



Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 06099 Halle (Saale)

An den Präsidenten  
des Landtags Nordrhein-Westfalen  
E-Mail: [anhoerung@landtag.nrw.de](mailto:anhoerung@landtag.nrw.de)

LANDTAG  
NORDRHEIN-WESTFALEN  
17. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME  
17/288**

Alle Abg

Ihre Zeichen

Ihr Schreiben vom

Unsere Zeichen

Datum  
Dienstag, 16. Januar 2018

## **Musterfeststellungsklage – Anhörung A14 – 24.01.2018**

Sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren,

zum Antrag der Fraktion der SPD im Landtag Nordrhein-Westfalen, Drucksache 17/1124 vom 7.11.2017, nehme ich wie folgt Stellung:

### **1. Grundsätzlicher Bedarf an kollektiven Rechtsschutzinstrumenten**

Durch Rechtsbruch können Schäden verursacht werden, deren Höhe jeweils so gering ist, dass sich eine Rechtsverfolgung für den Geschädigten nicht lohnt. Ein Gerichtsverfahren ist aufwendig, Erfolgsaussichten sind ungewiss und selbst im Falle des Prozessgewinns steht dieser nicht in einem angemessenen Verhältnis zum zeitlichen und finanziellen Aufwand für das Verfahren. Von vornherein auf die Rechtsverfolgung zu verzichten, ist dann sogar vernünftig (rationales Desinteresse). Mag es auch grundsätzlich Angelegenheit des Einzelnen sein, ob er seine Ansprüche gerichtlich geltend macht oder nicht, wird der Verzicht auf die Rechtsverfolgung dann problematisch, wenn Schäden nicht nur vereinzelt auftreten (Streuschäden). Unrechtsgewinne in solchen Fällen mangels individueller Bereitschaft zur Klage beim Schädiger zu belassen, perpetuiert nicht nur sanktionslos das begangene Unrecht, sondern schließt auch eine Prävention zukünftiger Rechtsverletzungen aus. Infolge lohnt sich der Rechtsbruch, weil sich die Schäden aus der Perspektive des Rechtsbrüchigen als Gewinnsumme präsentieren. Gewinne auf der Grundlage von Rechtsbruch können der Allgemeinheit nicht gleichgültig sein. Das rationale Desinteresse kann sogar bewusst einkalkuliert werden, und der Rechtsbruch lohnt sich finanziell selbst dann, wenn ein Teil der Betroffenen klagt. Zudem unterbleibt bei Streuschäden die ansonsten mit jeder individuellen Klage verbundene Bewahrung des objektiven Rechts. Bei Streuschäden gibt es deshalb ein überindividuelles Interesse an der Sanktionierung und Prävention des Rechtsbruchs.

Eine ebenfalls problematische Kategorie von Verletzungshandlungen und -folgen stellen die sog. Massenschäden dar. Darunter sind solche Schäden zu verstehen, die eine mittlere bis große Höhe haben, und in Gesamtschadensereignissen oder in immerhin so großer Zahl auftreten, dass eine effektive individuelle Realisierung Schwierigkeiten begegnet. Diese Schwierigkeiten können aus der Überlastung einzelner Gerichte mit massenhaften Klagen stammen. Aber auch, wenn eine Vielzahl von Gerichten über dieselben Rechts- und Tatsachenfragen mehrfach und wiederholt entscheidet, ist der effektive Umgang mit der

Ressource Justiz zu bezweifeln. Der Schädiger wird zudem die bei ihm in der Regel ohnehin in größerem Umfang vorhandenen finanziellen Ressourcen bereitwillig zu seiner Verteidigung einsetzen. Prozessuale Waffengleichheit ist dann zumindest im Hinblick auf die rechtliche und organisatorische Beratung kaum mehr gegeben, zumal es sich bei den klagenden Geschädigten in der Regel um „*One shotter*“, beim Schädiger um einen „*Repeat player*“ handelt. Bei Massenschäden kann die effektive individuelle Realisierung auch mit weiteren Besonderheiten auf Seiten des Anspruchsgegners konfrontiert werden: Dieser wird vielleicht einige der Schäden ersetzen können, ein Ersatz für alle Beteiligten kann ihn aber Insolvenzrisiken aussetzen. Die Frage nach dem Umgang mit der Tatsache, dass es trotz eines gleichartigen erlittenen Schadens nicht „für alle reichen wird“, stellt sich dann auch außerhalb des Insolvenzverfahrens. Im Hinblick auf die umfassende prozessökonomische Bewältigung von Massenschäden und Gesamtschadensereignissen gibt es deshalb ebenfalls Bedarf an kollektiven Rechtsschutzinstrumenten.

