

Die Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalen e.V. (unternehmer nrw) ist der Zusammenschluss von 129 Verbänden mit 80.000 Betrieben und drei Millionen Beschäftigten. unternehmer nrw ist Mitglied der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und vertritt die Interessen des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V. (BDI) als dessen Landesvertretung.

27.02.2023

## STELLUNGNAHME

### **Im Rahmen des Clearingverfahrens zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz - VRUG)**

Im Zuge eines Clearingverfahrens bittet das Ministerium der Justiz des Landes NRW den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz - VRUG) auf seine Mittelstandsverträglichkeit zu überprüfen.

Die Stellungnahme stellt eine erste und vorläufige Einschätzung von unternehmer nrw dar. Eine abschließende Beurteilung war zum gegenwärtigen Zeitpunkt und mit Blick auf die kurze Frist zur Stellungnahme nicht möglich.

#### **Zusammenfassung**

Die im Ressortentwurf vorgeschlagenen Regelungen stellen den Verbraucherinnen und Verbrauchern eine weitere kollektive Klagemöglichkeit zur Verfügung, wobei durchaus die Interessen der Unternehmen an einem fairen Verfahren mitberücksichtigt werden. Der Entwurf versucht eine ausgewogene Regelung zu schaffen. Das ist grundsätzlich zu unterstützen. **Allerdings illustriert bereits der erste Satz des Ressortentwurfs, dass dieser von falschen Voraussetzungen ausgeht, indem Unternehmen regelmäßig und intendiert verbraucherrechtswidrige Geschäftspraktiken unterstellt werden.**

Das neu geschaffene kollektive Rechtsschutzinstrument ist grundsätzlich so strukturiert, dass es sich in die bestehende Zivilprozessordnung einfügt.

Besonders wichtig ist der deutschen Wirtschaft bei der Umsetzung der EU-Vorgaben in das nationale Recht, dass die Missbrauchsmöglichkeiten durch neue Klageinstrumente geringgehalten werden.

Deutschland befindet sich in der wirtschaftlich angespanntesten Lage seit dem 2. Weltkrieg. Unnötige Belastungen der mittelständischen Wirtschaft durch den missbräuchlichen Einsatz von kollektiven Rechtsschutzinstrumenten müssen verhindert werden.

### Kernpunkte des Entwurfs

- Hohe **Anforderungen an die klageberechtigten Einrichtungen** sorgen dafür, dass nur Verbraucherverbände zum Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher tätig werden und Klagen nicht zur Gewinnerzielung erhoben werden. Die Orientierung an den bereits geltenden und im Rahmen der Musterfeststellungsklage erprobten Anforderungen im Entwurf ist deshalb zu begrüßen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch die **Nichtzulassung von ad-hoc gegründeten Einrichtungen**.
- Für die beklagten Unternehmen ist es entscheidend, die Tragweite der gegen sie erhobenen Ansprüche beurteilen zu können, zumal andernfalls ein Vergleich faktisch ausgeschlossen wird. Ein Mandat der klageberechtigten Einrichtungen und ein **frühestmögliches Opt-In** der beteiligten Verbraucherinnen und Verbraucher ist daher von besonderer Relevanz. Ein (zu) spätes Opt-In würde zudem einseitig der Verbraucherseite ein „Rosinenpicken“ ermöglichen, weil Verbraucherinnen und Verbraucher dann nur bei für sie günstigen Zwischenergebnissen – nachträglich – beitreten würden.
- In diesem Zusammenhang ist auch die in § 204a Abs. 1 Nr. 4 BGB- E vorgesehene **Verjährungshemmung** nur für die im Klageregister angemeldeten Ansprüche zu begrüßen. Richtig ist, dass die Verjährung nur für diejenigen Verbraucherinnen und Verbraucher gehemmt wird, die an den Verbandsklagen teilnehmen, indem sie ihre Ansprüche angemeldet haben.
- Für ebendiese Verbraucherinnen und Verbraucher entfaltet das Urteil auch nach § 11 VDuG-E **Bindungswirkung**. Zustimmung verdient die Entscheidung des Gesetzgebers, die Bindungswirkung des Urteils gleichermaßen für das Unternehmen als auch für die Verbraucherinnen und Verbraucher gelten zu lassen.
- § 37 VDuG-E stellt zu Recht klar, dass nicht abgerufene Beträge aus dem Abhilfefonds dem Unternehmen zu erstatten sind. Der Gesetzgeber betont, dass dies zu erfolgen hat, da dem Unternehmen **kein Strafschadensersatz** auferlegt werden soll. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist besonders

wichtig, um Missbrauch des Klageinstruments und eine Schädigung des Unternehmens zu verhindern.

- Zu begrüßen ist auch, dass richtlinienkonform keine Erfolgshonorare möglich sein sollen.

Allerdings gibt es aus Sicht der mittelständischen Wirtschaft auch eine Vielzahl sehr kritischer Punkte. Wir sehen Änderungsbedarf, die wir im Folgenden erläutern.

### Im Einzelnen

#### **§ 1 Abs. 1 VDuG-E; Anwendungsbereich**

Es bedarf einer Klarstellung, auf welche materiellrechtlichen Ansprüche der Verbraucherinnen und Verbraucher eine Abhilfeklage gestützt werden kann. Der Anwendungsbereich ist mit dem Verweis auf „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ zumindest unklar. Es sollte eine Beschränkung auf Verbraucherrechte und die Anlage der Richtlinie geben.

