsanspruch soll erst mit der Bekanntmachung des Beschlusses über die Feststellung der Beendigung des Verfahrens fällig sein (§ 37 S. 2 VDuG-RegE). Das Amt des Sachwalters endet

mithin – anders als das des Insolvenzverwalters und des insolvenzverfahrensrechtlichen Sachwalters (§§ 259, 200 InsO)⁸³ – nach dem Regierungsentwurf nicht mit dem Wirksamwerden der Aufhebungsentscheidung des Gerichts, sondern erst nach der gerichtlichen Feststellung der Verfahrensbeendigung mit der vollständigen Auskehr etwaiger Restbeträge. Eine gesonderte rechtskrafftähige Feststellung der Beendigung des Amtes, die von der Last einer unter Umständen erforderlichen gerichtlichen Klärung im Wege der Feststellungsklage befreit, ist im Regierungsentwurf nicht vorgesehen, worin eine gewisse Schwäche liegt.

Lösen ließe sich das Problem, wenn das Gericht zunächst nur die Ordnungsmäßigkeit von Schlussbericht und Schlussrechnung feststellen und die Entscheidungen gemäß § 36 Abs. 1 S. 2 VDuG-RegE treffen würde. Der Anspruch des Unternehmers auf Auskehr nicht abgerufener Beträge könnte dann auf dieser Grundlage entstehen, und die Beendigung des Umsetzungsverfahrens könnte gleichzeitig mit der Beendigung des Amtes des Sachwalters festgestellt werden.

Dementsprechend empfehlen sich folgende Änderungen der §§ 35 – 37 VDuG-RegE:

§ 35 wird um die neuen Absätze 3 und 4 ergänzt:

„(3) Sind der Schlussbericht und die Schlussrechnung nicht zu beanstanden, stellt das Gericht deren Ordnungsmäßigkeit fest. Der Beschluss enthält:

1. die endgültige Festsetzung der Kosten des Umsetzungsverfahrens,
2. die Festsetzung eines vom Unternehmer noch an den Sachwalter zu zahlenden Kostenbeitrages, wenn die Kosten des Umsetzungsverfahrens den vorläufig festgesetzten Kostenbeitrag übersteigen, sowie
3. die Angabe, ob und in welcher Höhe ein Restbetrag bzw. Restvermögensgegenstände verbleiben.

⁸³ Hierzu MünchKomm InsO/*Hintzen* § 200 Rn. 32; MünchKomm InsO/*Madaus/Huber* § 259 Rn. 7 f.

Der Beschluss steht hinsichtlich seiner Vollstreckbarkeit einem Kostenfestsetzungsbeschluss gleich.

(4) Der Beschluss ist den Parteien und dem Sachwalter zuzustellen.“

Der § 36 VDuG wird neu gefasst:

„Nach Eintritt der Rechtskraft der Feststellung der Ordnungsmäßigkeit von Schlussbericht und Schlussrechnung gemäß § 35 Abs. 3 kann der Unternehmer vom Sachwalter die Erstattung des Restbetrages bzw. der Restvermögensgegenstände verlangen.“

Und § 37 VDuG sollte dementsprechend folgendermaßen lauten:

„(1) Das Gericht stellt die Beendigung des Umsetzungsverfahrens und des Amtes des Sachwalters durch Beschluss fest, wenn die Ordnungsmäßigkeit des Schlussberichts und der Schlussrechnung feststehen. Im Falle einer Erstattungspflicht des Sachwalters gemäß § 36 erfolgt die Feststellung erst, wenn der Erstattungsanspruch des Unternehmers durch Erfüllung, Annahme an Erfüllung statt oder Hinterlegung unter Verzicht auf die Rücknahme erloschen ist.

(2) Der Beschluss ist den Parteien und dem Sachwalter zuzustellen.“

h) Unternehmensinsolvenz

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmens soll die Durchführung des Umsetzungsverfahrens nicht hindern (§ 38 Abs. 1 S. 1 VDuG-RegE). Auf Antrag des Sachwalters soll das Umsetzungsverfahren zwecks Klärung möglicher Insolvenzanfechtungsansprüche auf Rückzahlung der nach § 24 VDuG-ReGE bezahlten Beträge vom Gericht auszusetzen sein (§ 38 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VDuG-