Die geschilderten Probleme betreffen nicht nur das Verbraucherprivatrecht; wir begegnen ihnen auch im Wettbewerbsrecht, Kapitalanlagerecht und Deliktsrecht. Dementsprechend sind nicht nur Verbraucher, sondern auch kleine und mittlere Unternehmen sowie alle Privatpersonen betroffen. Es gibt zudem gute Gründe, auch von einer Grundrechtsrelevanz dieser Probleme auszugehen: Zumindest wenn es um die Durchführbarkeit massenhafter Klagen und die Abwicklung von Gesamtschadensereignissen geht, ist der Justizgewährleistungsanspruch betroffen.

Zu erwähnen ist schließlich, dass in anderen Mitgliedstaaten der EU bereits eine Reihe von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes fest etabliert sind. Das betrifft Deutschland nicht nur im internationalen Vergleich, sondern ganz konkret dann, wenn diese Instrumente im Ausland durch oder gegen in Deutschland ansässige Kläger oder Beklagte genutzt werden. Aufgrund der europäischen justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen und unter dem Regime der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel Ia-VO) können sowohl ein Gerichtsstand für eine Klage im Ausland (Art. 4 ff. Brüssel Ia-VO) als auch die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils in Deutschland (Art. 36, 45 Brüssel Ia-VO) gegeben sein. Unternehmen können etwa über den Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nach Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO einbezogen werden. Es gibt einen zwingenden Verbrauchergerichtsstand in den Art. 17-19 Brüssel Ia-VO. Klagen können auch beim Deliktgerichtsstand des Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO erhoben werden. Aktuell bemühen sich etwa in den Niederlanden Verbraucherverbände um die Erzielung eines niederländischen Kollektivvergleichs zugunsten Geschädigter des „Abgasskandals“. Hierfür wurde in den Niederlanden eine Stiftung, die *Stichting Volkswagen Car Claim*, gegründet.

Grundsätzlich besteht also Bedarf an Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes, mit denen die geschilderten Defizite des Individualprozesses bei der Durchsetzung von Streu- und Massenschäden behoben werden können, der Justizgewährleistungsanspruch des Einzelnen garantiert wird und Deutschland mit seinem Prozessrecht (wieder) zu den europäischen Nachbarstaaten aufschließen kann.

## **2. Potentiale und Nachteile einer Musterfeststellungsklage**

Mit der Musterfeststellungsklage ist das von einem Verband initiierte Musterverfahren mit verjährungshemmender Wirkung für Individualansprüche gemeint. Das Ergebnis des Verfahrens soll Bindungswirkung für etwaige nachfolgende Individualprozesse entfalten. Abstrakte Rechtsfragen und Tatsachenfragen können musterhaft für eine Vielzahl von Fällen geklärt werden. Sie werden eigenständiger Gegenstand eines für eine Vielzahl von

Fällen relevanten Verfahrens. Wenn der Kreis der feststellungsfähigen Gegenstände hinreichend weit gezogen wird und sowohl Tatsachen als auch Rechtsfragen erfasst, kann durch eine Musterfeststellungsklage sogar ein etwaiger Haftungsgrund gleichgerichteter Schadensersatzbegehren oder eine Gesamtschadenshöhe oder der Kreis von Geschädigten anhand abstrakt genereller Merkmale festgestellt werden. Mit einer Musterfeststellungsklage kann zudem das Vorliegen eines Rechtsverstoßes auch dann festgestellt werden, wenn eine Wiederholung des Verstoßes nicht ins Haus steht. In letzterer Hinsicht ist sie der etablierten Verbandsunterlassungsklage nach dem UKlaG und dem UWG überlegen, die nur für Rechtsverletzungen mit zukünftiger Begehungs-/Wiederholungsgefahr, nicht aber für abgeschlossene Schadensereignisse in Betracht kommt. Ein weiterer Vorteil einer Musterfeststellungsklage besteht darin, dass sie ohne individuelle Klageerhebung seitens eines Verbrauchers die Verjährung von dessen Ansprüchen hemmen kann. Die Antragstellung bei einer Musterfeststellungsklage ist für Verbände einfacher und risikoärmer als bei der Bündelung von Ansprüchen, da weder individuelle Ansprüche konkretisiert noch auf Leistung gerichtete, hinreichend bestimmte Klageanträge gestellt werden müssen.