Alternativ wäre es eine Lösung, wie bei der Änderung des UKlaG, in das VDuG die Liste aus dem Anhang der Richtlinie zu übernehmen.

#### **§ 1 Abs. 2 VDuG-E; Gleichstellung kleiner Unternehmen mit Verbrauchern**

§ 1 Abs. 2 VDuG-E sieht vor, dass kleine Unternehmen Verbraucherinnen und Verbrauchern gleichgestellt werden und sie sich damit Abhilfe- und Musterfeststellungsklagen anschließen können, wenn der Rechtsstreit ihre Ansprüche oder Rechtsverhältnisse gleichermaßen betrifft wie die der Verbraucherinnen und Verbraucher. Damit geht der Ressortentwurf über die europarechtliche Vorgabe hinaus. So sieht Art. 1 der EU-Verbandsklagen-Richtlinie den Zweck der Richtlinie im Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucherinnen und Verbraucher.

Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs auf B2B-Verhältnisse ist problematisch, da Unternehmen, auch kleine Unternehmen, nicht in gleicher Weise wie Verbraucherinnen und Verbraucher schutzbedürftig sind und sich auch die nun einbezogenen kleinen Unternehmen in ganz überwiegender Mehrheit selbst nicht als schutzbedürftig ansehen. Der Entwurf führt somit zu einem dem unternehmerischen Leitbild widersprechenden Status.

Diese Regelung birgt zudem eine große Missbrauchsgefahr, da Singular- (z. B. Zession) und Universalsukzessionen (z. B. Ausgliederung) eine Umgehung der Anforderung an kleine Unternehmen ermöglichen. Weltweit agierenden Unternehmen(-sgruppen) wären Klagen gegen ihre Konkurrenten möglich, indem

sie 50 kleinere Unternehmen schaffen, die mit (abgetretenen) Teilansprüchen an der Verbandsklage teilnehmen.

Diese Gefahr ginge richtlinienwidrig ebenso zulasten der Verbraucherinnen und Verbraucher. Denn dieser Ressortentwurf steht im Widerspruch zu flankierenden gesetzgeberischen Maßnahmen, das Geschäftsmodell von Unternehmen zu sichern und zu stärken (z. B. § 308 Nr. 9 BGB), Ansprüche von Verbraucherinnen und Verbrauchern aus abgetretenem Recht gegen Erfolgshonorar durchzusetzen. So hebt z. B. die Begründung des VDuG-E an mehreren Stellen hervor, dass Zinsnachzahlungsansprüche infolge der Unwirksamkeit von Zinsanpassungsklauseln mit dieser neuen Klageart durchgesetzt werden können. Gleichzeitig forciert die Rechtsordnung indes Legal-Tech-Unternehmen (vgl. z. B. <https://www.zinserstattung.de/> oder [www.fliightright.de](http://www.fliightright.de)), solche Ansprüche aus abgetretenem Recht richtlinienwidrig (entgegen Art. 12 Abs. 2 der EU-Verbandsklagen-Richtlinie) gegen Erfolgshonorar durchzusetzen. Offensichtlich richtlinienwidrig können sich solche Unternehmen sogar der neuen Kollektivklage anschließen und bspw. die Drittfinanzierungsanforderungen umgehen.

Erforderlich ist daher zumindest eine Einschränkung, dass kleine Unternehmen nur Ansprüche aus eigenem und nicht aus abgetretenem Recht geltend machen können. Noch besser wäre ein Gebot von Abtretungsverboten, statt eines Verbots derselben in § 308 Nr. 9 BGB. Auch der Bundesjustizminister betont in einem aktuellen Interview, dass nicht jedes kleine Unternehmen zwingend Verbraucherinnen und Verbrauchern gleichzustellen sei (Anwaltsblatt 11/2022 S. 583, 585). Der potentielle Missbrauch durch Klagevehikel muss ausgeschlossen werden.

Fraglich erscheint hier außerdem, ob mit der Einbeziehung von Unternehmen der Anwendungsbereich für Verbandsklagen über Verbraucherschutzgesetze hinausgeht oder letztlich das gesamte Wirtschaftsrecht im Zusammenhang mit „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ (§ 1 Abs. 1 VDuG-E) gemeint sein soll, welches im B2B-Bereich Gegenstand von Verfahren sein kann. Mindestens ist eine Klarstellung geboten, dass es lediglich um die Regulierung von Verstößen gegen spezifische Verbraucherschutzgesetze geht.

Insgesamt ist auch nicht nachvollziehbar, dass Verbraucherverbände die Interessen von (kleinen) Unternehmen vertreten (können) und durchsetzen sollen. Das gilt insbesondere dann, wenn sich ausschließlich Unternehmen einer Verbandsklage anschließen. Eine derartige Aufgabenausweitung schafft einen Präzedenzfall für die Ausweitung auch in anderen Bereichen, die nicht gewollt sein kann und jedenfalls nicht im Gesamtinteresse der Wirtschaft liegt.