RegE). Besteht nach Einschätzung des Sachwalters ein Anfechtungsanspruch und ist dieser nicht offensichtlich unbegründet, soll das Umsetzungsverfahren einzustellen sein (§ 38 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 VDuG-RegE). Im Falle der Verfahrenseinstellung sollen alle vom Unternehmen an den Sachwalter geleisteten Zahlungen an die Insolvenzmasse zurückzugewähren sein (§ 38 Abs. 2 S. 1 VDuG-RegE). Die Zahlungen des Unternehmens an den Sachwalter sollen als auf den vorläufig festgesetzten Kostenbetrag und den kollektiven Gesamtbetrag in dem Verhältnis geleistet gelten, in dem beide Beträge zueinander stehen (§ 38 Abs. 2 S. 2 VDuG-RegE). Der auf den kollektiven Gesamtbetrag entfallende Teil dieser Zahlungen soll eine Sondermasse zur Befriedigung derjenigen Verbraucher bilden, die im Rahmen des Umsetzungsverfahrens einen berechtigten Zahlungsanspruch gehabt hätten (§ 38 Abs. 3 S. 1 VDuG-RegE; § 38 Abs. 2 S. 2 VDuG-RegE). Zahlungen, die der Insolvenzanfechtung unterliegen, sollen nicht zur Sondermasse gehören (§ 38 Abs. 3 S. 2 VDuG-RegE).⁸⁴ Unklar bleibt auch in der Entwurfsbegründung, ob anfechtbare Zahlungen schlechthin oder nur tatsächlich – begründet oder auch erfolgreich – angefochtene Zahlungen ausgenommen sein sollen. Vorzugswürdig ist eine Klarstellung im Sinne der Ausnahme aller Zahlungen, die nach materiellrechtlicher Rechtslage anfechtbar sind.

⁸⁴ Im Referentenentwurf noch vorhandene Unklarheiten darüber, ob die Sondermasse nach Einschätzung des Sachwalters anfechtbar erhaltene oder tatsächlich anfechtbare Zahlungen enthalten sollte oder nicht, sind damit ausgeräumt (vgl. § 38 Abs. 2 S. 2 VDuG-RefE). Die Krux des Formulierungsvorschlages lag darin, dass der ins Auge gefasste Wortlaut der Regelung im Hinblick auf die Bildung einer Sondermasse nicht danach differenzierte, ob die Insolvenzanfechtung begründet ist oder nicht. Vielmehr sollte die Pflicht des Sachwalters zur Auskehr an den Insolvenzverwalter lediglich daran geknüpft sein, dass ein Anfechtungsanspruch „nach Einschätzung des Sachwalters“ besteht. Und die Sondermasse sollte dann aus dem auf den kollektiven Gesamtbetrag entfallenden Anteil „dieser Zahlungen“ gebildet werden. Der Regelungsvorschlag des Referentenentwurfes warf deshalb die Frage auf, warum eine Sondermasse zugunsten der berechtigten Verbraucher auch dann gebildet werden soll, wenn die Insolvenzanfechtung tatsächlich begründet ist. Aus der Begründung des Referentenentwurfs erhellte, dass die Sondermasse nur bei insolvenzanfechtungsfest erfolgter Einzahlung des kollektiven Gesamtbetrages durch das später insolvent gewordene Unternehmen als gerechtfertigt angesehen wird (S. 98, 99, 100 zu § 38 Abs. 1 und 2 VDuG-RefE). Das überzeugt. Nur war dieser Umstand nicht im künftigen Gesetzeswortlaut klargestellt sein, wie es zur Vermeidung von Missverständnissen angezeigt ist. Diesem Monitum hilft der Regierungsentwurf ab.

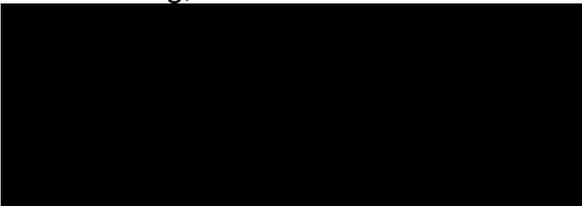
§ 38 Abs. 3 S. 2 VDuG-RegE sollte wie folgt geändert werden:

„Dies gilt nicht für nach Maßgabe der Vorschriften über die Insolvenzanfechtung anfechtbare Zahlungen.“

V. Würdigung

Der Entwurf ist deutlich sichtbar von dem Bemühen um eine ausgewogene Lösung getragen, könnte aber durch Klarstellung und Überarbeitung im dargelegten Detail noch substantiell gewinnen. Damit wäre den Belangen der Verbraucher und der Unternehmen ebenso gedient wie dem Interesse an einer Schonung von Ressourcen der Justiz.

Freiburg, 5. Mai 2023



Prof. Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.)