Der große Nachteil der Musterfeststellungsklage besteht aber darin, dass sie den Beklagten auch bei dessen Prozessverlust zu nichts verpflichtet und die Geschädigten auch im Falle des Prozessgewinns nicht dazu berechtigt, eine Zahlung oder sonstige Leistung zu verlangen. Die Feststellung führt weder dazu, dass die durch das festgestellte Verhalten Geschädigten entschädigt werden, noch dazu, dass die rechtswidrige Geschäftspraxis in Zukunft untersagt ist. Der Weg zu einem Leistungstitel ist bei der Musterfeststellungsklage versperrt. Die Geschädigten müssen ihre Leistungsansprüche auf der Grundlage der Musterentscheidung in Einzelklagen durchsetzen. Nur wenn ein Geschädigter eigenständig im Anschluss an das Musterfeststellungsurteil aktiv wird, kann er Entschädigung erhalten. Es ist nun aber leicht abzusehen, dass derartige Folgeprozesse entweder nicht stattfinden werden, oder dass sie durch die Musterfeststellungsklage jedenfalls nicht erleichtert werden. Die Folgeprozesse werden trotz Musterfeststellung mühsam und kostenträchtig sein und fordern ein Engagement jedes einzelnen Klägers. Jeweils ist zu prüfen, inwieweit die Musterfeststellung vorgreiflich für den Streit um einen individuellen Schaden ist; ebenso sind „Ob“ und Höhe eines individuellen Schadens noch nicht Gegenstand der Musterfeststellung. Folgeprozesse werden bei Streuschäden deshalb am rationalen Desinteresse scheitern. Bei Massenschäden führt eine Musterfeststellung nicht zu einer nennenswerten Entlastung der Justiz. Die Anspruchsinhaber erhalten keinen Titel, die Gerichte werden sogar doppelt in Anspruch genommen. Dies widerspricht dem Grundprinzip der Subsidiarität von Feststellungsklagen: Wer auf Leistung klagen kann, soll die Justiz nicht mit Feststellungen beschäftigen, die im Rahmen des Leistungsurteils ohnehin als Vorfrage zu beantworten wären. Wenn eine gesonderte Feststellung notwendig/gewünscht ist, steht die Zwischenfeststellungsklage zur Verfügung. Die Subsidiarität von Feststellungsklagen gegenüber Leistungsklagen mag zwar im Hinblick auf die angestrebte Musterwirkung für eine *Vielzahl* von Verfahren zu relativieren sein. Warum dann aber die Feststellungsphase nicht zumindest mit einer Entschädigungsphase kombiniert wird, leuchtet nicht ein. Gerade diese würde auch den Zugang zu einem Vergleich erst attraktiv machen. Die Musterfeststellungsklage bietet weder eine effektive Durchsetzung individueller Ansprüche noch garantiert sie eine effektive Rechtspflege.

Was schließlich die Prävention zukünftiger Rechtsverletzungen angeht, hat eine Musterfeststellungsklage sogar noch geringere Rechtsfolgen als die etablierte Unterlassungsklage, die immerhin einen Unterlassungstitel hervorbringt.

Musterfeststellungsklagen sind aus diesen Gründen ungeeignet, die bei Streuschäden und bei Massenschäden vorhandenen Defizite des Individualprozesses zu beseitigen. Sie führen

weder zur Kompensation der individuellen Schäden noch haben sie abschreckende Wirkung im Hinblick auf zukünftige Rechtsverletzungen. Es kommt auch nicht zu einer Entlastung der Justiz. Ein drohendes Musterfeststellungsurteil ist zudem nicht in der Lage, die Vergleichsbereitschaft zu fördern.