#### **§ 4 Abs. 2 VDuG-E; Drittmittelfinanzierung**

Die Regelungen zur Drittfinanzierung stellen eine 1:1 Umsetzung der EU-Richtlinie von Art. 10 der EU-Verbandsklagen-Richtlinie dar, ohne die national möglichen und notwendigen Schutznormen zu ergänzen. Es muss letztlich sichergestellt werden, dass Kollektivklagen in Deutschland nicht zum Investitionsobjekt werden können. Der deutsche Gesetzgeber sollte daher von der durch die Richtlinie eröffneten Möglichkeit Gebrauch machen, Prozessfinanzierung von Abhilfeklagen vollständig auszuschließen.

#### **§ 7 Abs. 2 VDuG-E; Streitgenossenschaft**

Nach dieser Vorschrift sind die Regelungen zur Streitgenossenschaft (§ 59, 61–63 ZPO) auf die Abhilfe- und Musterfeststellungsklagen anwendbar. So können etwa zwei inländische Verbraucherzentralen als Streitgenossen ein Unternehmen gemeinschaftlich verklagen (S. 73 Begründung des Ressortentwurfs), obwohl Verbraucherinnen und Verbraucher nur in einem einzigen Verfahren Ansprüche anmelden können. Dies bedeutet ausschließlich Mehrkosten für den Unternehmer, zumindest durch die Mehrvertretungsgebühr Nr. 1008, Anlage 1 RVG, ohne Mehrwert für die Verbraucherinnen und Verbraucher. Die Zulassung der Streitgenossenschaft steht auch im Widerspruch zu § 8 VDuG-E, wonach eine weitere, spätere Verbandsklage richtigerweise zur Unzulässigkeit der Klage und nicht zur nachträglichen Streitgenossenschaft führt.

#### **§ 10 Abs. 2 S. 2 VDuG-E; Austritt aus dem Vergleich**

Sofern die Verbraucherin bzw. der Verbraucher aus dem Vergleich austritt, wird ihre bzw. seine wirksame Anmeldung im Klageregister nicht berührt. Kommt der Vergleich wirksam zustande, wird das Verbandsklageverfahren beendet und für den aus dem Vergleich ausgetretenen Anmelder gäbe es keine Feststellung, von der er profitierte. Dadurch wären die bisherigen Prozessergebnisse verloren. Unklar bleibt, ob der Prozess durch den Vergleich (gänzlich) wirksam beendet worden ist oder ob der Prozess teilweise für die aus dem Vergleich ausgetretenen Verbraucherinnen und Verbraucher fortgeführt werden muss. Nach einer Ansicht soll der klagende Verband auch nach Vergleichsabschluss bzgl. der Ausgetretenen noch das Recht haben, den Prozess weiterzuführen. Dagegen spreche jedoch, dass die Verbraucherin bzw. der Verbraucher dem klagenden Verband mit der Anmeldung keinen Auftrag erteilen. Durch die Anmeldung werde lediglich die Möglichkeit geschaffen, an der Bindungswirkung des Verfahrens zu partizipieren und die Verjährung zu hemmen. (vgl. dazu Musielak/Voit/Stadler 19. Aufl. 2022, ZPO § 611 Rn. 17 m.w.N.)

Es bedarf insoweit einer Klarstellung zu den Rechtsfolgen des Austritts, da dies zu einem Vergleich mit Klagerücknahmeverpflichtung – wie die Praxis gezeigt hat – oder zu Streitfragen entsprechend der bisherigen Gesetzesfassung führt.

### **§ 11 Abs. 1 VDuG i.V.m. Art. 5 VRUG-E (§ 148 Abs. 3 ZPO-E); Aussetzung des Verfahrens**

Die Sperrwirkung muss hier weiter gefasst werden. Andere Verfahren müssen so lange ausgesetzt werden, bis das Verbandsklageverfahren wirksam beendet ist. Dies sollte auch auf Antrag des Beklagten geschehen, um eine Doppelbelastung auch durch von der Verbandsklage ausgetretene Verbraucherinnen und Verbraucher zu vermeiden.

### **§ 12 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-E; Informationspflichten**

Die klageberechtigte Stelle muss auf ihrer Internetseite über eine Verbandsklage informieren, die sie erheben will. Dieser Zeitpunkt wird als zu früh erachtet. Den Unternehmen droht ein großer Reputationsschaden und es wird eine Insolvenzgefahr für das Unternehmen geschaffen, da alle Lieferanten ab Kenntnis der beabsichtigten Klage möglicherweise nur noch gegen Vorkasse liefern. Die klageberechtigte Stelle sollte sich vorweg an das jeweilige Unternehmen wenden, um Reputationsschäden zu vermeiden. Zielführend ist daher eine gesetzliche Verpflichtung, zunächst, also vor einer Veröffentlichung, außergerichtliche Gespräche mit dem potentiell beklagten Unternehmen aufnehmen zu müssen.

### **§ 13 Abs. 1 VDuG-E; Anwendung ZPO**

Aus dieser Regelung geht nicht hinreichend hervor, ob sich Verbraucherinnen und Verbraucher im Falle einer Klageänderung neu anmelden müssen. Eine Klarstellung ist erforderlich.