### **3. Zum Diskussionsentwurf des BMJV (DiskE 2017)**

Für den DiskE 2017 gelten die schon allgemein für Musterfeststellungsklagen beschriebenen Nachteile. Zudem gibt es eine Reihe spezifischer Kritikpunkte am DiskE 2017, die sich auf den Anwendungsbereich, die klagebefugten Einrichtungen, das Quorum und die Bindungswirkung beziehen:

#### Anwendungsbereich des DiskE 2017

Der Diskussionsentwurf verlangt einen „Anspruch oder ein Rechtsverhältnis zwischen Verbrauchern und Unternehmern“ (§ 606 DiskE). Er ist also auf Verbraucherangelegenheiten beschränkt und bezieht Unternehmen und den private „Jedermann“ nicht mit ein. Damit können die durch rechtswidrige Geschäftspraktiken entstandenen Schäden kleiner und mittlerer Unternehmen nicht Verfahrensgegenstand sein. Außerdem entfallen deliktsrechtliche Ansprüche aus Verschuldens- und Gefährdungshaftung. Der Anwendungsbereich sollte also im Hinblick auf die festgestellten Defizite im Rechtsschutz erweitert werden.

#### Klagebefugnis beim DiskE 2017

Klagebefugt sind nur die qualifizierten Einrichtungen, die beim Bundesamt für Justiz oder im Verzeichnis der Europäischen Kommission eingetragen sind (§ 607 DiskE). Dazu gehören vor allem inländische und ausländische Verbraucherzentralen, -vereine und -verbände. Weder die Industrie- und Handelskammern (IHK) und Handwerkskammern noch die rechtsfähigen Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen sind klagebefugt. Dass damit eine griechische oder slowenische Industrie- und Handelskammer, die nach ihrem nationalen Recht zur Durchsetzung von Verbraucherrechten berechtigt und in die Liste der Kommission eingetragen ist, klagen kann, nicht aber eine deutsche IHK, ist hier nur ein pikantes Detail. Da die Verbandsklageaktivität der IHK und Handwerkskammern in Deutschland bislang ohnehin nicht spürbar ist, ist ihr Ausschluss aus der Klageberechtigung zumindest faktisch nicht problematisch. Anders sieht es freilich bei den rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen aus. Darunter fallen auch die mehr als 5.000 Innungen in Deutschland und die große Anzahl der Berufs- und Wettbewerbsverbände. Sie sind regelmäßig klageaktiv, wobei hier die Wettbewerbszentrale mit tausenden von Klagen und Abmahnungen jährlich herausragt. Sie sollte nicht außen vor bleiben, zumal das Wettbewerbsrecht ausdrücklich auch dem Schutz der Verbraucher dient, und der Verstoß gegen Verbraucherrecht in der Regel einen Lauterkeitsverstoß darstellt. Darüber hinaus sollten generell nicht nur Verbände, sondern auch private Kläger klagebefugt sein. Andernfalls würde auf die Effizienzvorteile, die private Strukturen in Zivilverfahren ohne Zweifel aufweisen, ohne Not verzichtet.

#### „Quorum“ beim DiskE 2017

Der DiskE sieht vor, dass durch die klagebefugte Einrichtung mindestens 10, 50 oder sogar 100 Fälle anhand konkreter Anhaltspunkte dargelegt werden, die von dem Musterverfahren betroffen sind (§ 606 DiskE). Notwendig ist „die detaillierte Beschreibung einschließlich der Angaben zu allen zur Begründung des Feststellungsziels dienenden tatsächlichen oder