Bereits die Prozessökonomie erfordert zudem zu § 13 Abs. 1 und § 40 VDuG-E klarstellende Regelungen, in welchem Umfang (Hilfs-)Aufrechnung (s. a. § 322 Abs. 2 ZPO) und (Hilfs-)Widerklage möglich sein müssen. Gerade bei nur auf Einrede hin zu saldierenden Ansprüchen muss es dem Unternehmer möglich sein, überschießende Gegenansprüche geltend zu machen. Andernfalls wäre es Verbraucherinnen und Verbrauchern vor Geltendmachung der Aufrechnung möglich, einseitig Zahlungsansprüche geltend zu machen, obwohl dem beklagten Unternehmen die Klageforderungen der Verbraucherin oder des Verbrauchers übersteigende Gegenforderungen zustehen (z. B. Ansprüche aus Rückgewährschuldverhältnissen nach sog. Darlehenswiderruf). Schlimmstenfalls könnten ansonsten Verbraucherinnen und Verbraucher Ansprüche gegen Unternehmer durchsetzen und Unternehmer nach § 40 VDuG-E gezwungen sein, überschießende Ansprüche gegen die jeweiligen Verbraucherinnen und Verbraucher im Wege der Individualklage durchzusetzen. Mit den Händen zu greifen ist, dass dies zu keiner Entlastung der Justiz beitragen würde.

### **§ 18 VDuG-E; Abhilfeendurteil**

Unklar ist, wie es sich mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Abhilfeendurteiles verhält. Hier fehlen die notwendigen Klarstellungen.

### **§ 20 Abs. 2 VDuG-E; Kosten Umsetzungsverfahren**

Die Regelung, dass der Unternehmer die Kosten des Umsetzungsverfahrens trägt, ist weiter als diejenige des § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO. Danach trägt der Schuldner nur die Kosten der Vollstreckung, soweit diese notwendig waren. Die Regelungen des VDuG-E sollten nicht über die allgemeinen Grundsätze der Zivilprozessordnung hinausgehen.

### **§ 21 VDuG-E; Erhöhung des kollektiven Gesamtbetrags**

Die Möglichkeit der klageberechtigten Stelle, während des Umsetzungsverfahrens nach Rechtskraft des Abhilfeendurteils eine Klage auf Erhöhung des kollektiven Gesamtbetrags gegen das beklagte Unternehmen zu erheben, widerspricht den Interessen der Wirtschaft an Rechtssicherheit sowie den Interessen der Allgemeinheit an Rechtsfrieden, Verfahrensbeschleunigung und einer Entlastung der Gerichte.

Dem Risiko, dass der im Abhilfeendurteil tenorierte kollektive Gesamtbetrag deswegen nicht ausreicht, weil sich Verbraucherinnen und Verbraucher erst *nach* der mündlichen Verhandlung angemeldet haben (diese Möglichkeit wird in der Begründung des Entwurfs genannt, vgl. S. 102), kann bereits dadurch wirksam begegnet werden, dass die Anmeldefrist im Sinne des erforderlichen frühen Opt-In – wie in § 46 Abs. 1 VDuG-E vorgesehen – *vor* die erste mündliche Verhandlung verlagert wird.

Der Entwurf sieht gemäß § 18 Abs. 2 VDuG-E vor, dass gegen ein Abhilfeendurteil die Revision stets zulässig ist. Die in der Begründung des Ressortentwurfs auf Seite 85 genannten „Unwägbarkeiten bei der Bezifferung“ des vom beklagten Unternehmen zu zahlenden Betrags durch die klagende Partei sind gerade bei deliktischen Ansprüchen auch den Individualklageverfahren immanent und rechtfertigen auch beim Abhilfeendurteil keine faktische Durchbrechung der Rechtskraft. Sollte der Sachwalter nach Rechtskraft des Abhilfeendurteils im Umsetzungsverfahren feststellen, dass der tenorierte kollektive Gesamtbetrag nicht zur Befriedigung aller Ansprüche der angemeldeten Verbraucherinnen und Verbraucher ausreicht, sollte der Sachwalter deren Ansprüche anteilig kürzen, ohne dass Individualklagen dieser Verbraucherinnen und Verbraucher möglich sind.

## **§§ 22 ff. VDuG-E; Umsetzungsverfahren**

Der Unternehmer hat im Umsetzungsverfahren insbesondere bei deliktischen Ansprüchen keine Möglichkeit, sachgerecht Einwendungen geltend zu machen. Bei den sog. Dieselfällen etwa entstammt(e) nahezu das gesamte Verteidigungsvorbringen der Klageschrift und den diesbezüglichen Anlagen. Nach § 28 VDuG-E soll zwar ein Widerspruch gegen Verbraucheransprüche möglich sein, indes gelangt der Unternehmer (mangels Vertragsverhältnisses) nicht an die Informationen zur Verteidigung; dies ist widersprüchlich. Zudem hat der Unternehmer keine Überprüfungsmöglichkeiten und müsste im Falle einer geltend zu machenden Einwendung nach § 40 VDuG-E Individualklage gegen die/den entsprechende(n) Verbraucherin bzw. Verbraucher erheben. Dies widerspricht den Grundsätzen des fairen Verfahrens und der Waffengleichheit sowie der Prozessökonomie.

## **§ 28 Abs. 2 VDuG-E; Widerspruchsfrist**

Die zweiwöchige Widerspruchsfrist ist deutlich zu kurz und sollte dem Umfang des Verfahrens entsprechend länger ausfallen. Für den Unternehmer kann es schlichtweg unmöglich sein, etwa 500.000 Verbraucheransprüche binnen der Frist zu überprüfen.