rechtlichen Umstände ... konkreter Fälle mit Einwilligung der Betroffenen“. Außerdem muss die Betroffenenzahl glaubhaft (§ 294 ZPO) gemacht werden. Schon das Einholen der Einwilligungen und vor allem die detaillierte Beschreibung im Hinblick auf alle tatsächlichen oder rechtlichen Umstände dürfte bei 50 oder 100 Fällen einen beträchtlichen Aufwand machen, den die wenigen Klagebefugten personell und finanziell kaum zu leisten in der Lage sind. Zudem würde die Vorgreiflichkeit der Feststellungsziele letztlich doppelt geprüft, einmal bei der Zulassung der Klage und einmal bei der Entscheidung der Individualverfahren aufgrund des Musterentscheids. Das belastet auch die Gerichte doppelt. Zu befürchten ist, dass sich die Erfahrungen der Einziehungsklage nach § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 ZPO wiederholen, obwohl der DiskE die Probleme gerade dieses Verfahrens sieht und im Hinblick darauf Verbesserung bringen möchte. Die Einziehungsklage findet trotz fehlenden Quorums und möglichem Leistungstitel faktisch nicht statt, weil sie nicht organisierbar ist. Es ist also dringend zu raten, das Quorum nicht zu erhöhen, sondern am besten – jedenfalls wenn es bei der Klagebefugnis allein für Verbände bleiben sollte – ganz darauf zu verzichten. Ein Quorum für die Zulässigkeit der Klage gibt es weder bei den Klagen nach dem UKlaG oder UWG noch bei der Einziehungsklage nach § 79 ZPO, obwohl diese – anders als die Musterfeststellungsklage – sogar in einem Leistungstitel enden. Eine Art Quorum existiert bislang lediglich beim KapMuG (§ 6 Abs. 1 KapMuG), dort aber geht es um die nachträgliche Bündelung bereits erhobener Klagen. Zudem sind beim KapMuG nur zehn Musterverfahrensansprüche gefordert. Für eine verbandliche Musterfeststellungsklage ein (hohes) Quorum zu fordern, überzeugt nicht. Es wird die Klageaktivität der Verbände empfindlich dämpfen und die Probleme bei der Bewältigung von Streuschäden in keiner Weise beheben. Die konkrete Darlegung der entsprechenden Sachverhalte und ihre Glaubhaftmachung macht zudem einen der wenigen Vorteile einer Musterfeststellungsklage – die vermeintlich einfachere Antragstellung – zunichte.

#### Bindungswirkung des Musterentscheids beim DiskE 2017

Der Diskussionsentwurf stellt eine beiderseitige Bindung zur Debatte (§ 614 DiskE). Diese soll derart funktionieren, dass in einem nachfolgenden Individualprozess das entscheidende Gericht im Hinblick auf den ihm vorliegenden Streitgegenstand an die im Musterverfahren entschiedenen Vorfragen gebunden ist. Für die Bindungswirkung genügt (wie auch für die Verjährungshemmung – Art. 7 DiskE) eine Anmeldung zum Verfahren, die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Musterverfahren möglich ist, allerdings nicht mehr nach Kenntnis des Musterurteils (§ 609 DiskE). Es ist eine Bindung zu Gunsten und zu Lasten des Anmelders, der erst im Folgeprozess Partei ist.

Eine beiderseitige Bindung macht die Klage für den Beklagten attraktiver, da weitere Individualklagen effektiver ausgeschlossen werden können. Ohne Beteiligungsrechte auch an ein negatives Urteil gebunden zu sein, verletzt allerdings den Anspruch auf rechtliches Gehör des zum Verfahren Angemeldeten. Der Diskussionsentwurf sieht das rechtliche Gehör dadurch gewährleistet, dass jeder Anmelder selbst darüber entscheiden könne, ob er sich an dem Verfahren beteiligen möchte; er könne zudem jederzeit von seiner Anmeldung Abstand nehmen. Zudem käme es im Falle der parallelen Individualklage nicht zur Bindungswirkung. Das genügt allerdings für die Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht. Ein Vergleich mit dem Individualprozess zeigt das deutlich: Dass jede Klageerhebung freiwillig erfolgt und – in gewissen Grenzen (§ 269 ZPO) – zurückgenommen werden kann, heißt ja auch nicht, dass der Kläger für das Verfahren kein rechtliches Gehör bekommen muss. Ein Urteil kann immer nur bei entsprechenden Beteiligungsrechten und Einbindung in das Verfahren Bindungskraft entfalten. Zudem ist die Rücknahme der Anmeldung nicht mehr nach Kenntnis des Urteils, sondern nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung möglich (§ 609 Abs. 3 DiskE). Eigene Beteiligungsrechte der Anmelder im Gegenzug zur Bindungswirkung gibt es im Musterverfahren nicht. Ausdrücklich ausgeschlossen werden