## **§ 31 S. 2 VDuG-E; Haftung Sachwalter**

Es wird nicht hinreichend deutlich, was unter einem ordentlichen und gewissenhaften Sachwalter zu verstehen ist. Besser wäre hier die Formulierung, dass der Sachwalter für die Sorgfalt eines Treuhänders, der die Rechte beider Parteien sachgerecht und angemessen vertritt, einzustehen hat.

## **§ 32 Nr. 2 VDuG-E; Vergütung Sachwalter**

Die Vergütung des Sachwalters ist im Ansatz nicht umrissen. Es wird auch kein Leitbild geschaffen. Die Vergütung nach Stundensätzen (Begründung des Ressortentwurfs S. 95), die das Recht bisher so nicht kennt, belastet den Unternehmer unangemessen.

## **§ 33 S. 5 VDuG-E; Schlussrechnung**

Auch hier ist die Frist für die Geltendmachung von Einwendungen gegen die Schlussrechnung mit zwei Wochen deutlich zu kurz bemessen. Das Gericht muss eine Frist setzen, die bei dem Umfang des Verfahrens angemessen erscheint.

## **§ 38 VDuG-E; Insolvenz des Unternehmers**

§ 38 VDuG dient nicht der Umsetzung der EU-Verbandsklagen-Richtlinie, sondern geht über diese hinaus, ist nicht sachgerecht und sollte gestrichen werden.

§ 38 VDuG regelt – ohne Vorbild in der Richtlinie – den Fall, dass über das Vermögen des beklagten Unternehmens

- nach (Teil-) Zahlung des "kollektiven Gesamtbetrages" in den Umsetzungsfonds – der vom Sachwalter treuhänderisch gehalten wird – aber
- vor Auskehr an die Verbandsklage-Verbraucherinnen und -verbraucher, die die notwendigen Nachweise erbringen,

ein Insolvenzverfahren eröffnet wird.

§ 38 VDuG sieht insoweit einen „Supervorrang“ im Insolvenzverfahren für Verbraucherinnen und Verbraucher und ihnen gleichgestellte Unternehmen vor, die ihre Ansprüche im Verbandsklagewege geltend gemacht haben („Verbandsklage-Verbraucher“). Dieser Vorrang ist nachteilig für alle übrigen Gläubiger einschließlich sonstiger Verbraucherinnen und Verbraucher und widerspricht dem insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (§ 1 Satz 1 InsO).

Abweichend von dem Grundgedanken der §§ 115 f. InsO soll die "Durchführung des Umsetzungsverfahrens", konkret also die Verteilung des Guthabens aus dem Umsetzungsfonds an Verbandsklage-Verbraucher, durch die Insolvenzeröffnung nicht gehindert werden.

(Absatz 1 Satz 1). Dieses - je nach Fallkonstellation beträchtliche Sondervermögen - schmälert also die Insolvenzmasse, die zur Befriedigung der übrigen Gläubiger zur Verfügung steht. Anders als es die Gesetzesbegründung zur Rechtfertigung des Vorrangs ausführt, ist das (Teil-)Guthaben des Fonds tatsächlich auch noch nicht abschließend konkreten Verbandsklage-Verbrauchern zuzuordnen; vielmehr ist bei Bildung der Vermögens-masse unklar, ob und wenn ja, welche Verbandsklage-Verbraucher tatsächlich die vom Gericht angeordneten Nachweise erbringen können und Nutznießer dieser Masse werden.<sup>1</sup> Den Verbandsklage-Verbrauchern wird damit ein deutlicher, unsachgerechter Vorteil vor allen übrigen Gläubigern einschließlich sonstiger Verbraucherinnen und Verbraucher eingeräumt. Ein Vorgehen, von dem sich der Gesetzgeber mit der Abschaffung der Konkursordnung eigentlich – zu Recht – verabschieden wollte.

Überdies ist die Regelung auch unklar. Absatz 1 Satz 2 regelt den Fall, dass – aus Sicht des Sachverwalters – begründete Insolvenzanfechtungsansprüche bestehen und das Umsetzungsverfahren eingestellt wird. Absatz 2 soll die Rechtsfolge regeln. Das vermutlich gesetzgeberisch Gewollte – der anfechtbare Teil wird der

---

<sup>1</sup> In der Konsequenz regelt § 37 VDuG-E, dass ein nicht vollständig ausgekehrter kollektiver Gesamtbetrag nach Beendigung des Umsetzungsverfahrens an den beklagten Unternehmer herauszugeben ist.

freien Masse, der unanfechtbare Teil einer Sondermasse zugeordnet – ergibt sich indes allenfalls aus der Gesetzesbegründung.

### **§ 39 VDuG-E; Offene Verbraucheransprüche**

Diese Vorschrift führt nicht zur Entlastung der Justiz. Sinnvoll ist es daher, ein Feststellungsverfahren, z. B. analog der Vorschriften der Insolvenzordnung, anzuschließen, zumal Verbraucherinnen/Verbraucher und Sachwalter bereits in den Sach- und Streitstand involviert sind.

### **§ 40 Abs. 1 VDuG-E; Herausgabeanspruch des Unternehmers**

Auch diese Regelung hat keine Entlastung der Justiz zur Folge. Zudem ist sie für den Unternehmer nachteilhaft, indem der Zeitpunkt der Geltendmachung von Einwendungen – nämlich *vor* die mündliche Verhandlung – vorverlagert wird. Nach dem derzeitigen Ressortentwurf könnten vor der mündlichen Verhandlung entstandene Einwendungen sogar noch nach der letzten mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden.

Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 VDuG-E zeigt die Notwendigkeit, ein noch früheres Opt-In zu etablieren. Denn die Vorschrift soll auch dem Umstand Rechnung tragen, dass sich Verbraucherinnen und Verbraucher nach der mündlichen Verhandlung anmelden (Begründung des Ressortentwurfs S. 102). Solche Prozesse könnten im Sinne der Entlastung der Justiz und der Prozessökonomie schlicht vermieden werden, indem die Anmeldefrist deutlich vor die erste mündliche Verhandlung verlagert wird. Dieses späte Opt-In schafft zudem neue Streitigkeiten, wenn Verbraucherinnen und Verbraucher sich erst spät anmelden und daher das Verfahren zur Erhöhung des Gesamtschadensbetrags bemüht werden muss. Losgelöst davon steht dies im Widerspruch zu § 46 Abs. 1 S. 1 VDuG-E.

### **Art. 7 Nr. 2 VRUG-E (§ 204a BGB-E); Hemmung der Verjährung**

Die im Ressortentwurf vorgesehene Hemmungswirkung für Ansprüche von Verbraucherinnen und Verbrauchern durch eine verbandsseitige Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach dem UKlaG und dem UWG (§ 204a Abs. 1 Nrn. 1, 2 BGB-E) ist zu weitgehend und daher abzulehnen. Die Zahl der Verbraucherinnen und Verbraucher, die Ansprüche „gegen den Unternehmer aufgrund der Zuwiderhandlung“ haben könnten, „gegen die sich der Unterlassungsanspruch [der antrags- bzw. klageberechtigten Stelle nach § 3 Abs. 1 S. 1 UKlaG] richtet“, ist nicht überschaubar, sondern im Gegenteil uferlos. Die vorgeschlagene Regelung entspricht zudem nicht dem Erwägungsgrund 65 der EU-Verbandsklagen-Richtlinie. Danach soll die Hemmungswirkung bei Erhebung einer Verbandsklage auf eine Unterlassungsentscheidung davon abhängen, dass „die qualifizierte Einrichtung die Gruppe der Verbraucherinnen und Verbraucher hinreichend genau definiert, deren Interessen durch den mutmaßlichen Verstoß beeinträchtigt werden und die möglicherweise aufgrund dieses Verstoßes einen

Anspruch geltend machen und davon betroffen sein könnten, dass Verjährungsfristen ablaufen, während die Unterlassungsklage anhängig ist.“ Diese Vorgabe der „hinreichend genauen Definition“ der Verbrauchergruppe verlangt eine Identifizierbarkeit der Verbraucherinnen und Verbraucher und findet sich in § 204a Abs. 1 Nrn. 1, 2 BGB-E so nicht wieder. Die Inbezugnahme der Zuwiderhandlung genügt zur Spezifizierung der Verbraucherinnen und Verbraucher nicht und steht auch nicht im Einklang mit den Hemmungsvoraussetzungen bei der Musterfeststellungs- und der Abhilfeklage, die eine Anmeldung der Ansprüche der Verbraucherinnen und Verbraucher zum Verbandsklageregister erfordern, um die Hemmungswirkung durch die Verbandsklage eintreten zu lassen (§ 204a Abs. 1 Nrn. 2, 4 BGB-E).

Im Hinblick auf die Regelung zur Hemmung der Verjährung bei Abhilfeklagen ist zudem unklar, ob diese auch für identifizierbare, aber nicht identifizierte Verbraucherinnen und Verbraucher gilt. Fraglich ist insbesondere, inwieweit Verbraucherinnen und Verbraucher bei Verjährungseintritt zwischen Klageerhebung durch die klagebefugte Einrichtung und Eintragung ihrer Forderung ins Verbandsklageregister von der Verjährungshemmung profitieren können.

#### **Art. 9 Nr. 16 VRUG-E (§ 6 Abs. 1 S. 1 UKlaG-E); Änderung UKlaG**

Nach dem Gesetzentwurf sollen nunmehr die Oberlandesgerichte erstinstanzlich für Verfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) ausschließlich zuständig sein (§ 6 Abs. 1 S. 1 UKlaG-E). Bislang waren die Landgerichte dafür ausschließlich zuständig. Diese neue Zuständigkeitsregelung ist problematisch. Von ihr sollte Abstand genommen werden. Mit dieser Regelung ginge für viele UKlaG-Fälle eine Instanz verloren, sollten weitere gesetzliche Anpassungen unterbleiben. Denn der Verlust einer Instanz wäre die Konsequenz, wenn weiterhin eine Revision nur nach entsprechender Zulassung möglich ist, so wie de lege lata bei UKlaG-Ansprüchen. Um in jedem Fall eine zweite Instanz bei UKlaG-Verfahren abzusichern, müsste gegen UKlaG-Urteile (zumindest) stets die Revision zulässig sein, so wie bei Abhilfeendurteilen (§ 18 Abs. 2 VDuG-E) und Musterfeststellungsurteilen (§ 42 VDuG-E). Abgesehen davon wirft die Zuständigkeitsansiedlung bei den Oberlandesgerichten insbesondere bei – für UKlaG-Unterlassungsansprüche wesentlich – einstweiligen Verfügungsverfahren weitergehende Schwierigkeiten auf: Entgegen der Darstellung in der Begründung des Ressortentwurfs (S. 126) wird zum einen in diesen Verfahren gar keine höchstrichterliche Klärung ermöglicht, weil eine Revision gegen Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz gar nicht stattfindet (§ 542 Abs. 2 S. 1 ZPO). Selbst wenn (generell) eine Überprüfung erstinstanzlicher OLG-Entscheidungen ermöglicht würde, bestünde zum anderen das Problem, dass für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes beim BGH wenig bis keine praktischen Erfahrungen bestehen.