die Regelungen zur Nebenintervention (§ 611 Abs. 3 DiskE i. V. m. §§ 66 ff. ZPO), die beim KapMuG noch Vorbild für die Beteiligtenstellung waren und eine nachträgliche Gehörs-gewährung ermöglichen würden. Das Gesetz sieht auch keine Repräsentation oder sonstige nachlaufende Beteiligungsrechte der Anmelder vor. Zur Vermeidung eines Grundrechtsverstoßes muss das Gesetz deshalb entweder zu einer einseitigen Bindung kommen, rechtliches Gehör zu Fragen des Musterverfahrens im nachfolgenden individuellen Leistungsprozess gewähren oder gewährleisten, dass die Betroffenen ihre prozessualen Rechte im Musterverfahren über einen echten Repräsentanten wahrnehmen.

#### Verhältnis zwischen Musterverfahren und Individualklage beim DiskE 2017

Eine Rechtskraftsperrung im Sinne eines *ne bis in idem* gibt es durch das Musterverfahren nicht. Die individuelle Klage im Anschluss an das Musterverfahren ist vielmehr geradezu „Teil des Konzepts“. Während des laufenden Musterverfahrens entfaltet dieses auch keine Rechtshängigkeitssperre gegenüber einem Individualverfahren; die Anmeldung zum Musterverfahren steht der Klage nicht gleich. Im Hinblick auf die Bindungswirkung des Musterentscheids steht allerdings gemäß § 614 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 DiskE die Klageerhebung der *Rücknahme der Anmeldung* gleich: Wer zwischen Bekanntmachung des Musterverfahrens und Urteil im Musterverfahren individuell klagt, wird an ein Urteil im Musterverfahren nicht gebunden. Außerdem werden schon vor Bekanntmachung anhängige Individualverfahren durch das Musterverfahren (nach dem Vorbild des § 8 KapMuG) ausgesetzt (§ 614 Abs. 2 DiskE). Damit werden einander widersprechende Entscheidungen im Musterverfahren und in einer Individualklage weitgehend verhindert. Wenn man die Idee eines Musterverfahrens verfolgt, ist es zumindest folgerichtig, Individualklagen erst zu entscheiden, wenn das Musterverfahren beendet ist, entweder, weil sie erst dann erhoben werden oder erst dann die Aussetzung endet. Es zeigt aber auch, dass das Musterverfahren mit einer deutlichen Verkürzung der individuellen Klagerechte verbunden ist: Erst ist der individuell Betroffene gezwungen, sich zwischen dem Musterverfahren und der Individualklage zu entscheiden – parallel kann beides nicht laufen. Im Anschluss an das Musterverfahren muss dann aber doch noch jeder einzeln klagen. Die hinlänglich bekannten Mängel des KapMuG (etwa die vielen Streitigkeiten um Aussetzungsbeschlüsse und das langwierige Verfahren bis zur endgültigen Bescheidung der Individualansprüche) werden durch das Musterverfahren des DiskE wiederholt. Das machen gerade die Regelungen zum Verhältnis von Individualklage und Musterverfahren ganz deutlich.

#### Keine Leistungstitel beim DiskE 2017

Das große Manko einer Musterfeststellungsklage ist, dass sie den Geschädigten keinen Leistungstitel gewährt, sondern im Anschluss die Erhebung von Individualklagen erfordert. Dies wurde bereits ausgeführt. Dabei ist außerdem zu berücksichtigen, dass der DiskE die Zuständigkeit des Landgerichts in der ersten Instanz vorsieht (Art. 1 DiskE). Da im Anschluss an die Musterfeststellungsklage jeder einzelne Geschädigte noch einmal klagen muss, ist also der gesamte Instanzenzug ggf. zweimal zu durchlaufen.