Zudem fallen durch die Zuständigkeitszuweisung an die Oberlandesgerichte Ansprüche auseinander, die bis dato regelmäßig gemeinsam verfolgt werden. So

stützen sich qualifizierte Einrichtungen, sofern sie die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel geltend machen und diesbezüglich Unterlassung fordern, oftmals neben § 1 UKlaG auch auf § 3a UWG i.V.m. §§ 307 ff. BGB. Für Ansprüche aus dem UWG sind aber weiterhin die Landgerichte ausschließlich zuständig (§ 14 Abs. 1 UWG). Es droht eine Rechtszersplitterung.

Bei der Entscheidung, welche gerichtliche Ebene zuständig sein soll, sind auch die Fallzahlen zu berücksichtigen, die bei Unterlassungsklagen erheblich höher sein dürften als bei Abhilfeklagen.

Insgesamt erscheint es daher sinnvoller, die erstinstanzliche Zuständigkeit bei den Landgerichten zu belassen.

#### **Art. 12 Nr. 4 lit. a) VRUG-E (§ 10 Abs. 1 UWG-E); Gewinnabschöpfungsanspruch**

Bei der Verschärfung des Gewinnabschöpfungsanspruchs handelt es sich nicht um eine Umsetzung der EU-Verbandsklagen-Richtlinie. Es ist bereits aufgrund der zeitkritischen Umsetzung der Vorgaben der EU-Richtlinie bis Ende 2022 in das nationale Zivilprozessrecht nicht sinnvoll, das komplexe Umsetzungsverfahren durch zusätzliche umstrittene Regulierungsansätze aufzuladen. Zudem handelt es sich bei dem Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG sicherlich auch um eine Form eines kollektiven Rechtsdurchsetzungsmechanismus, dessen Ansatz der EU-Gesetzgeber aber gerade nicht gewählt hat. Entsprechend sollte sich jetzt auf den gewählten Ansatz, die Verbandsklage auf Schadenserstattung an die Verbraucherinnen und Verbraucher, konzentriert werden und die Vorgaben hierzu ins deutsche Recht umgesetzt werden. Ein eventueller Ausbau des Instruments der Gewinnabschöpfung kann aus unserer Sicht erst angegangen werden, wenn die Vorgaben der EU-Verbandsklage in deutsches Recht umgesetzt sind, sie in der Praxis angewendet worden sind und eine Evaluierung stattgefunden hat. Sollten dann noch Probleme bei der Rechtsdurchsetzung erkannt werden, kann auch über einen Ausbau der Gewinnabschöpfung nachgedacht werden. Zum jetzigen Zeitpunkt sollte es allein um die Umsetzung der Vorgaben der aktuellen Richtlinie gehen. Änderungen des § 10 UWG sollten deshalb vollständig aus dem Umsetzungsentwurf gestrichen werden; sie überfrachten das ohnehin schon sehr komplexe Umsetzungsverfahren zusätzlich und unnötig.

Überdies sind folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

Die Ausweitung des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 Abs. 1 UWG auf grobe Fahrlässigkeit ist abzulehnen. Dies gilt umso mehr, als die von der Begründung des Ressortentwurfs aufgegriffenen Beispiele einer groben Fahrlässigkeit (z. B. Rechtsirrtum, S. 134) den Tatbestand derselben nicht erfüllen. Bewegt sich der Unternehmer im „lauterkeitsrechtlichen Grenzbereich“ (Begründung des Ressortentwurfs, S. 134), so sagt dies noch nichts darüber aus, ob am Ende tatsächlich lauterkeitsrechtliches Unrecht vorliegt oder nicht. Gerade das Lauterkeitsrecht ist von offenen Rechtsbegriffen und Wertungen geprägt, die

eine Prognose über die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit oft erschweren. In der Sonderkonstellation des Gewinnabschöpfungsanspruchs sollte es daher beim strengen Vorsatzerfordernis bleiben. Ohnehin dürfte in der Praxis die Grenze zwischen der (dann erfassten) groben Fahrlässigkeit und der (nicht erfassten) einfachen Fahrlässigkeit noch schwieriger zu ziehen sein als zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Zudem soll laut Entwurf vom Gericht geschätzt werden können, ob die Handlung zu Lasten einer Vielzahl von Verbrauchern erfolgt, was bedeutet, dass die klagebefugte Einrichtung hier nicht in der Pflicht ist, Geschädigte hinter sich zu versammeln. Richterliche Schätzungen sollen sowohl bezüglich der Kausalität der unerlaubten Handlung für den abzuschöpfenden Gewinn als auch bezüglich dessen Höhe möglich sein. Das stellt insbesondere bezüglich der Kausalität einen Paradigmenwechsel dar, der nicht gerechtfertigt ist.

Im Hinblick auf die weitere kollektive Klagemöglichkeit ist diese Erweiterung auch nicht erforderlich, da der ursprüngliche Sinn und Zweck der Regelung, Rechtsschutzlücken zu schließen, bereits durch die neuen Instrumente der Verbandsklagen i.S.v. § 1 Abs. 1 VDuG-E erfüllt wird.

#### **Art. 12 Nr. 4 lit. d) VRUG-E (§ 10 Abs. 6 UWG-E); Prozessfinanzierung**

Ebenso wenig ist es angezeigt, eine Prozessfinanzierung nunmehr kraft Gesetzes zu gestatten. Wertungsmäßig entspricht der Entwurf an dieser Stelle einem Verstoß gegen die vom BGH (Urt. v. 13.09.2018, Az. I ZR 26/17) vorgenommene Abwägung von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Die Sicherstellung der Prozessfinanzierung von Gewinnabschöpfungsklagen kann nicht darin bestehen, einen Rechtsmissbrauch kraft Gesetzes zu ermöglichen. Hier ist der Staat gehalten, anderweitige Finanzierungen durch ohnehin zumeist von ihm finanzierte Klageverbände zu etablieren, zumal der Erfolg der Klage zu seinen Gunsten erfolgt. Es ist keinesfalls geboten, einen Raum zu schaffen, der diese Klage zu einer Anlagemöglichkeit für Prozessfinanzierer denaturiert.

#### **Art. 27 Nr. 5 VRUG-E (§26 a Nr. 5 S.2 GKG-E); Streitwertdeckelung**

Durch Artikel 27 des vorliegenden Entwurfs wird das Gerichtskostengesetz (GKG) in § 48 Abs. 1 Satz 2 GKG-E derart ergänzt, dass in Abhilfeverfahren sowie in Verfahren über die Erhöhung des kollektiven Gesamtbetrags nach dem Entwurf des Verbraucherrechtgedurchsetzungsgesetzes der Streitwert nicht 500.000 Euro übersteigen darf. Diese Regelung geht zu Lasten der Wirtschaft, sofern diese obsiegt, da zahlreiche Verfahren einen tatsächlich weit höheren Streitwert als 500.000 Euro haben werden. Im Falle eines Obsiegens bleiben Wirtschaftsunternehmen dann größtenteils auf ihren Kosten sitzen. Daher wird durch die vorliegende Änderung das Loser-Pays-Prinzip, welches durch den Entwurf an sich gut umgesetzt wird, ausgehöhlt. Es wird ein falscher Anreiz für klagebefugte Einrichtungen gesetzt, den Streitwert möglichst hoch zu gestalten.

Grundsätzlich bemisst sich der Streitwert der Klage auf der Grundlage des mit der Klage geltend gemachten prozessualen Anspruchs (§§ 2, 3 ZPO), wie er durch den Klageantrag und die Klagebegründung definiert ist. Dies wäre bei der mit der Abhilfeklage geltend gemachten Errichtung der Wert der geltend gemachten Gesamtabhilfesumme. Diese kann bei Beteiligung vieler Verbraucherinnen und Verbraucher sehr hoch werden und mehrere Millionen Euro betragen. Die wirtschaftliche Bedeutung einer kollektiven Abhilfeklage für das beklagte Unternehmen richtet sich selbstverständlich auch nach der Höhe der geltend gemachten Abhilfesumme. Je höher diese ist und damit die potenzielle Belastung des Unternehmens im Falle des Unterliegens, desto größer werden auch die Kosten für die Rechtsverteidigung gegen die Klage sein.

Eine Deckelung des Streitwertes würde dazu führen, dass die Erstattungsfähigkeit der Kosten zweckentsprechender Rechtsverteidigung überwiegend nicht gegeben ist. Das Loser-Pays-Prinzip würde zum Nachteil des beklagten Unternehmens weitgehend ausgehöhlt. Dadurch würde die Missbrauchsgefahr steigen. Wegen des hohen wirtschaftlichen Risikos für das betroffene Unternehmen ist eine kollektive Abhilfeklage besonders missbrauchsanfällig. Die qualifizierte Einrichtung könnte Unternehmen dank Streitwertdeckelung ohne relevantes eigenes Risiko in Millionenhöhe verklagen. Derartig unterschiedliche Prozessrisiken gelten als ein Hauptgrund für den Missbrauch der class action in den USA.

Die Streitwertdeckelung sollte daher gestrichen werden.

Unterstützungsleistungen für klageberechtigte Verbraucherverbände sollten eher durch Prozesskostenhilfe erfolgen, wie in Art. 20 Abs. 2 EU-Verbandsklagen-Richtlinie zugelassen. Eine Streitwertdeckelung hingegen würde der prozessualen Gerechtigkeit und der Verfahrensfairness widersprechen.

#### **Art. 29 S. 1 VRUG-E; Inkrafttreten**

Hier ist offensichtlich ein redaktionelles Versehen passiert. Es wird auf einen nicht existierenden Artikel 133 verwiesen.