#### Vergleich beim DiskE 2017

Immerhin sieht der Entwurf des BMJV aus dem Jahr 2017 einen kollektiven und gerichtlich geprüften Vergleichsschluss vor, der alle Anmelder bindet, aus dem diese aber austreten können (§ 612 DiskE). Hierüber können sie noch bis einen Monat nach Zustellung des genehmigten Vergleichs entscheiden. Wirksamkeitsvoraussetzung des Vergleichs ist, dass weniger als 30 Prozent der Anmelder austreten. Der Vorteil gegenüber dem KapMuG-Vergleich (§ 17 KapMuG) besteht darin, dass alle Anmelder und nicht nur die Beigeladenen, die jeweils selbst geklagt haben müssen (§ 9 Abs. 3 KapMuG), gebunden werden. Im

Hinblick auf das Bedürfnis nach einer Gesamterledigung komplexer Schadensereignisse ist dies eine realistische Option schneller Anspruchsdurchsetzung.

Seinen Anreiz verliert der Vergleich nach dem DiskE 2017 für den Anspruchsgegner dadurch, dass nicht unbedingt alle Geschädigten von ihm erfasst werden, sondern nur die Anmelder, die zudem kein *Opt out* erklärt haben. Nicht möglich ist nach dem Diskussionsentwurf im Übrigen die durchaus wünschenswerte Möglichkeit, auch einen außergerichtlichen Vergleich einer gerichtlichen Genehmigung und Beitrittsmöglichkeit zuzuführen.

Der Vergleich nach dem DiskE 2017 verliert schließlich maßgeblich an Attraktivität dadurch, dass es für den Beklagten der Musterfeststellungsklage keinen Druck zum Vergleichsschluss durch eine ansonsten drohende Verurteilung zu einer Leistung gibt. Er steht vor der Wahl zwischen einer nicht vollstreckbaren Musterfeststellung, bei der längst noch nicht feststeht, wie viele Verbraucher sich in Individualklagen auf sie berufen werden, und einem Vergleich, der in der Regel Leistungspflichten begründen wird. Kein Beklagter wird sich hier zu einem Vergleich entschließen. Ein Vergleichsinstrumentarium in einer Musterfeststellungsklage, dem im Falle fehlender Vergleichsbereitschaft keine Titulierung von Leistungsansprüchen folgt, ergibt keinen Sinn.

#### **4. Ergebnis**

Als Gesamtfazit ist deshalb festzuhalten, dass ein Musterfeststellungsverfahren weder generell geeignet ist, die Rechtsschutzdefizite bei Streuschäden und Massenschäden zu beheben, noch konkret der DiskE 2017 als geeignet zu bewerten ist. Einige Verbesserungsvorschläge zu diesem Entwurf wurden vorgeschlagen. Sie können aber das Grundproblem, dass ein Geschädigter durch eine Musterfeststellungsklage keinen Leistungstitel erlangt, nicht beheben.

#### **5. Alternativen**

Sinnvoller als eine Musterfeststellungsklage erscheint nach obigem ein Rechtsschutzinstrument, an dessen Ende ein individueller Leistungstitel jedes Geschädigten stehen kann. Dazu ist eine echte Bündelungsmöglichkeit in Form einer Gruppen- oder Sammelklage, die auch in einem Kollektivvergleich enden kann, einzuführen. Diese kann eine Feststellungsphase enthalten. Empfehlenswerter erscheint es freilich, die Entscheidung über ein *einphasiges* (kollektive Leistungsklage) oder *zweiphasiges* (Musterfeststellungsklage mit kollektiver Entschädigungsphase) Modell vom konkreten Schadensfall abhängig in die Hände des konkreten Gruppenklägers und die materielle Prozessleitung des Gerichts zu legen. Außerdem sollten die Möglichkeiten, unrechtmäßig erlangte Gewinne zu Gunsten des Staatshaushalts oder zu Gunsten eines Fonds für kollektive Rechtsbehelfe abzuschöpfen, verbessert werden. Das würde maßgebliche präventive Wirkung entfalten.

Ich bedanke mich für Ihr Interesse und verbleibe mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich