

Bundesministerium für Verfassung, Reformen,
Deregulierung und Justiz
z.H. LStA Dr. Barbara Kloiber
Museumstraße 7
1070 Wien

Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-4282 | F +43 (0)5 90 900-243
E rp@wko.at
W <https://news.wko.at/rp>

via E-Mail: team.z@bmvrdj.gv.at
barbara.kloiber@bmvrdj.at
ursula.scheuer@bmvrdj.at

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
BMVRDJ-Z11.032/0003-I 8/2018	Rp 732/18/AS/CG	4014	17.5.2018
27.4.2018	Dr. Artur Schuschnigg		

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG [COM(2018) 184] - Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Europäische Kommission hat am 11.4.2018 im Rahmen des „New Deal for Consumers“ ihren lange angekündigten Vorschlag für eine Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG [COM(2018) 184] veröffentlicht.

Wir danken dem Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz für die mit Schreiben vom 27.4.2018 eingeräumte Möglichkeit, zu diesem Kommissionsvorschlag Stellung zu nehmen.

Mit aller Deutlichkeit und an die Spitze unserer Ausführungen ist festzuhalten, dass der Entwurf unsere schlimmsten Annahmen übertrifft. Er ist derart krass unternehmensfeindlich, dass er ohne Abstriche in seiner Gesamtheit von Seiten der österreichischen Wirtschaft abgelehnt wird. Es ist bedauerlich, dass ein derartig einseitiger Entwurf seitens der Europäischen Kommission, die nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern auch gegenüber der arbeitsplatzschaffenden Wirtschaft Verantwortung trägt, veröffentlicht wurde. Das von der Kommission in ihrem Entwurf behauptete ausgewogene Verhältnis der betroffenen Interessen¹ ist aus unserer Sicht nicht erkennbar.

¹ Vorschlag, 15.

Mit der österreichischen Sammelklage ist ein sehr hohes Maß an Rechtsschutz gegeben. Darüber hinaus gibt es in vielen Bereichen eigene EU-Vorschriften mit Streitbeilegungsmechanismen, sodass auch in diesen Bereichen keine sachliche Rechtfertigung für zusätzliche Klagebefugnisse gegeben ist.

Unsere wesentlichen Forderungen sind:

- Die Grundrechte der Verbraucher und der Unternehmen sind vollinhaltlich zu beachten, insb. das rechtliche Gehör, die Dispositionsmaxime und die Waffengleichheit.
- Alle Verbandsklagen zur Erwirkung von Abhilfebeschlüssen sind prozessrechtlich so auszugestalten, dass die Urteilswirkungen ausschließlich jene Verbraucher betreffen, die namentlich bekannt sind und sich aktiv dem jeweiligen Verfahren anschließen (ausschließliches opt-in-Prinzip).
- Der uferlose Anwendungsbereich der Richtlinie i.V.m. Annex 1 ist wesentlich einzuschränken.
- Zivilgerichtliche Verfahren dienen dazu festzustellen, ob ein geltend gemachter Anspruch zu recht besteht. Vorverurteilungen oder einseitige Bevorzugungen im Prozessrecht sind zu unterbinden.
- Bei selber Rechtslage müssen Entscheidungen in Verbandsklageverfahren die gleichen sein wie bei der Verfolgung von Individualinteressen.
- Bindungswirkungen von Entscheidungen über die konkret an den Verfahren beteiligten Parteien hinaus werden abgelehnt.
- Es sind klare Bekenntnisse und Regelungen aufzunehmen, um missbräuchliche Klagen nachhaltig abzuwehren.
- Die von der Kommission 2013 veröffentlichten Empfehlungen sind zu berücksichtigen.
- Qualifizierte Einrichtungen haben vollkommen unabhängig zu sein, müssen auf Dauer eingerichtet sein und bestimmten Mindestanforderungen während ihrer gesamten Tätigkeit Genüge tun.
- Verbandsklagen auf Abhilfemaßnahmen sind nur nach bestimmten Parametern als zulässig zu erachten. Voraussetzung hat die Klärung dergleichen Sach- und Rechtsfragen zu sein. Zudem muss ein Verbandsklageverfahren zu wesentlichen Erleichterungen für alle Parteien im Vergleich zu Individualverfahren führen.
- Die Fragestellung konkurrierender Verfahren ist nachhaltig zu lösen, auch damit Unternehmen nicht mit frustrierten Kosten konfrontiert sind.
- Beträge, die nicht unmittelbar den Verbrauchern zukommen, haben dem allgemeinen Budget und keinesfalls den qualifizierten Einrichtungen oder Maßnahmen im Kollektivinteresse der Verbraucher zuzufließen.
- Jede Partei hat ihre Ausführungen selber unter Beweis zu stellen. Discovery-Verfahren o.Ä.m. werden strikt abgelehnt.
- Ebenso abzulehnen sind Sanktionen, die über die bestehenden Mittel und Wege der Durchsetzung hoheitlicher Entscheidungen hinausgehen.

Festzuhalten ist, dass es nicht Aufgabe der Europäischen Union sein kann, ihre gesetzlichen Vorgaben laufend in eine Richtung zu novellieren, nur weil es einzelne Staaten nicht schaffen oder nicht wollen, die Vorgaben, im konkreten Fall zum Konsumentenschutz, auch entsprechend umzusetzen bzw. zu vollziehen. Die Staaten, zu denen auch Österreich zählt, die schon jetzt in konsequenter Weise ein hohes Niveau des Konsumentenschutzes vor allem im Hinblick auf hohe Standards bei der individuellen Rechtsdurchsetzung in einem gut funktionierenden Justizsystem verwirklicht haben, kommen durch mögliche Rechtsschutzdefizite anderer Staaten durch immer neue Verschärfungen zum Handkuss. Die Behauptung der Kommission, dass

im Bereich der privaten Rechtsdurchsetzung kein Zugang für die Verbraucher aller Mitgliedstaaten zu wirksamen Rechtsschutzmöglichkeiten besteht, ist unrichtig und könnte als Irreführung aufgefasst werden. Denn damit unterstellt die Kommission zumindest manchen Mitgliedstaaten einen perpetuierten und massiven Verstoß gegen die Grundrechtecharta der Europäischen Union.

Es sollte daher zuerst einmal darauf geachtet werden, dass alle Staaten das vorgegebene Niveau im Konsumentenschutz erreichen, bevor eine neuerliche Verschärfung gegenüber den Unternehmern beschlossen wird.

Fraglich ist es sowieso, weswegen die Europäische Union von der Zulässigkeit der Erlassung der gegenständlichen Richtlinie ausgeht. Voraussetzung wäre das Vorliegen einer spürbaren Wettbewerbsverzerrung, die jedoch nicht gegeben ist.² Grundsätzlich ist es kritisch zu sehen, quasibehördliche Rechtsverfolgung in privatrechtlichem Kleid zuzulassen.³ Der Schutz des betroffenen Unternehmens wird damit in grundrechtswidriger Weise untergraben.

Es ist auch unrichtig, dass der Vorschlag das Prinzip der Verhältnismäßigkeit wahrt, denn mit den angedachten Verbandsklagen werden quer über sämtliche verbraucherrelevante Materien Verbandsklagemöglichkeiten derart geschaffen, dass nichts erkennbar ist, was diesen Ansatz noch übertreffen könnte.

Dass die vorgeschlagenen Maßnahmen die Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten respektieren würde,⁴ ist bei auch nur kurzem Studium des Vorschlags leicht erkennbar als unrichtig zu bezeichnen. Es entspricht insb. nicht den Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten, grundrechtlich garantierte Rechte zu missachten.

Die Kommission verweist mehrfach auf ihre Empfehlung aus 2013. Sie moniert, dass dieser Empfehlung nur in begrenztem Maße entsprochen wurde,⁵ unterlässt es allerdings festzustellen, dass zumindest in machen Mitgliedstaaten die Empfehlung sowieso schon Rechtsbestand war und ist.

Ziel einer Regulierung darf nicht die Etablierung einer „kommerziellen Klageindustrie“ nach US-amerikanischem Vorbild sein. Ziel sollte - wenn überhaupt - sein, die Klagebefugnis eindeutig auf öffentliche Stellen oder im öffentlichen Auftrag handelnde Stellen zu beschränken. Es muss verhindert werden, dass Anwaltskanzleien und professionelle Einrichtungen, z.B. Polizzaufkäufer, eingetragene Vereine gründen, um hierüber dann Massenschäden einzuklagen und sich an den Erträgen hieraus in erheblicher Weise bereichern. Dabei sollte die Europäische Kommission darauf hingewiesen werden, dass diese Akteure vor allem Interesse der eigenen Gewinnmaximierung handeln.

Zudem ist es wichtig, die Bindungswirkung einer gefällten Entscheidung auf diejenigen Verbraucher zu beschränken, die sich aktiv für eine „Teilnahme“ an dem Verfahren entschieden haben. Es bedarf somit eines „Opt-In“-Prinzips, etwa in Form staatlich geführter Klageregister. Damit ist die Bindungswirkung eines Urteils auch innerhalb eines Mitgliedsstaates dringend nur auf „teilnehmende“ Verbraucher einzuschränken. Gleiches muss für die Bindungswirkung im Hinblick auf die „Beweislastumkehr“ auch für andere Mitgliedsstaaten gelten.

² Vgl. hierzu im Detail z.B. *Sauerland*, Die Harmonisierung des kollektiven Verbraucherschutzes in der EU, 172 f.

³ Was sich exemplarisch auch in den Sanktionsbestimmungen des Art. 14 ausdrückt.

⁴ So Vorschlag, 8.

⁵ Vorschlag, 11.

Zivilgerichtliche Verfahren dienen dazu festzustellen, ob ein geltend gemachter Anspruch zu Recht besteht oder nicht. Weite Teile des Kommissionsvorschlags verletzen allerdings diesen Grundanspruch an ein faires Verfahren und vermitteln den Eindruck, dass jedenfalls davon auszugehen ist, dass der Konsument immer Recht hat und das beklagte Unternehmen jedenfalls nicht. Dies wird schon dadurch kommuniziert, dass es der Kommission um die Einführung besserer Rechtsschutzmöglichkeiten für Konsumenten geht. Und wo bleibt der Rechtsschutz für Unternehmen? Auch gesetzestreue Unternehmen können durch die erpresserischen Momente der vorgeschlagenen Instrumente schwer geschädigt werden. Wessen streitiges Recht tatsächlich zu schützen ist, sollte durch das Gericht am Ende eines Verfahrens festgestellt werden - und nicht durch vorverurteilende Ausführungen.

Eine einseitige, die qualifizierten Einrichtungen bevorzugende Ausgestaltung und Formulierung fällt bei Durchsicht des Entwurfes sofort ins Auge. Nicht nur, weil lediglich den Unternehmer verurteilende Entscheidungen Bindungswirkung für andere Prozesse haben müssen, sondern auch weil den qualifizierten Einrichtungen mehr Verfahrensrechte zustehen als den beklagten Unternehmern (Auftrag der Beweisvorlage Art. 13) und nur die qualifizierten Einrichtungen gegen übermäßige Prozesskosten abgesichert werden (Kosten für Veröffentlichung hat Unternehmer zu tragen Art. 9; Kostenersatzregelungen Art. 15 Abs. 2, Schutz vor hindern- den Prozesskosten Art. 15 Abs. 1).

Von einer Gleichheit der Prozessparteien vor dem Gesetz und dem Richter gemäß Art. 20 GRC oder Art. 7 B-VG kann somit nicht ausgegangen werden. Verkannt wird offenbar, dass es nicht nur große „mächtige“ Unternehmer, sondern auch kleine Einzelunternehmer (z.B. bei falscher Preisauszeichnung im Onlineshop) als beklagte Partei in einem Verbandsprozess geben kann. Dieser steht somit nicht nur finanziell machtlos, sondern - wenn der Entwurf in seiner jetzigen Form bliebe - auch verfahrensrechtlich unterlegen einer großen, mitunter staatlich geförderten (Art. 15), verfahrensrechtlich privilegierten und rechtlich professionellen Klageeinrichtung gegenüber.

Wie ein solcher Prozess ausgehen würde, liegt auf der Hand. Wie ein durch Androhung eines solchen Prozesses „erwirkter“ Vergleich aussehen würde, liegt auch auf der Hand. Derartige Befürchtungen vermag auch die rein kosmetisch wirkende Formulierung in Art. 8 nicht zu nehmen, da so erzielte Vergleiche, nur gemeinsam mit der, den Vergleich gewollten und erwirkten qualifizierten Einrichtung „genehmigt“ und überprüft lassen werden könnten.

Ebenso wird in dem Dokument wiederholt von „geschädigten Verbrauchern“ gesprochen, obwohl vollkommen klar sein sollte, dass die angedachten zivilgerichtlichen Verfahren gerade dazu dienen sollen festzustellen, ob der Verbraucher tatsächlich geschädigt ist oder nicht. Solange dies nicht der Fall ist, ist es zu unterlassen, von einem „geschädigten Verbraucher“ zu sprechen.

Wiederholt hat die Europäische Kommission in ihren Dokumenten und Aussagen der vergangenen Jahre versichert, bei Instrumenten zur kollektiven Rechtsverfolgung darauf zu achten, dass keinesfalls US-amerikanische Verhältnisse, wie wir sie von der sog. class action samt ihren erpresserischen Auswüchsen kennen, eingeführt werden. Der publizierte Vorschlag ist mit diesem Bekenntnis keinesfalls in Übereinstimmung zu bringen. So enthält der gegenständliche Vorschlag viele Punkte, die 1:1 einer class action entsprechen. Zum Teil gehen sie sogar darüber hinaus und unterlassen viele grundsätzliche Schutzvorkehrungen, die selbst dem US-amerikanischen Prozessrecht systemimmanent sind.

Zudem widerspricht der Vorschlag den Anforderungen, die das Europäische Parlament an solche Rechtsverfolgungsinstrumente stellt.

In seiner Entschließung vom 2.2.2012 „Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz“⁶ begrüßt das Europäische Parlament unter Hinweis auf die Schwierigkeiten, die Verbraucher haben, ihre Ansprüche gerichtlich zu verfolgen, die Bemühungen der Kommission zur Schaffung eines kohärenten europäischen Konzepts für den kollektiven Rechtsschutz und stellt an ein solches Konzept sehr detaillierte Forderungen. So betont es, dass Europa davon Abstand nehmen muss, ein System der Sammelklagen nach US-amerikanischem Vorbild oder ein System einzuführen, das die europäische Rechtstradition missachtet.⁷ Nach dem Parlament muss das Konzept des kollektiven Rechtsschutzes auf dem Grundsatz der vorherigen Zustimmung („Opt-in“) aufbauen, bei dem die Geschädigten eindeutig identifiziert sind. Wesentlich für das Parlament ist beispielsweise auch, dass die Kläger im kollektiven Rechtsschutz im Hinblick auf den Zugang zu Beweismitteln der beklagten Partei nicht besser gestellt werden dürfen als Individualkläger und dass der Grundsatz, dass die unterlegene Partei die Kosten zu tragen hat, eingehalten wird.⁸ Deutlich abgelehnt wird die Finanzierung durch Dritte, da in den meisten Mitgliedstaaten eine solche Finanzierung nicht vorgesehen ist.⁹

Die Wirtschaft ist nicht grundsätzlich gegen kollektive Rechtsverfolgung, denn diese unterstützt einen fairen Wettbewerb. Wir haben uns seit vielen Jahren sowohl innerösterreichisch als auch auf europäischer Ebene vehement dafür eingesetzt, dass derartige kollektive Rechtsverfolgungsinstrumente ausgewogen ausgestaltet werden und nicht nur zu Lasten der Unternehmen formuliert werden. Gerade dies aber würde durch den vorliegenden Entwurf bewirkt.

Der gegenständliche Vorschlag ist derart konsumentenlastig formuliert, dass bei Anwendung mit einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wirtschaftsstandortes zu rechnen ist. Insbesondere wird die Möglichkeit von Klagen in das Gutdünken von Konsumentenschutzorganisationen gestellt und so einem Missbrauch Tür und Tor geöffnet.

Zu den Bestimmungen im Einzelnen:

ad Art. 1 - Gegenstand

Zentraler Gegenstand der gegenständlichen Richtlinie sollen nach dem Richtlinienentwurf Vorschriften zu Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher sein. Auch in anderen Bestimmungen des Entwurfs wird wiederholt auf diese kollektiven Interessen abgestellt.¹⁰

- Kollektivinteressen der Verbraucher

Was allerdings unter diesen „Kollektivinteressen der Verbraucher“ konkret zu subsumieren ist, verbleibt vollkommen unklar. Um allerdings Klarheit insbesondere über Gegenstand und

⁶ [2011/2089\(INI\)](#).

⁷ [2011/2089\(INI\)](#), 3.

⁸ [2011/2089\(INI\)](#), 7.

⁹ [2011/2089\(INI\)](#), 8.

¹⁰ Z.B. Art. 2 Abs. 1 und Art. 5.

Anwendungsbereich der Richtlinie zu erhalten, ist es notwendige Voraussetzung, diesen Terminus deutlich festzulegen. In den Begriffsbestimmungen wird lediglich definiert, dass die „Kollektivinteressen der Verbraucher“ die Interessen mehrerer Verbraucher sind. Mehrere Verbraucher sind mehr als ein Verbraucher, aber es reichen schon zwei Verbraucher, damit es sich um „mehrere Verbraucher“ handelt.

Die Interessen der Verbraucher können deckungsgleich sein, sie können aus dem selben Sachverhalt resultieren, sie können allerdings auch vollkommen unterschiedlich sein und einander sogar widersprechen. Letzteres wird mit der Definition zwar nicht gemeint sein, es soll damit allerdings nur illustriert werden, wie vollkommen uferlos der Ansatz ist, wodurch die Definition nicht geeignet ist, ihre Aufgabe als Definition zu erfüllen und damit als ein Regelungsansatz für diesen Entwurf herzuhalten.

Eine allseits konsentrierte, gar eine Legaldefinition des Begriffs „Kollektivinteressen der Verbraucher“ gibt es nicht. ‚Als „kollektiv“ wird ein gemeinsamer, ein Sammelvorgang bezeichnet, so dass kollektiver Rechtsschutz so viel wie gemeinschaftliche Verfolgung von Ansprüchen oder Interessen oder deren Abwehr bedeutet.‘ so Koch.¹¹ Er führt weiter aus, dass das prozessdogmatisch zweierlei heißen kann:

„Entweder meint man damit die gebündelte, also additive oder kumulative Geltendmachung vieler Individualrechte, die etwa wegen gleicher Rechts- oder Tatsachengrundlage gemeinsam verfolgt werden.

Oder aber das Kollektiv wird losgelöst von den Einzelinteressen, als autonomer und selbständiger Repräsentant bestimmter Sachinteressen verstanden, die es im Prozess verfolgt, ohne damit dem Individualrechtsschutz vorzugreifen oder mit ihm unmittelbar zu konkurrieren.“¹²

Erwägungsgrund 3 der Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen¹³ äußert sich zu dem Thema, wie folgt:

„... Unter Kollektivinteressen sind die Interessen zu verstehen, bei denen es sich nicht um eine Kumulierung von Interessen durch einen Verstoß geschädigter Personen handelt. Dies gilt unbeschadet von Individualklagen der durch einen Verstoß geschädigten Personen.“¹⁴

Die Empfehlung der Europäischen Kommission „Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten“¹⁵ definiert:

„Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes“ i) ein rechtliches Verfahren, mit dem zwei oder mehr als zwei natürliche oder juristische Personen gemeinsam oder eine zur Erhebung einer Vertretungsklage befugte Einrichtung die Einstellung einer rechtswidrigen

¹¹ Koch, Internationaler kollektiver Rechtsschutz, in Meller-Hannich (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 53 [55 f.].

¹² Koch, 56.

¹³ [Richtlinie 2009/22/EG](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. L 110 vom 1.5.2009, S. 30.

¹⁴ Ähnlich schon Grünbuch - Zugang der Verbraucher zum Recht und Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt vom 16.11.1993, KOM(93) 576, 16 (FN 33): „Die Wahrnehmung kollektiver Interessen vor Gericht darf nicht mit der kollektiven Wahrnehmung der Interessen von Einzelpersonen verwechselt werden.“

¹⁵ vom 11.6.2013 ([2013/396/EU](#)), ABl. Nr. L 201 vom 26.7.2013, S. 60. Wir verweisen in einem auf unsere, dem Bundesministerium vorliegende Stellungnahme zu dieser Empfehlung vom 28.8.2013.

Verhaltensweise verlangen können (kollektives Unterlassungsverfahren), oder ii) ein rechtliches Verfahren, mit dem zwei oder mehr als zwei natürliche oder juristische Personen, die geltend machen, bei einem Massenschadensereignis geschädigt worden zu sein, gemeinsam oder eine zur Erhebung einer Vertretungsklage befugte Einrichtung Schadensersatz verlangen können (kollektives Schadensersatzverfahren);¹⁶

Koch/Zekoll differenzieren¹⁷ als Formen kollektiver Rechtsdurchsetzungsverfahren zwischen (i) Gruppenklagen, in denen der Kläger eine bestimmte Mindestzahl individueller Ansprüche prozessual bündelt, ohne dass die Einzelbetroffenen Partei des Verfahrens im formellen Sinne sein müssen, (ii) Vertreterklagen, in denen dem Kläger – einem Verband, einer staatlichen Stelle, einem einzelnen Treuhänder – die Klagebefugnis für fremde Rechte oder die gesammelten Ansprüche übertragen wurden (anders als bei der Gruppenklage sind hier die Betroffenen Prozessparteien) und (iii) Musterverfahren, die der Klärung der Rechtslage dienen (entweder mit oder ohne Bindungswirkung für nachfolgende Einzelverfahren).¹⁸

Dies sind nur einige wenige in der Literatur aufscheinende Definitionsversuche. Die darin angelegte Bandbreite soll illustrieren, wie wichtig klare Definitionen sind, um den Gegenstand des Richtlinienentwurfs exakt abgrenzen zu können. Denn nur so kann einerseits einigermaßen eine Rechtssicherheit über Inhalt und Umfang der Richtlinie und andererseits eine Abgrenzung zu anderen mitgliedstaatlichen verfahrensrechtlichen Mitteln, die nach Abs. 2 weiterhin zulässig sein sollen, erreicht werden.

Aus Wirtschaftssicht sind wir davon überzeugt, dass der Entwurf – entgegen Abs. 1 – keine ausreichenden und angemessenen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung von Klagsmissbrauch enthält. Mit der Richtlinie wird vielmehr der Klagsmissbrauch noch mehr gefördert, als dies bei der US class action der Fall ist.

ad Art. 2 – Anwendungsbereich

- Abs. 1

- findet Anwendung auf Verbandsklagen gegen Verstöße

Zumindest sprachlich unrichtig dürfte die Wendung sein „findet Anwendung auf Verbandsklagen gegen Verstöße“. Abzulehnen ist der Wortlaut, nachdem bereits mehr oder minder unverhohlen davon ausgegangen wird, dass der Händler gegen geltende Gesetze verstoßen hat. Ein Gerichtsverfahren dient dazu festzustellen, ob ein geltend gemachter Anspruch zu Recht besteht oder nicht.

Wesensinhalt einer Klage ist ganz allgemein die Geltendmachung eines Anspruchs. Nur über einen solchen kann eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht im kontradiktorischen Verfahren entscheiden. Zudem ist die Frage, ob ein Verstoß vorliegt – und gegebenenfalls welche Konsequenzen daraus resultieren – eine, die der unparteiische Dritte (sei es Verwaltungsbehörde oder Gericht) zu entscheiden hat. Konkret geht es bei den Verbandsklagen um die Geltendmachung von Ansprüchen (von Verbrauchern) gegenüber einem Unternehmen, die aus

¹⁶ Punkt 3. lit. a der Empfehlung.

¹⁷ Und weisen in einem darauf hin, dass sowohl die Terminologie unterschiedlich ist, als auch dass die Merkmale der einzelnen Modelle nicht trennscharf voneinander abzugrenzen sind.

¹⁸ Koch/Zekoll, Europäisierung der Sammelklage, ZEuP 2010, 107 [118 f.].

dem von den qualifizierten Einrichtungen aufgrund des Vorwurfs eines Verstoßes gegen bestimmte Vorschriften des Unionsrechts geltend gemacht werden.

- Anhang 1

Der Verweis auf Annex 1 führt zu einem außergewöhnlichen Umfang des Anwendungsbereichs der Richtlinie, was ausdrücklich abzulehnen ist.

- die den kollektiven Interessen der Verbraucher schaden oder schaden können

Die in unseren Ausführungen zu Art. 1 bereits dargelegte Schwierigkeit der Bestimmung dessen, was unter „Kollektivinteressen der Verbraucher“ zu verstehen ist, wird etwa auch bei der Erschließung des Normtextes des Art. 2 Abs. 1 zum Diskussionsgegenstand.

Ganz abgesehen davon, dass die Liste der in Anhang I angeführten Richtlinien und Verordnungen bei weitem überschießend ist, soll die Richtlinie Anwendung auf Verbandsklagen gegen Verstöße dieser angeführten Rechtsvorschriften finden, insoweit sie den kollektiven Interessen der Verbraucher schaden oder schaden können. Ist nicht zweifelsfrei klar, ob diese Prozessvoraussetzung erfüllt ist, so sind damit langwierige Verfahren über diese Vorfrage verbunden, ohne dass damit die Hauptfrage derartiger Verbandsklagen auch nur im Ansatz angegangen wird. Eine solche Situation ist für alle Beteiligten unbefriedigend. Ist mit dem Halbsatz *„die den kollektiven Interessen der Verbraucher schaden oder schaden können“* allerdings keine normative Abgrenzung abzugewinnen, sollte darauf dadurch Bedacht genommen werden, dass die damit zu Recht bezweckte Abgrenzung durch andere Mittel und Wege gefunden wird.

- Verstöße vor Beginn der Verbandsklage oder nach Abschluss der Verbandsklage

Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist allerdings die Betonung des letzten Halbsatzes des Abs. 1 nicht verständlich, nach der die Richtlinie auch geltend soll, wenn die „Verstöße“ vor Beginn der Verbandsklage (was immer darunter zu verstehen ist - wohl gemeint: vor Gerichtsanhängigkeit) bzw. vor Abschluss der Verbandsklage (wohl gemeint: vor Rechtskraft der Entscheidung) eingestellt wurden. Ob eine derartige Klagebefugnis (noch) besteht, sollte nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen sein.

Es könnte daher selbst dann, wenn die rechtswidrige Praxis lange eingestellt ist, dennoch dagegen eine Verbandsklage eingebracht werden. Es würde dann ein langwieriges und unter Umständen kostenintensives Verfahren abzuführen sein, wiewohl klägerseitig kein Rechtsschutzinteresse mehr besteht. Deshalb sollte es Klagsvoraussetzung sein, dass die rechtswidrige Praxis bei Klageeinbringung noch fort dauert. Allenfalls kann man die Zulässigkeit auch dann bejahen, wenn die Verbandsklage dazu dient, für die Verbraucher geldwerte (Schadenersatz-)Ansprüche aus der rechtswidrigen Praxis durchzusetzen (was aber schon grundsätzlich abzulehnen ist).

Besteht keinerlei Rechtsschutzbedürfnis, so sollte nicht durch diesen Halbsatz so getan werden, als wäre diese ganz wesentliche Prozessvoraussetzung im konkreten Zusammenhang vollkommen irrelevant.

Nicht zuletzt auch vor diesem Hintergrund braucht es in der Richtlinie klar definierte, enge rechtliche Grenzen zur Zulässigkeit der Klagserhebung, um etwaigen Klagemissbrauch zu verhindern (siehe auch Art. 1, der die Gewährleistung von angemessene Schutzmaßnahmen zur Verhinderung von Klagemissbrauch als eine der Zielsetzung der Richtlinie definiert). Im Richtlinienentwurf sollte unter anderem klar zum Ausdruck kommen, dass Verbandsklagen „nur“ zur Klärung von Rechtsfragen bei vergleichbaren Sachverhalten und selber Rechtslage zur Anwendung gelangen können.

- Abs. 3

Nach Abs. 3 soll diese Richtlinie nicht die Unionsvorschriften über u.a. das anwendbare Recht betreffen. Gemeint ist wohl das materielle Recht. Dieser Absatz ist allerdings unrichtig, insofern im weiteren Richtlinienentwurf sehr wohl dadurch in das materielle Recht eingegriffen wird, indem beispielsweise Verjährungsfristen gehemmt werden sollen.

ad Art. 3 - Begriffsbestimmungen

- Kollektivinteressen der Verbraucher

Unsere Anmerkungen zu dem aus unserer Sicht fehlgeschlagenen Definitionsversuch „Kollektivinteressen der Verbraucher“ haben wir bereits zu Art. 1 getätigt.

- Verbandsklage

Auch die Definition der „Verbandsklage“ Z 4 illustriert einmal mehr bedauerlicher Weise die markante Einseitigkeit des gegenständlichen Richtlinienentwurfs und der Zugehensweise der zuständigen Kommissionsdienststellen zu diesem Regelungsthema.

So wird die Verbandsklage selbst nach der Definition schon als Maßnahme zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher definiert. Nach einem wohl allgemein gültigen Verständnis löst eine Klage noch nicht den gewünschten Schutz aus, sondern erst z.B. eine vollstreckbare Entscheidung, die dem Klagebegehren (vollinhaltlich) stattgibt. Gemeint sein dürfte ein rechtsförmiger Antrag, mit dem ein Anspruch geltend gemacht wird.

Die Definition der Verbandsklage schließt es aus, dass sich anspruchstellende Verbraucher an der Verbandsklage selbst als Parteien beteiligen. Sie sind entweder darauf angewiesen, dass eine qualifizierte Einrichtung den Anspruch geltend macht oder z.B. sie selbst in einem Individualverfahren den Anspruch verfolgen.

Daraus resultiert allerdings die Frage, wessen Recht mit einer Verbandsklage tatsächlich verfolgt wird - was aufgrund der verschiedenen, in dem Entwurf enthaltenen Klagstypen vermutlich auch ganz unterschiedlich zu beurteilen sein wird - was wiederum eine Reihe notwendiger Differenzierungen mit sich bringt, die allerdings im Richtlinienentwurf vollkommen unter den Tisch gefallen sind.

So wird hinsichtlich der unscharf als konsumentenschutzrechtliche bezeichnete Verbandsklagen nach §§ 28 und 28a KSchG nach der Judikatur¹⁹ und nunmehr auch weit überwiegender

¹⁹ OGH 10.2.2004, [1 Ob 46/03a](#), EuGH 1.10.2002, [Rs C-167/00](#), Rz 39.

Literatur²⁰ die Ansicht vertreten, dass die klagebefugten Verbände aufgrund eines Rechts tätig werden, das ihnen gesetzlich verliehen wurde. Prozessstandschaften werden nach Judikatur und Lehre in Österreich generell abgelehnt. Mit der beabsichtigten massiven Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs und der beabsichtigten Erweiterung des Kreises der klagebefugten Verbände wird in dieser Hinsicht der Umstand zu lösen sein, wie mit konkurrierenden Klagen umzugehen sein wird. Dies betrifft allerdings nicht nur Unterlassungsklagen, sondern werden die damit verbundenen Probleme gravierender bei Leistungsklagen. In diesen Punkten wird noch viel Detailanalyse und Regelungsbedarf notwendig sein, um einen vollkommenen Wildwuchs von Verfahren zulasten der Gerichte, der Verbraucher und der Unternehmen zu vermeiden. Auf diesen Problemkreis wird zu den einzelnen Klagearten noch im Detail einzugehen sein.

- rechtskräftige Entscheidung

Hier und an anderen Stellen wird die Möglichkeit angesprochen, die Verbandsklage auch bei Verwaltungsbehörden anhängig zu machen bzw., dass diese Entscheidungen erlässt. Tatsächlich ist diese Materie aber angestammt in der Zuständigkeit der Gerichte und ist dies beizubehalten.

ad Art. 4 - Qualifizierte Einrichtungen

Da ausschließlich qualifizierte Einrichtungen zur Klageerhebung aufgrund der Richtlinie befugt sein sollen, spielen sie in dieser Hinsicht eine besondere und privilegierte Rolle. Grundsätzlich ist es zu begrüßen, dass nicht „jedermann“ derartige Klagebefugnisse eingeräumt erhält.

Als ein wesentliches Manko der US-class action wird der Umstand angesehen, dass der Anwalt des Verfahrens derjenige ist, dessen Interessen mit dem Verfahren verfolgt werden - und nicht die des eigentlichen Klägers, der lediglich als „*Schlüssel zum Tor des Gerichtshauses*“ angesehen wird.²¹ Qualifizierte Einrichtungen benötigen nach dem Entwurf nicht einmal diesen einen Anspruchsteller, um Klage zu erheben. Es sollte offensichtlich sein, dass ein derartiges System äußerst missbrauchsanfällig ist. Um dieser Gefahr für Verbraucher, Gerichte und Unternehmen zu begegnen, bedarf es wirksamer Gegenmaßnahmen.

Die unter anderem dafür in Art. 4 vorgesehenen Voraussetzungen sind zu gering, um dieses Missbrauchspotential zu verringern, geschweige denn wirksam auszuschließen.

Zweifelsohne hat eine qualifizierte Einrichtung Rechtspersönlichkeit zu besitzen, da sie ansonsten nicht in der Lage ist, am Rechtsverkehr teilzunehmen, insb. als Partei eines Gerichtsverfahrens aufzutreten. Ist sie nach dem Entwurf „ordnungsgemäß zu errichten“, so bedeutet dies wohl, dass es sich um eine juristische Person bzw. Personengesellschaft handeln muss. Eine natürliche Person kann sohin keine qualifizierte Einrichtung sein, da sie nicht „errichtet“ werden kann. Diese qualifizierte Einrichtung muss sodann während des gesamten Verfahrens ordnungsgemäß bestehen.

²⁰ *Krejci in Rummeß*, §§ 28-30 KSchG Rz 23, *Eccher in Klang*, KSchG³, § 29 Rz 6, ähnlich Kühnberg, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage, 174. Nach *Nunner-Krautgasser* ist dieser Punkt strittig (*Nunner-Krautgasser in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz³, Vor § 1 ZPO Rz 123).

²¹ *Macey/Miller*, Auctioning Class Action and Derivative Suits: A Rejoinder, *Nw.U.L.Rev.* Vol. 87 No. 2 (1993), 458 [459] „key to the courthouse door“.

Weitere Voraussetzung soll sein, dass die qualifizierte Einrichtung ein berechtigtes Interesse daran haben muss, zu gewährleisten, dass die unter diese Richtlinie fallenden Bestimmungen des Unionsrechts eingehalten werden. Ein derartiges Interesse muss tatsächlich bestehen und sollte nicht lediglich aufgrund irgendwelcher Bestimmungen in den Gründungsdokumenten der qualifizierten Einrichtung angenommen werden. Es ist ein leichtes niederzuschreiben und nachzulesen, dass ein solches Interesse verfolgt wird. Sicherzustellen ist daher, dass eine qualifizierte Einrichtung ihre Haupttätigkeit nicht in der Führung von Prozessen entfaltet, sondern sie in vielfach anderer Weise dieses Interesse nach außen entfaltet, z.B. in ihrer Mitgliederstruktur oder durch ihre Beratungstätigkeit.

Völlig unklar ist, wie nachgewiesen werden soll, dass kein Erwerbszweck verfolgt wird und wer das prüfen soll. Gleiches gilt für die geforderte Unabhängigkeit (Abs. 3). Diese Unabhängigkeit ist - wenn überhaupt - nur sehr schwer mit Art. 15 in Einklang zu bringen, nach dem die bezeichneten Einrichtungen bspw. „öffentliche Mittel“ erhalten können. Jedenfalls sollte für die beklagte Partei ein Ablehnungsrecht ähnlich der Möglichkeit der Ablehnung von Richtern und anderen gerichtlichen Organen nach § 19 JN geschaffen werden. Bei Teilnahme einer „qualifizierten Einrichtung“, die nicht den Voraussetzungen entspricht, sollte außerdem angedacht werden, dass das Verfahren - analog § 477 Abs. 1 Z 1 ZPO - mit Nichtigkeit belastet ist.

Reine Klageeinrichtungen sollten nicht als qualifizierte Einrichtungen anerkannt werden. Es bedarf daher auch einer laufenden Kontrolle unabhängiger Behörden dahingehend, ob die Voraussetzungen, eine qualifizierte Einrichtung zu sein, durchgehend erfüllt werden. Die Gesellschafter bzw. Mitgliederstruktur ist offenzulegen. Rechtsanwälten und Prozessfinanzierern sollte die direkte und indirekte Mitgliedschaft in derartigen Einrichtungen verboten sein, um zu verhindern, dass sie solche als Vehikel für ihre auf Gewinn ausgerichtete (freiberufliche) Tätigkeit einsetzen.

In Abs. 3 ist eine Präzisierung dahingehend vorzunehmen, nach der nur „Verbraucherorganisationen und unabhängige öffentliche Stellen, die die Voraussetzungen nach Abs. 1 erfüllen“ als qualifizierte Einrichtungen in Frage kommen.

Besondere, von öffentlicher Seite zu überprüfende Anforderungen müssen an die Dauer des Bestehens der Einrichtung (mindestens drei Jahre), die erforderliche Mitgliederzahl (mindestens 100) und eine Offenlegung der Herkunft der finanziellen Mittel der Einrichtung sein. Die in Art. 7 normierte finanzielle Ausstattung sollte auch als Voraussetzung in Art. 4 aufgenommen werden.

Entgegen dem Entwurf sollten keinesfalls „ad hoc qualifizierte Einrichtungen“ für eine Verbandsklage zugelassen werden. Damit würden mache Voraussetzungen, die für „ständige“ qualifizierte Einrichtungen normiert werden sollen, sehr leicht umgangen werden können. Das Interesse, eine bestimmte Verbandsklage zu führen, kann nicht als ausreichend angesehen werden, um die für die ständig tätigen qualifizierten Einrichtungen notwendige Voraussetzung des berechtigten Interesses gem. Abs. 1 lit. b äquivalent zu erfüllen und nachzuweisen. Umgehungsstrukturen wären damit Tor und Tür geöffnet.

Der Rechtssicherheit dienen derartige ad-hoc-Einrichtungen nicht. Unterschiedslos ob eine Verwaltungsbehörde im Vorfeld oder etwa ein Gericht im Rahmen eines bereits streitabhängigen Verfahrens darüber zu entscheiden hätte, wäre damit ein erheblicher Aufwand und eine erhebliche Zeitverzögerung verbunden, da davon auszugehen ist, dass bei derartigen Kon-

struktionen die beklagte Partei die behauptete Aktivlegitimation bestreiten wird. Die allgemeinen Einwände, die gegen z.B. im Einzelfall gegründete Klagsvereine vorgebracht werden, wie etwa die der mangelnden finanziellen Ausstattung, würden wohl auch in diesen Fällen angesprochen werden.

Es wäre unzulässig, dass mitunter Kanzleien sich allenfalls mit Prozessfinanzierern zusammenschließen, um via ad-hoc qualifizierte Einrichtung ein attraktives Geschäftsmodell zu haben. Mit solchen Zugängen werden Gefahrenquellen eröffnet, die vollkommen zu Recht bei der US-class action kritisiert werden. Insb., dass Rechtsanwaltskanzleien einschreiten, das Verfahren kontrollieren und oft ausschließlich in ihrem eigenen Interesse agieren.

Abs. 4 verbleibt hinsichtlich der Einschränkungsmöglichkeit auf bestimmte Arten von Klagen unbestimmt, da aus den Voraussetzungen nach Abs. 1 eine derartige Differenzierung nicht ableitbar ist (s. jedoch Erwägungsgrund 11).

Gerade, wenn man die gegenwärtigen Bestrebungen des VKI im Hinblick auf eine „Sammelklage“ gegen VW betrachtet, die dem Prozessfinanzierer im Erfolgsfall eine - durchaus üppige - Quote von zwischen 10 % und 37,5 % der Entschädigungssumme bringt, erkennt man schnell, dass derartige Verfahren auch ein lukratives Geschäft darstellen.²²

Wesentliche Voraussetzung für eine qualifizierte Einrichtung sollte die Unabhängigkeit von staatlichem Einfluss und von staatlichen Subventionen sein. Um tatsächlich den Interessen der Verbraucher zu dienen, ist es zu gewährleisten, dass es qualifizierte Einrichtungen untersagt wird, sich zur Finanzierung von Prozessen eines Prozesskostenfinanzierers zu bedienen. Zudem sollten im Sinne der Transparenz qualifizierte Einrichtungen zu umfangreichen öffentlichen Berichtspflichten verpflichtet werden. Auch Verbraucherorganisationen und unabhängige öffentliche Stellen haben jedenfalls die allgemeinen Voraussetzungen zu erfüllen, um als qualifizierte Einrichtungen gelten zu können.

Im Übrigen ist die Formulierung in Art 4 Abs. 1 letzter Satz „...wenn sie eines oder mehrere der in Unterabsatz 1 genannten Kriterien nicht mehr erfüllt ...“ unscharf: Es werden hier wohl die Kriterien nach Art. 4 Abs. 1 lit a bis c angesprochen? Insofern sollte sich die Formulierung auch konkret darauf beziehen.

In Abs. 5 sollte das Gericht/die Verwaltungsbehörde nicht das „Recht“, sondern die „Pflicht“ haben zu prüfen, ob der Zweck der qualifizierten Einrichtung in einem bestimmten Fall die Klageerhebung nach Art. 5 Abs. 1 rechtfertigt.

Darüber hinaus sollte es dem Gericht offen stehen (zumindest über Einwand) zu prüfen, ob der Kläger die Voraussetzungen nach Abs. 1 im Zeitpunkt der Klageerhebung und während des Prozesses erfüllt. Ob die Voraussetzungen nach Abs. 1 erfüllt sind, muss das Gericht schon deshalb prüfen können, da es dem Beklagten offen stehen muss die Aktivlegitimation des Klägers bestreiten zu können. Ansonsten wäre die Aktivlegitimation mit der Benennung im Verzeichnis durch den Mitgliedstaat in Stein gemeißelt, auch wenn die Voraussetzungen nachträglich - jedoch vor der „regelmäßigen“ Überprüfung nach Abs. 1 letzter Satz - wegfielen oder diese tatsächlich nie vorlagen. Es muss dem Beklagten in einem fairen Verfahren jedoch als Mindest-Verteidigungsrecht zustehen, sich gegen einen nicht berechtigten Kläger zu wehren.

²² ORF, VKI startet Sammelklage gegen VW, 19.4.2018, <http://help.orf.at/stories/2907805/>.

Könnte das Gericht nicht prüfen, ob der Kläger tatsächlich eine qualifizierte und damit klagebefugte Einrichtung ist, wäre dem Gericht eine seiner wesentlichsten Funktionen im Prozess (Prüfung ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen) genommen.

Wollte man die Beurteilung und Einstufung als qualifizierte Einrichtung als reinen Verwaltungsakt sehen, der die Klagebefugnis für das Gericht bindend festlegt, muss es dem Beklagten offen stehen eine aktuelle Überprüfung der Qualifikation des Klägers durch die zuständige Verwaltungsbehörde beantragen zu können. Natürlich nur wenn er begründete Umstände/Momente zur Annahme darlegen kann, weshalb der im Verzeichnis aufgenommene Kläger die Voraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllt. Dieses Überprüfungsverfahren müsste wiederum - als präjudizielle Vorfrage der Aktivlegitimation für das Verfahren - zur Unterbrechung des Verbandsverfahrens führen, bis die Behörde rechtskräftig entschieden hätte.

ad Art. 5 - Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher

Art. 5 führt die Arten von Klagen an, die qualifizierte Einrichtungen als Verbandsklagen anzustrengen befugt sind.

- einstweilige Verfügungen

Einstweilige Verfügungen, die auf Unterlassung gerichtet sind, nach Abs. 2 lit. a sind abzulehnen, insoweit sie nach dem jeweiligen innerstaatlichen Recht des Mitgliedstaates auch bislang nicht erwirkt werden können. Zudem fordern wir, dass eine Glaubhaftmachung einer konkreten Gefährdung als Anspruchsvoraussetzung notwendig ist.

Voraussetzungen für eine vorbeugende Unterlassungsklage nach österreichischem Recht sind, dass eine Rechtsverletzung unmittelbar bevorsteht und ernstlich droht und das Abwarten einer Rechtsverletzung zu einer nicht wieder gutzumachenden Schädigung führen würde (RIS-Justiz RS0009357). Das sollten auch die Mindestvoraussetzungen für eine Verbandsklage nach Abs. 2 lit. a und lit. b jeweils letzter Fall sein.

Jedenfalls abzulehnen sind einstweilige Verfügungen gegen eine erlaubte Praktik. Den „Praktik“ wird in Art. 3 Z 5 als jede Handlung oder Unterlassung eines Unternehmers definiert. Es sollte außer Streit stehen, dass - wenn überhaupt - mit einer einstweiligen Verfügung nur gegen jene Praktiken vorgegangen werden soll, die eine vom Gericht oder von der Verwaltungsbehörde festgestellte Rechtsverletzung im Anwendungsbereich der Richtlinie darstellt. Die in Abs. 2 lit. b genutzte Wendung *„dass die Praktik eine Rechtsverletzung darstellt“* fehlt in lit. a vollkommen.

- ihre Anwendung jedoch bevorsteht

Während in Art. 2 die Verbandsklage auch gegen abgeschlossene Praktiken vorgesehen wird, ermöglicht Art. 5 Maßnahmen auch gegen Praktiken, die noch gar nicht begonnen wurden (*„wenn sie noch nicht angewandt wurde, ihre Anwendung jedoch bevorsteht“*). Diese Möglichkeit sollte - wenn ein Rechtsschutzinteresse hier überhaupt zu erkennen ist, - nur dann vorgesehen werden, wenn die konkrete Gefahr dieser Praktik von der Verbandsklägerin nachgewiesen wird und auch dargelegt wird, dass damit eine konkrete Vermögensgefährdung für die Verbraucher einhergeht. Bevorstehende rechtswidrige Praktiken haben nur unter den allgemeinen innerstaatlichen Voraussetzungen Anlass zu sein, mit entsprechenden Verfügungen diese zu untersagen.

- Unterlassungsbegehren

Soweit ersichtlich, stellen die in Abs. 2 angeführten Klagemöglichkeiten dem Grunde nach Unterlassungsansprüche im Sinne der §§ 28 f. KSchG dar. Ist zu deren Erwirkung kein Mandant eines einzelnen betroffenen Verbrauchers notwendig, wird deutlich, dass derartige Ansprüche materiell-rechtlich eigene Ansprüche der qualifizierten Einrichtungen sind (mit der im deutschen Recht ausdrücklich enthaltenen Norm über die begrenzte Zulassung der Abtretung eines derartigen Anspruchs - §§ 3 Abs. 1 und 3a dt. UKlaG).

Betrifft das Klagebegehren jeweils dasselbe Verhalten (Tun oder Unterlassen) des Unternehmens, so ist sicherzustellen, dass der Unternehmer nicht mit einer Flut mehr oder minder identer Klagen überrollt wird. Je mehr qualifizierte Einrichtungen es gibt und je mehr von ihren jeweiligen Verbandsklagerechten Gebrauch machen, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit mehrerer Klagen - Trittbrettfahrerproblematik inklusive. Sicherzustellen ist daher zum einen, dass nicht nur eine rechtskräftige Entscheidung jede weitere Entscheidung zum selben Sachverhalt unzulässig macht, da die gerichtliche Entscheidung über das Parteienverhältnis hinauswirkt („... es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen ...“). Sicherzustellen ist zudem, dass - bei identem Klagsziel - nur die jeweils erste Klage weitergeführt wird und alle anderen unzulässig sind. Denn ist Klagsvoraussetzung der Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, was zwar Gegenstand der Richtlinie ist, in Abs. 2 allerdings nicht ausdrücklich erwähnt wird, so wird dieser Schutz durch die erste Klage wahrgenommen und kann ein Kollektivinteresse nicht geteilt werden. Wird das als zu weitgehend aufgefasst (etwa im Hinblick auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs), wäre sicherzustellen, dass mehrere anhängige Verfahren mit dem selben Klagsziel in einem einzigen Verfahren zusammengeführt werden. Dazu ist es vor allem notwendig, für derartige Klagen einen ausschließlichen Gerichtsstand am Sitz des beklagten Unternehmens zu normieren.

Gefordert wird, dass die geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess als zulässig angesehen wird. Es ist vollkommen überschießend und sachlich nicht gerechtfertigt, in Verbandsklagen Unternehmen in derart diffizilen Auslegungsfragen vollkommen alleine im Regen stehen zu lassen. Das Alles-oder-Nichts-Prinzip führt zu willkürlichen Ergebnissen.²³

Werden qualifizierte Einrichtungen privilegiert, so sollten aus ihrer privilegierten Stellung heraus auch besondere Pflichten resultieren. So sollten sie verpflichtet werden, rechtsverbindlich und kostenlos bzw. kostengünstig gegenüber einem anfragenden Unternehmen bekanntzugeben, ob nach Ansicht der qualifizierten Einrichtung eine bestimmte Praktik rechtskonform ist oder nicht. Dies fristgebunden und auch dahingehend, wie die Praktik auszusehen hat, um nach Ansicht der qualifizierten Einrichtung rechtskonform zu sein. Bestätigt die qualifizierte Einrichtung die Rechtskonformität, wird damit Rechtssicherheit zwischen dem Unternehmen und dieser qualifizierten Einrichtung in dem fraglichen Punkt erreicht.

- Abhilfemaßnahmen / Maßnahmen zur Beseitigung der fortdauernden Auswirkungen

Legistisch etwas verunglückt, wird zunächst in Art. 5 Abs. 3 festgehalten, dass qualifizierte Einrichtungen berechtigt sind, Verbandsklagen zu erheben, um Maßnahmen zur Beseitigung der fortdauernden Auswirkungen eines Verstoßes zu erwirken. Sodann wird diese Anordnung

²³ Fidler, Unionsrechtliche Entwicklungen bei der richterlichen Vertragsergänzung, JBl 2014, 693 [696].

im Wesentlichen durch Art. 6 Abs. 1 wiederholt. Ein klarerer Normenaufbau würde die Verständlichkeit der Norm jedenfalls fördern.

So deutet der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 auf eine Feststellungsklage hin („... *erwirkt, in der festgestellt wird, dass eine Praktik einen Verstoß ... darstellt ...*“). Hingegen sind die Ausführungen des Art. 6 Abs. 1 zweifellos auf Leistungs- bzw. Rechtsgestaltungsklagen ausgerichtet. Art. 5 Abs. 3 sollte daher ersatzlos entfallen und Art. 6 Abs. 1 um die Möglichkeit, ein Feststellungsbegehren zu erheben, erweitert werden.

ad Art. 6 Abhilfemaßnahmen

- Abs. 1

Auf die Divergenzen zwischen Art. 5 Abs. 3 und Art. 6 Abs.1 wurde unsererseits bereits in den Ausführungen zu Art. 5 Abs. 3 hingewiesen.

Daher sollte - ungeachtet unserer generellen Ablehnung - Abs. 1 Satz 1 lauten:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass qualifizierte Einrichtungen berechtigt²⁴ sind, Verbandsklagen zur Erwirkung folgender Maßnahmen zu erheben:

- a) eine Verfügung, mit der festgestellt wird, dass die Praktik eine Rechtsverletzung darstellt, und der Vertrag ungültig ist oder mit der die Praktik erforderlichenfalls beendet oder, wenn sie noch nicht angewandt wurde, ihre Anwendung jedoch bevorsteht, verboten wird;
- b) eine Verfügung, mit der der Unternehmer je nach Sach- und Rechtslage verpflichtet wird, Leistungen, wie etwa Entschädigungs-, Reparatur- oder Ersatzleistungen, Kaufpreistrückzahlungen oder Preisminderungen zu erbringen.“

Ist es das Ziel, mit einer derartigen Verbandsklage in abgeschlossene Verträge einzugreifen bzw. das beklagte Unternehmen zu verpflichten, Leistungen gegenüber Verbrauchern zu erbringen, so muss rechtssicher festgestellt werden können, wem gegenüber das Unternehmen tatsächlich zumindest indirekt leistungsverpflichtet ist. Geldwerte Ansprüche („... *Entschädigungs-, Reparatur- oder Ersatzleistungen zu erbringen, den Preis zu mindern, die Vertragskündigung zu ermöglichen oder den Kaufpreis zu erstatten*“) sind immer sehr konkret auf den jeweiligen Einzelfall bezogen. Den Mitgliedstaaten ist daher keineswegs freizustellen, das Mandat des einzelnen Verbrauchers zu verlangen, sondern sind derartige Verbandsklagen als absolut unzulässig zu betrachten, wenn ein solches Mandat nicht vorliegt. Eine erga-omnes-Wirkung ist abzulehnen.

Mag aus organisatorischen Gründen ein derartiges Mandat vor Klagserhebung als unzweckmäßig erachtet werden, so ist die Sammlung solcher Mandate unmittelbar nach Klagserhebung jedenfalls unerlässlich. Denn nur so kann im Prozess selbst klar festgestellt werden, wer von dem Verfahren betroffen ist, wem gegenüber die Entscheidung gilt und wem gegenüber nicht. Es widerspricht sämtlichen kontinentaleuropäischen Rechtsgrundsätzen, dass aus einem Urteil nicht klar erkennbar ist, wem gegenüber es Wirkung entfaltet. Die Klage hat (mit Ausnahme der nachzureichenden Liste der Verbrauchermandate, die all jene Personenangaben zu ent-

²⁴ Es ist nicht nachvollziehbar, warum qualifizierte Einrichtungen nach Art. 5 *berechtigt* sein sollen, Verbandsklagen zu erheben, nach Art. 6 aber *befugt* sein sollen. Eine einheitliche Terminologie ist erstrebenswert.

halten hat, die in einem Zivilprozess sonst auch vorgeschrieben sind) zudem alle Informationen zu enthalten, die nach den jeweiligen mitgliedstaatlichen Prozessrechten erforderlich sind.

Die EU-Kommission versucht in ihrer Pressemitteilung, sich noch von den „...*Sammelklagen nach US-amerikanischem Vorbild* ...“ abzuheben.²⁵ Gerade was die Modalitäten der Partizipation betrifft, wäre es hier an der Zeit, Flagge zu zeigen: Ein „opt-out-Modell“ muss klar abgelehnt werden. Selbst in den USA wird bereits teilweise die Abschaffung des „opt-out-Modells“ gefordert.²⁶

Die „Gruppenbildung“ durch eine derartige Verbandsklage erfolgt zudem nicht durch mehr oder minder objektive Kriterien des Gesetzgebers oder unbeteiligter Dritter, sondern alleine durch die einzelne qualifizierte Einrichtung dadurch, dass sie in ihrer Klage Umfang und Abgrenzung dieser ihrer Gruppe definiert – sohin durch einseitige, durch die Mitglieder der Gruppe nicht beeinflussbare Erklärung. Ein derart tiefgreifender Eingriff ist mit einer Reihe von Grundrechten unvereinbar, insb. mit dem Recht auf ein faires Verfahren gem.

Art. 6 EMRK, da sie dem Einzelnen den direkten und unabhängigen Zugang zu Gericht verwehren.²⁷ Beschränkungen des Zugangs zu Gericht sind zulässig, diese dürften nicht derart ausgestaltet sein, dass der Kern²⁸ dieses Rechts verletzt wird.²⁹

Die Formulierung, nach der es den Mitgliedstaaten frei steht, das Mandat der einzelnen betroffenen Verbraucher zu verlangen, ist auch aus grundrechtlichen Überlegungen nachdrücklich abzulehnen. Denn diese Formulierung bedeutet, dass in diesen Fällen einer Verbandsklage ein Mandat des einzelnen betroffenen Verbrauchers nicht als zwingend erforderlich angesehen wird.

- rechtliches Gehör

Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK³⁰ hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen (oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage) zu entscheiden hat.

Die Verbandsklage nach dem Richtlinienentwurf ohne Mandat verletzt das grundrechtlich geschützte Recht auf Gehör desjenigen Verbrauchers, dessen Anspruch mit der Verbandsklage verfolgt wird. Nach dem Entwurf ist dieser Verbraucher weder von der Einleitung des Verfahrens durch eine Verbandsklage noch über den Fortgang des Verfahrens in irgendeiner Art und Weise zu verständigen. Er hat sohin weder die Möglichkeit, sich am Verfahren zu beteiligen, noch in irgendeiner Art und Weise darauf Einfluss zu nehmen. Besonders verheerend ist der Umstand, dass ihm nicht einmal die Möglichkeit eingeräumt werden soll, zu erklären, von den Rechtswirkungen des Verfahrens nicht betroffen werden zu wollen. Dies Konstruktion geht

²⁵ Europäische Kommission, Neue Rahmenbedingungen für die Verbraucher: Kommission stärkt Verbraucherrechte in der EU und ihre Durchsetzung, Pressemitteilung vom 11.4.2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_de.htm.

²⁶ Kodek, Möglichkeiten zur gesetzlichen Regelung von Massenverfahren im Zivilprozess, *ecolex* 2005, 751 ff.

²⁷ [EGMR 27.8.1991](#), *Philis vs. Griechenland*, 32/1990/223/285-287.

²⁸ „very essence“.

²⁹ [EGMR 27.8.1991](#), *Philis vs. Griechenland*, 32/1990/223/285-287, Rz 59.

³⁰ Art. 47 Abs. 2 GRC übernimmt Art. 6 Abs. 1 EMRK, wobei die Charta keine Einschränkung auf zivil- und strafrechtliche Angelegenheiten enthält (*N. Raschauer/Sander/Schlögl* in *Holoubek/Lienbacher [Hrsg.]*, GRC-Kommentar, Art. 47 Rz 4).

über die sowieso als besonders negativ empfundene US class action hinaus, nach der alle Anstrengungen zu unternehmen sind, den Betroffenen über das Verfahren zu informieren, und nach der der Betroffene das Recht hat, zu erklären, vom Ergebnis nicht betroffen sein zu wollen (opt-out-Erklärung).

„So wie es keine Verträge zu Lasten Dritter gibt, gibt es keine generellen Urteilswirkungen zu Lasten Dritter.“³¹ Das setzt auf Klägerseite voraus, dass der potentielle Anspruchsteller selbst entscheiden kann, ob er einen Anspruch geltend macht oder nicht.

Aus Art. 6 resultiert als Teilgarantie auch die Garantie auf Gewährung rechtlichen Gehörs³² und ergibt sich die Verpflichtung der Information der Beteiligten durch das Gericht, die Möglichkeit der Äußerung³³ der Beteiligten zum Verfahren sowie die Berücksichtigung des Geäußerten in der gerichtlichen Entscheidung.³⁴ Dies bedeutet u.a., dass jede Partei ihren Standpunkt darlegen können und ihr ausreichend Gelegenheit eingeräumt werden muss, ihren Fall vorzutragen und zum gegnerischen Vorbringen Stellung zu nehmen. Voraussetzung für die effektive Ausübung des rechtlichen Gehörs ist es daher auch, dass die Parteien Kenntnis vom Akteninhalt haben können.³⁵ Zudem ist eine Partei nicht gegenüber einer anderen zu benachteiligen („Waffengleichheit“).^{36, 37} Adressat dieser Verpflichtungen ist das Gericht.

Die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK hatten wohl historisch bedingt eher Individual- denn Kollektivverfahren im Fokus, sohin in Zivilprozessen das Verhältnis zwischen einem Kläger und einem Beklagten. Da allerdings *Jedermann* Anspruch auf rechtliches Gehör *in seiner Sache* hat, sind diese Rechte unterschiedslos zu gewähren, das betrifft sowohl eine Personenmehrheit auf Kläger- wie auch auf Beklagtenseite sowie innerhalb der jeweiligen Gruppe.³⁸ Diese Garantien stehen auch den passiven Mitgliedern der Klägergruppe im Rahmen eines opt-out-Kollektivverfahrens zu, da sie durch die Gruppendifinition förmlich Beteiligte des Verfahrens sind und das Ergebnis dieses Verfahrens auch sie in ihrer Sache betrifft.^{39, 40}

Grundlegend ist die Verständigung des Betroffenen über die Einleitung des Verfahrens. Erhält das vom Kollektivverfahren betroffene Gruppenmitglied vom Verfahren keine Verständigung bzw. kann dieses nicht verständigt werden, da es nicht bekannt ist, kann dieses Gruppenmitglied seinen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht wahrnehmen. Es hat so insb. keine Chance, sich allenfalls am Verfahren persönlich zu beteiligen bzw. von ihrem Austrittsrecht Gebrauch zu machen. Aus diesem Grund ist es auch unzulässig, eine Nichtäußerung eines nicht persönlich verständigten Gruppenmitglieds konkludent als Verzicht auf dieses rechtliche Gehör zu werten.

³¹ Fasching/Klicka in Fasching/Konecny² III § 411 ZPO Rz 102.

³² Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵, 420. Sie korrespondiert mit Art. 103 Abs. 1 GG (Grabenwarter/Pabel, 423).

³³ „[D]enn was nicht geäußert wird, kann nicht gehört werden.“ (Remmert in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 103 Abs. 1 [78. Lfg.] Rz 62 m.w.N.).

³⁴ So zu Art. 103 Abs. 1 GG Remmert in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 103 Abs. 1 [78. Lfg.] Rz 62.

³⁵ Grabenwarter/Pabel (FN 32), 423 f. m.w.N.

³⁶ Peukert in Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention³, Art. 6 Rz 114.

³⁷ Koch sieht in der fehlenden Registrierung aller Betroffenen und damit der unklaren Begrenzung der Wirkungen der subjektiven Rechtskraft eine Verletzung der Waffengleichheit in einem opt-out-Verfahren (Koch, Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. amerikanische ‚class action‘: Die gebändigte Sammelklage in Europa?, WuW 2013, 1059 [1068]).

³⁸ Ähnlich Höffmann, Class Action Settlements und ihre Anerkennung in Deutschland, 324 f.

³⁹ So auch Höffmann (FN 38), 324 f., hinsichtlich der passiven Mitglieder einer class action. Die Eingrenzung derer, die – ohne formell Verfahrensbeteiligte zu sein – materiell als Beteiligte gelten und denen somit rechtliches Gehör zu gewähren ist, wird kontrovers diskutiert (vgl. Bork, Drittbetroffenheit und rechtliches Gehör, FS Kerameus I, 141 [144]).

⁴⁰ Nach Stadler ist sowohl opt-in- als auch opt-out-Verfahren gemeinsam, dass die Gruppenmitglieder selbst nicht Partei sind (Micklitz/Stadler, Gruppenklagen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft & den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Gabriel/Pirker-Hörmann [Hrsg.], Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO? 111 [281]).

Aus Sicht der Praxis ist anzumerken, dass in opt-out-Systemen verhältnismäßig wenig Betroffene von ihrem Austrittsrecht Gebrauch machen, der Austritt findet faktisch nicht statt.⁴¹ Von manchen wird auf der einen Seite beklagt, dass das rationale Desinteresse an einer Anspruchsverfolgung durch die (neue) Form einer opt-out kollektiven Rechtsverfolgung überwunden werden muss, auf der anderen Seite sehen eben diese Personenkreise offensichtlich kein Handlungsbedarf, das ebenfalls vorhandene rationale Desinteresse potentiell Betroffener, von ihrem opt-out-Recht Gebrauch zu machen, zu überwinden.⁴² Das ist inkonsequent, denn in beiden Fällen wird unmittelbar in die Rechte Betroffener eingegriffen. Der Zugang zum Recht bedeutet grundsätzlich auch, nicht als Unbeteiligter von den Ergebnissen betroffen zu werden, die andere mit ihrem Zugang zum Recht verfolgen. Mag in aller Regel der Begünstigte keine sonderlichen Einwände dagegen vorbringen, begünstigt zu sein, so wird in der Diskussion häufig außer Acht gelassen, dass das Instrument opt-out-Verfahren nichts darüber auszusagen vermag, ob ein geltend gemachter Anspruch materiell zu Recht besteht oder welche Rechtsfolgen mit einer Klagsabweisung für das Gruppenmitglied auf Klägerseite verbunden sein können.

Grundvoraussetzung zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ist daher die Benachrichtigung der unmittelbar Betroffenen von der Verfahrenseinleitung.⁴³

Sind die potentiellen Anspruchsteller individuell bekannt, ist eine direkte Information weitestgehend möglich, auch wenn dies bei einer hohen Anzahl an Personen mit erheblichem Aufwand verbunden sein kann.⁴⁴

Diese Möglichkeit der persönlichen Zustellung besteht allerdings nicht gegenüber unbekanntem Gruppenmitgliedern. Nahe liegt eine fingierte Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung, die allerdings den Anspruch auf rechtliches Gehör zur Makulatur verkommen lassen würde.⁴⁵

Die etwas allgemein gehaltene Aussage, dass durch eine öffentliche Bekanntmachung des Verfahrens sichergestellt wird, dass Betroffene eine Information über den Beitritt erhalten und so ihren Anspruch auf rechtliches Gehör in dem betreffenden Verfahren wahrnehmen können,⁴⁶ dürfte nicht unbedingt der Realität entsprechen. Die Zustellfiktion der öffentlichen Bekanntmachung hat der BVerfG nicht beanstandet, solange der gerichtliche Rechtsschutz dadurch nicht unzumutbar eingeschränkt wird. Konkret wurde ein Insolvenzverfahren als Massenverfahren qualifiziert, in denen der Kreis der Betroffenen groß ist und sich nicht immer von vorneherein überschauen lässt. In diesen Fällen ist die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung sachgerecht und daher auch vom Gesetzgeber vielfach vorgesehen.⁴⁷

Nach der österreichischen Insolvenzordnung erfolgen öffentliche Bekanntmachungen durch Veröffentlichung in der Ediktsdatei des Bundes,⁴⁸ so beispielsweise die Bekanntmachung der

⁴¹ *Halfmeier/Wimalasena*, Rechtsstaatliche Anforderungen an Opt-out-Sammelverfahren: Anerkennung ausländischer Titel und rechtspolitischer Gestaltungsspielraum, JZ 2012, 649 [653].

⁴² Dieses Desinteresse setzt sich dort fort, wo zahlreiche Gruppenmitglieder die Auszahlung der auf sie entfallenden aliquoten obsiegten Beträge nicht geltend machen.

⁴³ Vgl. etwa Art. 45 Abs. 1 lit. b EuGVVO: Die Anerkennung einer gerichtlichen Entscheidung kann über Antrag versagt werden, wenn dem Beklagten, der sich nicht auf das Verfahren eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht zugestellt wurde.

⁴⁴ Zu einer class action gegen *General Motors* wird von einer individuellen Verständigung von annähernd 5,7 Millionen Gruppenmitgliedern berichtet [*Wasserman*, *Dueling Class Actions*, B. U. L. Rev. Vol. 80 (2000), 463 (467 m.w.N.)].

⁴⁵ *Höffmann* (FN 38), 326.

⁴⁶ *Bork* (FN 39), 155.

⁴⁷ BVerfG 2.12.1987, 1 BvR 1291/85 = BVerfGE 77, 275 [285].

⁴⁸ <http://edikte.justiz.gv.at/edikte/edikthome.nsf>. Ganz allgemein erfolgt die öffentliche Bekanntmachung nach § 115 Abs. 1 ZPO in dieser Ediktsdatei.

Eröffnung des Insolvenzverfahrens.⁴⁹ Allerdings sind Ausfertigungen dieses Eröffnungsedikts jedem Insolvenzgläubiger zuzustellen, dessen Anschrift bekannt ist.⁵⁰ Auch *Oberhammer* zieht Parallelen zwischen dem Insolvenzverfahren und einem opt-out-System.⁵¹ Die beispielhafte Heranziehung eines Insolvenzverfahrens als Rechtfertigung für Zustellungen durch öffentliche Bekanntmachungen kann nicht restlos überzeugen. Ein redlicher, insolventer Schuldner als Insolvenzantragssteller sollte einigermaßen in der Lage sein, seine Gläubiger zu benennen. Der Schuldner ist im Insolvenzverfahren u.a. verpflichtet, seine Verbindlichkeiten und die jeweiligen Gläubiger anzugeben.⁵² Darüber hinaus informieren die bevorrechteten Gläubigerverbände umfangreich über Insolvenzverfahren. Zudem bestehen eine Reihe von Pflichten des Insolvenzverwalters gegenüber den Gläubigern. Daher ist eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit gegeben, dass in einem Insolvenzverfahren durch persönliche Verständigung der jeweiligen Gläubiger bzw. deren Vertreter beinahe alle Gläubiger tatsächlich von der Insolvenz und dem Fortgang des Insolvenzverfahrens Kenntnis erlangen. Nicht unberücksichtigt bleiben sollte der Umstand, dass die weitaus überwiegende Anzahl an Gläubigern und der weitaus überwiegende Anteil der Forderungen Unternehmen betreffen. Über eine im Insolvenzverfahren geltend gemachte, aber bestrittene Forderung ist im streitigen Rechtsweg außerhalb des Insolvenzverfahrens zu entscheiden (Prüfungsprozess).⁵³ Nach *Stadler* trägt die Parallele von Insolvenzverfahren zu kollektiven Schadenersatzklagen nicht in vollem Umfang. Die Beschränkungen des Insolvenzverfahrens sind dadurch gerechtfertigt, dass dieses möglichst zügig abzuwickeln ist; dem Effizienzgedanken kommt ein stärkeres Gewicht im Insolvenzverfahren zu als im Erkenntnisverfahren, auch weil bereits feststeht, dass das Vermögen des Schuldners ohnehin nicht ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen.⁵⁴ Sie sieht die Unvereinbarkeit eines opt-out-Verfahrens mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen selbst unter Ausschöpfung aller Informationsmöglichkeiten moderner Massenmedien als bestehenbleibend an.⁵⁵

Der VwGH sieht die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung als einen Ausnahmefall an, da mit einer Zustellung für die Partei in der Regel weitreichende Rechtsfolgen, insbesondere der Beginn von Fristen verbunden ist.⁵⁶ Eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung setzt voraus, dass die Behörde alle ihr zu Gebote stehenden Mittel für die Ermittlung der Abgabestelle und die ihr nach den Umständen zumutbaren amtswegigen Ermittlungen zu deren Erforschung ausgeschöpft hat.⁵⁷ Diese Ermittlungen scheitern jedoch in jenen Fällen, in denen der Adressat selbst nicht bekannt ist. In einem vorgelagerten Schritt müssten daher die Adressaten selbst ermittelt werden.

Ungelöst ist damit allerdings immer noch die Grundfrage, weswegen eine Person verpflichtet werden soll, von sich aus aktiv werden zu müssen, um Rechtswirkungen der Entscheidungen eines opt-out-Verfahrens ihr gegenüber abzuwehren. Nach *Oberhammer* soll diese Auferlegung der Handlungslast des Zurückholens der Privatautonomie ohne weiteres zumutbar sein;

⁴⁹ § 74 Abs. 1 IO.

⁵⁰ § 75 Abs. 1 Z 1 IO.

⁵¹ *Oberhammer*, Kollektiver Rechtsschutz bei Anlegerklagen, in *Kalss/Oberhammer*, Anlegeransprüche – kapitalmarktrechtliche und prozessuale Fragen, 19. ÖJT Band II/1, 73 [153 f].

⁵² § 100a IO, detaillierter § 13 Abs. 1 dt. InsO.

⁵³ § 100 IO.

⁵⁴ *Stadler*, Die internationale Anerkennung von Urteilen und Vergleichen aus Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes mit opt-out Mechanismen, in: *Geimer (Hrsg.)*, *Ars aequi et boni in mundo: Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag*, 561 [575].

⁵⁵ *Stadler*, Buchbesprechung *Basedow u.a. (Hrsg.)*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, *RebelsZ* 66 (2002), 171 [176], als Widerspruch zu *Hopt/Baetge*, Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts, in *Basedow u.a. (Hrsg.)*, 50.

⁵⁶ Mitunter legen die besonderen Verwaltungsgesetze selbst fest, wer Partei eines Verfahrens ist – inkl. des Wegfalls der Parteieigenschaft (vgl. etwa § 134 Bauordnung für Wien, LGBl. Nr. 11/1930 i.d.F. LGBl. Nr. 27/2016).

⁵⁷ VwGH 21.5.1996, [95/04/0201](#).

dies vergleichend mit dem Schicksal jedes Beklagten, ohne sein Zutun in ein Verfahren verwickelt zu werden.⁵⁸ Mit Blick auf die rationale Apathie, die, wie bereits ausgeführt, auch derartige Austrittserklärungen betrifft, überzeugt dies nicht – ganz abgesehen davon, dass dem Beklagten wohl kein opt-out-Recht zusteht. Auch *Stadler* sieht das Erfordernis einer derartigen ausdrücklichen Erklärung als problematisch an.⁵⁹

§ 25 ZustG, nach dem Zustellungen an eine Mehrheit von Personen, die der Behörde nicht bekannt sind, durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen können, bietet keinen Anhaltspunkt für Sammelklagen nach US-amerikanischer Art⁶⁰ und somit auch ganz allgemein für opt-out-Verfahren. Für § 25 ZustG und § 115 ZPO besteht im zivilgerichtlichen Verfahren kein praktischer Anwendungsbereich.⁶¹ Denn auch eine opt-out-Erklärung ist eine Prozesshandlung.

Schütze betont, dass eine Klage anonymer Kläger, deren Identität dem Beklagten nicht erkennbar ist, nicht den Erfordernissen einer Klage entspricht. „Die *Parteilbezeichnung gehört zu einem fairen Verfahren*.“⁶² Eine Reihe möglicher Einwendungen, die dem Beklagten gegenüber einem bekannten Kläger zur Verfügung stehen, sind ihm gegenüber unbekanntem Anspruchstellern abgeschnitten. Das diesbezügliche Problem wird auch dadurch nicht gelöst, dass unbekannte Gruppenmitglieder auf Klägerseite nicht als Partei aufgefasst werden.⁶³ Es wird sohin durch eine Verbandsklage mit anonymen Anspruchstellern auch das rechtliche Gehör der beklagten Partei verletzt.

Eichholtz konzediert, dass sowohl das amerikanische Recht als auch das deutsche den Anspruch auf rechtliches Gehör zu den verfassungsmäßig verbürgten Rechten des Einzelnen zählt, die Anforderungen des deutschen Rechts aber über die amerikanischen hinausgehen. Betroffene sind grundsätzlich tatsächlich zu verständigen, es genügt nicht, dass mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist. Mindestvoraussetzung der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs durch Dritte ist, dass dieser das Vertrauen des Betroffenen genießt oder dass der Dritte einer besonderen rechtsstaatlichen Objektivitätspflicht unterliegt.⁶⁴ Dieses Vertrauen kann nicht vermutet werden, auch die Tatsache, dass der Gruppenvertreter ähnliche Interessen vertritt genügt nicht. „*Ein Kollektivverfahren erscheint daher in Deutschland verfassungsrechtlich nur dann möglich, soweit die Betroffenen ausdrücklich ihre Zustimmung erklären. Damit scheidet eine class action nach amerikanischem Vorbild in Deutschland von vornherein aus.*“⁶⁵

Als Versuch einer Rechtfertigung für Klagen ohne opt-out-Möglichkeit werden gerne die Fälle *Lithgow*⁶⁶ und *Wendenburg*⁶⁷ in der Literatur angeführt. Der Fall *Lithgow* ist insoweit untypisch, da der Kreis der Betroffenen kraft Gesetzes zusammengefasst und bekannt war, sohin waren die Anspruchsberechtigten auch klar abgrenzbar – im Gegensatz zu den Verbandsklagen

⁵⁸ *Oberhammer* (FN 51), 130.

⁵⁹ *Stadler* (FN 55), 177.

⁶⁰ *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*³ II/2, § 25 ZustG Rz 4.

⁶¹ *Stumvoll*, Gelöste und ungelöste Fragen im inländischen Zustellrecht – Aktuelles, allgemeine Überlegungen und 33 praktische Beispiele, RZ 2014, 78 [87].

⁶² *Schütze*, Die Zustellung US-Amerikanischer Class Actions und die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung US-Amerikanischer Class Action-Urteile und -Vergleiche, in: Festschrift für Konstantinos Kerameus I, 1245 [1249].

⁶³ So z.B. *Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Gruppenklagen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft & den Vereinigten Staaten von Amerika, in: *Gabriel/Pirker-Hörmann* [Hrsg.], Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO? 111 [281].

⁶⁴ BVerfG 30.10.1990, [2 BvR 562/88](#), 1. Leitsatz.

⁶⁵ *Eichholtz*, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutsche Funktionsäquivalente, 230.

⁶⁶ EGMR 8.7.1986, [Bsw 9006/80 u.a.](#)

⁶⁷ EGMR 6.2.2003, Bsw 71630/01 = ÖJZ 2004, 775.

nach dem vorliegenden Entwurf. *Wendenburg* betraf ein Verfahren vor dem BVerfG wegen einer deutschen Gesetzesänderung, mit der die Singularzulassung bei den Oberlandesgerichten abgeschafft wurde.

In den Fällen *Philis*⁶⁸ und *Holy Monasteries*⁶⁹ betonte hingegen der EGMR die Wichtigkeit des rechtlichen Gehörs des einzelnen Rechtsunterworfenen.

Auch *Domej* sieht die Rechtsprechung des EGMR zu *Lithgow* nicht über alle Zweifel erhaben. Ihrer Ansicht nach sollten sich weder der europäische noch ein nationaler Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des kollektiven Rechtsschutzes in Zivilsachen daran orientieren.⁷⁰

Gänzlich überzeugen kann das Urteil *Lithgow* nicht. Schon die Ausführung, nach der durch den Aktionärsvertreter die Interessen jedes einzelnen Aktionärs gewahrt worden wären, dürfte mehr eine Wunschvorstellung sein als der Realität eines derartigen Kollektivverfahrens entsprechen. In den Entscheidungsgründen werden wiederholt Sonderinteressen angeführt, wie etwa die fehlende Berücksichtigung des besonderen Wertes eines großen oder kontrollierenden Aktienanteils.⁷¹ Konfliktieren diese Sonderinteressen mit anderen Interessen, so kann der Aktionärsvertreter gar nicht die Interessen jedes einzelnen dieser betroffenen Aktionäre gleichermaßen wahren. Ist er daher verpflichtet, eine Abwägung vorzunehmen und eine Entscheidung zu Lasten der Interessen eines bestimmten Aktionärs vorzunehmen, so wird dieser belastete Aktionär mit einem Anspruch gegenüber dem Aktionärsvertreter nur dann durchdringen können, wenn nachgewiesen wird, dass der Aktionärsvertreter seine Pflichten gegenüber der Aktionärsgemeinschaft insgesamt verletzt hat. Der Verweis des EGMR auf die Möglichkeit, einen Regress gegenüber dem Aktionärsvertreter geltend zu machen, ist daher als tragbare Begründung für den fehlenden direkten Zugang zu Gericht verfehlt. Vollkommen zu Recht betont *Oberhammer*, dass die Rechtsposition des Aktionärs in diesen Fällen deutlich schwächer ist, da er einen Schadenersatzanspruch, der vom Verschulden des Repräsentanten abhängig ist, durchkämpfen muss. „[Z]um anderen erscheint schon der Gedanke, daß die Rechtsverletzung (dh: der Grundrechtseingriff!) Gehörsentzug dort zulässig wird, wo man für seine Konsequenzen Schadenersatz erhält, von vornherein verkehrt.“⁷²

Wird, so von *Oberhammer*, dem Beklagten ein schutzwürdiges Interesse aberkannt, der gegen opt-out-Verfahren die Verletzung des rechtlichen Gehörs einwendet,⁷³ so betont *Rechberger* richtigerweise, dass bei der Frage des Geltungsgrunds des rechtlichen Gehörs nicht danach zu differenzieren ist, ob sich eine Wirkung für eine Partei positiv oder negativ darstellt. *Rechberger* führt den abgeschwächten Gehör-Standard des US-amerikanischen due process-Verständnisses darauf zurück, dass es um das rechtliche Gehör auf Klägerseite geht und es eine vergleichbare Situation auf der Beklagtenseite, die bei der Gehörsgewährung zuerst im Blickfeld steht, nicht gibt: „Eine ausreichende Rechtfertigung für die Lockerung des Bandes zwischen Gehörsgewährung und Betroffenheit von den Entscheidungswirkungen kann darin aber nicht erblickt werden. ... Damit erweist sich aber die Bindung von „Klassenmitgliedern“, die sich nicht am Verfahren über eine Class Action beteiligten, in diesem unbekannt oder unbenannt geblieben sind und/oder niemals Kenntnis von demselben erlangt haben, an das Verfahrensergebnis aus der Sicht des österreichischen Prozessrechts als unakzeptabel.“⁷⁴ Zwingende

⁶⁸ EGMR 27.8.1991, [Bsw 12750/87 u.a.](#) = ÖJZ 1990, 859.

⁶⁹ EGMR 9.12.1994, [Bsw 13092/87 u.a.](#) = ÖJZ 1995, 428.

⁷⁰ *Domej*, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa? ZP 2012, 421 [439].

⁷¹ EGMR 8.7.1986, [Bsw 9006/80 u.a.](#), Rz 148 ff.

⁷² *Oberhammer*, Die OHG im Zivilprozeß, 66 f.

⁷³ *Oberhammer* (FN 51), 129.

⁷⁴ *Rechberger*, Importware Class Action?, 1831 [1847].

sachlich-rechtliche Gründe, sich bei einem Massenverfahren mit einer Gehörgewährung geringerer Qualität zufriedenzugeben, sind nach *Rechberger* nicht zu sehen.⁷⁵

Stadler sieht nur diejenigen Gruppenklagen als völlig unproblematisch an, bei denen die Gruppenmitglieder entweder aktiv selbst einen Vertreter wählen oder benennen oder sich im Wege einer „opt-in“-Erklärung mit der Prozessführung durch den Gruppenkläger ausdrücklich einverstanden erklären. Sie hat erhebliche Bedenken im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlich verankerten Dispositionsmaxime und dem Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn bei opt-out-Modellen nach Fristablauf für die Austrittserklärung eine Zwangsgemeinschaft mit Rechtskrafterstreckung gebildet wird. Auch sie geht davon aus, dass – bei allen Anstrengungen, eine Benachrichtigung aller Betroffenen zu erreichen – es immer Betroffene geben wird, die von der Gruppenklage keine Kenntnis erlangen und damit gar nicht die Möglichkeit eines opting-out haben.⁷⁶ *„Jedes „opt-out“-Modell muss mit einer durch Fristablauf fingierten Zustimmung arbeiten, die [in] vielen Fällen tatsächlich rein fiktiv sein wird, wenn die Betroffenen etwa trotz zumutbarer Anstrengungen von dem Verfahren und ihrem Austrittsrecht nichts erfahren haben.“*⁷⁷ *„Man wäre daher nicht gut beraten, eine prozessuale Zwangsgemeinschaft zu schaffen, die an eine nahezu fiktive Kenntnissgabe und das Unterlassen einer fristgerechten Erklärung knüpft, wenn es prozessuale Alternativen gibt, die mit den Verfahrensgrundrechten erheblich besser harmonieren.“*⁷⁸

Selbst europäische Staaten, die opt-out-Verfahren kennen, sehen diese in der Regel als Ausnahmen an. So wird auch im dänischen und norwegischen Gruppenverfahren von opt-in ausgegangen, es dem Gericht allerdings unter bestimmten Umständen ermöglicht, davon zugunsten eines opt-out-Verfahrens abzuweichen. Dies etwa dann, wenn aufgrund der geringen individuellen Schadenshöhe mit keinen nennenswerten opt-in-Erklärungen zu rechnen ist. Aber auch in diesen Fällen kann der Mangel einer angemessenen Information der Betroffenen das dänische Gericht dazu veranlassen, ein opt-out-Verfahren gänzlich abzulehnen oder zumindest auf dänische Geschädigte einzuschränken.⁷⁹

Die Materialien zum UK Consumer Rights Act 2015⁸⁰ enthalten keine Ausführungen, weswegen von einem opt-out-Verfahren jene Personen nicht umfasst sind, die keinen (Wohn-)Sitz im Vereinigten Königreich haben. Offensichtlich ist diese Einschränkung weniger eine Konsequenz einer Auseinandersetzung mit der Thematik des rechtlichen Gehörs denn ein Resultat der Bedenken gegen die Konsequenzen einer möglichen Einführung eines Kollektivverfahrens nach amerikanischem Vorbild.⁸¹ Der Schwerpunkt der Missbrauchsabwehr wird in einer behördlichen Kontrolle der Zulässigkeit der Klage gesehen.⁸²

⁷⁵ *Rechberger* (FN 74), 1849.

⁷⁶ *Stadler*, Bündelung von Verbraucherinteressen im Zivilprozeß, in *Brönneke* (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht, 1 [16 f.].

⁷⁷ *Stadler* (FN 63), 282.

⁷⁸ *Stadler* (FN 76), 18.

⁷⁹ *Stadler*, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in Europa, JZ 2009, 121 [128]. Die von *Stadler* vorgenommene und zu Recht kritisierte Einschränkung auf dänische Staatsangehörige ist allerdings aus ihren Ausführungen (s. dort insb. FN 99) nicht zwangsläufig zu entnehmen. Eine Einschränkung auf Personen mit (Wohn-)Sitz in Dänemark scheint auf den ersten Blick nicht ausgeschlossen zu sein.

⁸⁰ S. <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/business-innovation-and-skill/news/on-publ-consumer-rights/>.

⁸¹ *Rodger*, The Consumer Rights Act an Collective Redress for Competition Law Infringements in the UK: A Class Act?, 13 abrufbar unter: https://pure.strath.ac.uk/portal/files/42791943/Rodger_JAE_2015_The_consumer_rights_act_2015_and_collective_redress_for_competition.pdf.

⁸² *Rodger* (FN 81), 14.

Am weitesten eingeschränkt ist das rechtliche Gehör in jenen Verfahren, in denen kraft Gesetzes Anspruchsteller zusammengefasst und durch einen, nicht von den Anspruchstellern bestellten gemeinsamen Vertreter wie etwa einer qualifizierten Einrichtung repräsentiert werden, ohne dass der einzelne Betroffene die Möglichkeit hat, seinen Anspruch individuell zu verfolgen oder am Verfahren selbst unmittelbar als Partei teilzunehmen. Der in der Diskussion mitunter aufgezeigte Ausweg, die Wahrung des rechtlichen Gehörs dadurch sicherzustellen, dass dem einzelnen Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt wird, dem Repräsentanten Weisungen zu erteilen, erweist sich als Sackgasse. In der geschilderten Konstellation wird dem Betroffenen sein persönliches rechtliches Gehör in der Regel dadurch abgeschnitten, dass die Kollektivierung dazu führt, dass der Repräsentant, auch wenn er grundsätzlich Willens wäre, Anweisungen entgegenzunehmen, aufgrund widersprüchlicher Anliegen und Weisungen faktisch gar nicht in der Lage ist, allen Weisungen vollumfänglich nachzukommen. Erst recht steht der Repräsentant vor einer besonderen Herausforderung, wenn er nicht weiß, wen er repräsentiert, und daher auch gar nicht wissen kann, ob seine Interessen mit denen des Repräsentierten ident sind. Nach dem Entwurf ist eine qualifizierte Einrichtung allerdings gar nicht gezwungen, auf allfällige Einwände zu reagieren. Sie kann das Verfahren vollkommen autonom und ohne jedwede Rücksichtnahme führen.

Insgesamt wird deutlich, dass die persönliche Verständigung aller (potentiell) von den Rechtswirkungen des Verfahrens Betroffenen von der Einleitung und dem Fortgang des Verfahrens im Hinblick auf Art. 6 EMRK notwendig ist, um ihnen damit die Möglichkeit zu eröffnen, ihr rechtliches Gehör zu wahren. Öffentliche Bekanntmachungen an Unbekannte erfüllen diese Voraussetzungen nicht. Dies betrifft auch Bagatellschäden - vor allem deshalb, da die rationale Apathie als Begründung für derartige opt-out-Instrumente keinesfalls schwerer wiegt als die Einhaltung wesentlicher, grundrechtlich garantierter Verfahrensrechte. *„Im Ergebnis ist für die konkret betroffenen Geschädigten nichts gewonnen, wenn es nicht gelingt, den vom Beklagten geleisteten Schadensersatz auch unter ihnen zu verteilen.“*⁸³ Die Zurückhaltung, die in der europäischen Diskussion opt-out-Verfahren entgegengebracht wird, ist nachvollziehbar und gerechtfertigt.

Der Gehörsanspruch lässt sich auch nicht durch andere verfahrensrechtliche Mechanismen substituieren.⁸⁴

Entgegen den Ausführungen der Richtlinie (insb. Erwägungsgrund 42) steht die Richtlinie keineswegs im Einklang mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, da sie Verbandsklageverfahren zulässt, mit denen Ansprüche der einzelnen betroffenen Verbraucher verfolgt werden sollen, ohne dass ein Mandat der einzelnen betroffenen Verbraucher nicht zwingende Verfahrensvoraussetzung ist.

Werden direkt oder indirekt Ansprüche einzelner betroffener Verbraucher durch eine Verbandsklage geltend gemacht, so fordern wir daher ein zwingendes opt-in-Verfahren. Diese opt-in-Verfahren sind zudem so auszugestalten, dass den Betroffenen ausreichend rechtliches Gehör gewährleistet wird. Zwar ist der einzelne Betroffene nicht verpflichtet, das ihm eingeräumte rechtliche Gehör wahrzunehmen, als verfassungsrechtlich gewährleistetetes Recht ist dieses rechtliche Gehör allerdings auch nicht vorweg pauschal disponibel.

⁸³ Stadler, Wider die Mär von der europäischen class action, VuR 2011, 79.

⁸⁴ Auernig, Neue Wege bei der Beurteilung von Gehörsverstößen im Schiedsverfahren, JBl 2018, 221 [224].

- Dispositionsmaxime

Die Formulierung, nach der es den Mitgliedstaaten frei steht, das Mandat der einzelnen betroffenen Verbraucher zu verlangen, ist, wie bereits ausgeführt, auch aus grundrechtlichen Überlegungen nachdrücklich abzulehnen. Denn diese Formulierung bedeutet, dass in diesen Fällen einer Verbandsklage ein Mandat des einzelnen betroffenen Verbrauchers nicht als zwingend erforderlich angesehen wird.

Eine solche Verbandsklage ohne Mandat verletzt auch die grundrechtlich geschützte Dispositionsfreiheit desjenigen Verbrauchers, dessen Anspruch mit der Verbandsklage verfolgt wird.

In der Diskussion über kollektive Rechtsverfolgung wird unmittelbar mit der Fragestellung des rechtlichen Gehörs der Dispositionsgrundsatz thematisiert. Eigentum bedeutet auch, jeden anderen von der unberechtigten Nutzung dieses Eigentums ausschließen zu dürfen. Art. 1 1. ZP EMRK schützt auch den Eigentümer in der Ausübung der mit dem Eigentum verbundenen Rechte.^{85, 86} Wesentlicher Teil des Eigentums ist das Recht, darüber zu disponieren,⁸⁷ so auch, zu entscheiden, (allenfalls auch als Beteiligter in einem opt-in-Verfahren) zu klagen - oder eben von einer Klage Abstand zu nehmen.⁸⁸ Diese Entscheidungsfreiheit führt sohin dazu, dass grundsätzlich keinerlei rechtliche Verpflichtung Dritten gegenüber besteht, den eigenen Anspruch durch diese Dritten gerichtlich verfolgen lassen zu müssen.

Die Dispositionsmaxime ist das prozessuale Korrelat der materiellrechtlichen Verfügungsfreiheit und damit der Privatautonomie.⁸⁹

Im Wesentlichen ist es unbestritten, dass aus opt-out-Verfahren eine Einschränkung der Dispositionsmaxime resultiert, die nicht nur die Erhebung der Klage, sondern auch das weitere Verfahren betrifft. Wirtschaftlich betrachtet wird der geltend gemachte Anspruch des Einzelnen allgemein in einem opt-out-Verfahren verfolgt. An die Stelle des direkten Anspruchs gegenüber dem Beklagten tritt ein Anspruch gegenüber dem unmittelbaren Kläger. Dies vermag allerdings diesen Eingriff in die Dispositionsfreiheit nicht rechtfertigen, da der Einzelne materiellrechtlich nicht ohne weiteres ohne seine Zustimmung einen Wechsel seines Schuldners zu akzeptieren hat. Zudem hat er prozessrechtlich in einem opt-out-Verfahren kaum die Möglichkeit, auf das Verfahren entscheidenden Einfluss zu nehmen. Die Möglichkeiten, die ein Kläger in einem Einzelverfahren hat, stehen in einem Kollektivverfahren in der Regel dem Gruppenvertreter zu. Häufig entscheidet er selbst „privat“ darüber, ob überhaupt ein Kollektivverfahren eingeleitet wird. Er entscheidet „privat“ z.B. darüber, ob ein Vergleich geschlossen wird, ob der Anspruch zurückgenommen wird oder ob etwa gegen eine klagsabweisende Entscheidung ein Rechtsmittel erhoben wird. Es ist somit nicht der Anspruchsinhaber, der über den Anspruch disponiert, sondern der Gruppenkläger. Es ist sohin keineswegs gesichert, dass der Einzelne als Ergebnis des kollektiven Verfahrens dasselbe erhält, das er erhalten hätte, wäre ihm die Möglichkeit der Einzelverfolgung seines Anspruchs verblieben. Darüber hinaus verliert er durch das opt-out-Verfahren die Möglichkeit, selbst in einem Einzelverfahren seinen Anspruch zu verfolgen, insoweit er von diesem nicht verständigt wird und sohin gar keine Möglichkeit hat, von seinem opt-out-Recht Gebrauch zu machen.

⁸⁵ Peukert in Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention³, Art. 1 1. ZP Rz 9.

⁸⁶ Art. 17 GRC entspricht Art. 1 1. ZP EMRK [Blauensteiner/Hanslik in Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), GRC-Kommentar, Art. 17 Einl.].

⁸⁷ EGMR 13.6.1979, *Marckx vs. Belgium*, Bsw 6833/74, Rz 63.

⁸⁸ Williams, Due Process, Class Action Opt Outs, and the Right not to Sue, C. L. Rev. Vol. 115 No. 3 (April 2015) 599 [623].

⁸⁹ Stürner, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, in: Grunsky/Stürner/Walter/Wolf (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, 647 [650].

Mit Blick auf den Dispositionsgrundsatz sieht *Stadler* mit deutlicher Zurückhaltung zur Entscheidung des EGMR i.S. *Lithgow*⁹⁰ zum einen gerichtliche Zwangsverfahren ohne Ausstiegsmöglichkeit als grundsätzlich unzulässig an.⁹¹ Zum anderen qualifiziert sie die Eingriffsqualität für opt-out-Verfahren dort noch deutlich, wo der Betroffene von seinem Austrittsrechts gar nichts erfährt. Wird die Rechtskraft einer klagsabweisenden Entscheidung eines opt-out-Verfahrens auf Personen erstreckt, die von der Klage tatsächlich keine Kenntnis haben, so verstößt dies gegen die verfassungsrechtlich verankerte Dispositionsmaxime.⁹²

Die Erfahrungen zeigen, dass Kollektivverfahren sehr häufig nicht mit einem Gerichtsurteil, sondern mit einem Vergleich zwischen den Parteien, der allenfalls auch gerichtlich zu genehmigen ist, beendet werden. Richtigerweise weist *Stadler* darauf hin, dass nicht nur in den Fällen einer rechtskräftigen Klagsabweisung, sondern auch in diesen Vergleichsfällen Gruppenmitglieder in opt-out-Verfahren mit Anspruchskürzungen konfrontiert sind – bis hin zum Anspruchsverlust. Eine gerichtliche Genehmigung kann nach ihr die fehlende Parteiendisposition nur unzureichend ersetzen. *Stadler* ist es auch, die auf ein weiteres Problem in diesem Zusammenhang hinweist: Eine endgültig bedenkliche Fiktion hinsichtlich des Einverständnisses mit der Prozessführung im opt-out-Verfahren ist dort gegeben, wo die Betroffenen sich von einer allfälligen Verständigung gar nicht angesprochen fühlen können, weil sie vom Schaden keinerlei Kenntnis haben bzw. noch mehr, wenn deren Schaden erst in Zukunft eintritt.⁹³

Kodek sieht die Bedenken zum Dispositionsgrundsatz als noch stärker an als die zum rechtlichen Gehör. *„Die stärksten Bedenken gegen ein opt-out Modell nach amerikanischem Vorbild ergeben sich mE daraus, dass es hier nicht nur zu einer Bindung aller Gruppenmitglieder an das Ergebnis des Verfahrens kommt, sondern dass auch ohne jede Eigeninitiative der Mitglieder ihre jeweiligen individuellen Ansprüche geprüft werden, dass also der zivilprozessuale Dispositionsgrundsatz ausgehöhlt wird. Dies bedeutet einen erheblichen Wertungswiderspruch zu sonstigen Formen der Rechtsdurchsetzung im (streitigen und außerstreitigen) Zivilverfahren sowie im Exekutions- und Insolvenzverfahren.“*⁹⁴ Diese Bedenken betreffen nach *Kodek* auch den Gesichtspunkt, dass in einem solchen Verfahren der Partei, die nicht von den Wirkungen des Verfahrens erfasst werden will, prozessuale Handlungslasten zugewiesen werden.⁹⁵

Stürner differenziert zwischen einzelnen Elementen der Parteiendisposition. *„Die freie Parteientscheidung über die Verfahrenseinleitung ist sicherlich insoweit verfassungsrechtlich geboten, als die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes die freie Entscheidung für ein Verfahren mitumfaßt und Art. 2 I GG eine Verpflichtung zur aktiven Prozeßführung ausschließt. ... Hingegen müssen die subjektiven Rechte des Rechtsinhabers in jedem Falle soweit unbetroffen bleiben, als der Rechtsinhaber allein über ihre Verfolgung entscheidet und durch Verfahren zur Wahrung objektiven Rechts keinerlei Präjudizwirkung gegen den Willen des Berechtigten entsteht - ganz unabhängig vom Problem des rechtlichen Gehörs.“*⁹⁶ Mit Verweis auf

⁹⁰ S. FN 66.

⁹¹ *Stadler* (FN 54), 577.

⁹² *Stadler* (FN 55), 176. Nicht schlüssig ist allerdings die Einschränkung dahingehend, dass die Dispositionsmaxime nur im Falle der Klagsabweisung als verletzt angesehen wird. Die Auswirkungen der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze, die bis zur Nichtigkeit des Verfahrens führen können, sind nicht vom Ergebnis des Verfahrens abhängig zu machen.

⁹³ *Stadler*, Rechtspolitischer Ausblick zum kollektiven Rechtsschutz, in: *Meller Hannich (Hrsg.)*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 93 [111 f.].

⁹⁴ *Kodek*, Kollektiver Rechtsschutz in Europa – Diskussionsstand und Perspektiven, in: *Blocher/Gelter/Pucher (Hrsg.)*, Festschrift Christian Nowotny Zum 65. Geburtstag, 127 [144].

⁹⁵ *Kodek*, Kollektiver Rechtsschutz gegen Diskriminierung im Arbeits- und Wirtschaftsrecht – Rechtsvergleichende und rechtspolitische Tendenzen, in *Gottwald (Hrsg.)*, Europäisches Insolvenzrecht – Kollektiver Rechtsschutz, 249 [289].

⁹⁶ *Stürner* (FN 89) 651 f.

Stürner betont *Scholz*, dass kollektiv-rechtliche Klageinstitute, die ohne individual-rechtliche Legitimation etwa Rechtskrafterstreckungen auf bestimmte „Gruppenmitglieder“ verfügen würden, eindeutig verfassungswidrig sind.⁹⁷

Nun wird, wie bereits dargelegt, mitunter eingewandt, dass dieser Schutz des Eigentums durch die Dispositionsmaxime an der Realität vorbeigeht, in der aufgrund der bekannten rationalen Apathie nicht damit zu rechnen ist, dass Mitglieder einer Gruppe von ihrem opt-out-Recht Gebrauch machen, was vor allem dann der Fall sein soll, wenn der Anspruch des Einzelnen besonders gering ist. Denn der Aufwand für das opt-out lohnt sich in diesen Fällen nicht und steht vor allem in keinem Verhältnis zu dem möglicherweise eintretenden Verlust des so wieso geringen Einzelanspruchs.

Ganz abgesehen davon, dass derartige Argumentationslinien dort mit Vorsicht zu behandeln sind, wo damit die Zulässigkeit von Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen suggeriert wird, finden sich durchaus Beispiele, in denen – aus welchen Gründen auch immer – sehr wohl auch bei geringwertigen Ansprüchen eine maßgebliche Anzahl von opt-out-Erklärungen erfolgen.⁹⁸ Soll die Verständigungspflicht gegenüber den unbekanntem Betroffenen nicht zu einem bloßen Placebo verkommen, wird vom verständigten Betroffenen erwartet, sich intensiv mit dem Verständigungsinhalt auseinanderzusetzen und allenfalls ergänzende Informationen einzuholen, um auf dieser Grundlage allenfalls die Entscheidung zu treffen, aktiv von seinem opt-out-Recht Gebrauch zu machen. Auch aufgrund dieser tiefgreifenden Konsequenzen, die bis zum ersatzlosen vollständigen Verlust eines Anspruchs reichen können, ist ein opt-out-Verfahren mit der Dispositionsmaxime nicht vereinbar. In diesen Fällen hilft es auch nicht, dem Betroffenen im Nachhinein eine opt-out-Möglichkeit einzuräumen, wenn dieser nachweist, nicht verständigt worden zu sein – denn „negativa non sunt probanda“!

Den Befürwortern von opt-out-Mechanismen und damit der mehr oder weniger weiten Verletzungen grundrechtlich garantierter Rechte muss deutlich entgegengehalten werden, dass derartige Verletzungen nicht ohne größeren Schaden für das Prozessrecht in seiner Gesamtheit verlaufen. Derartige Verletzungen ergebnisabhängig zu beurteilen, ist Unsinn. Verfahrensrecht ist neutral und ausgewogen auszugestalten.

Wie bereits ausgeführt, steht – entgegen den Ausführungen der Richtlinie (insb. Erwägungsgrund 42) – die Richtlinie keineswegs im Einklang mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, da sie Verbandsklageverfahren zulässt, mit denen die Dispositionsfreiheit des einzelnen betroffenen Verbrauchers verletzt wird.

Werden direkt oder indirekt Ansprüche einzelner betroffener Verbraucher durch eine Verbandsklage geltend gemacht, so fordern wir daher ein zwingendes opt-in-Verfahren. Diese opt-in-Verfahren sind zudem so auszugestalten, dass den Betroffenen ausreichend Möglichkeiten gegeben werden, von ihrem Dispositionsrecht Gebrauch zu machen.

⁹⁷ *Scholz*, Individualer oder kollektiver Rechtsschutz? Zum Verfassungsproblem der Zulassung von Sammel-, Gruppen- und Verbandsklagen, ZG 2003, 248 [258 m.w.N.].

⁹⁸ S. etwa die von *Williams* dargestellten Fälle {*Williams*, Due Process, Class Action Opt Outs, and the Right not to Sue, C. L. Rev. Vol. 115 No. 3 (April 2015) 599 [632 f.]}

- konkurrierende Verfahren

Will ein Verfahren bzw. dessen Ausgang für sich in Anspruch nehmen, Rechtswirkungen für alle auszulösen, so ist zwangsläufig die Herausforderung gegeben, wie mit Sachverhalten umzugehen ist, die mit diesem Universalanspruch kollidieren. Zu US-class actions wird berichtet, dass oft mehrere in einer Sache von den selben Kanzleien eingebracht werden, um den Vergleichsdruck ohne nennenswerte eigenen Mehraufwand beträchtlich zu erhöhen. Mehrere class actions unterschiedlicher Kanzleien sollen hingegen die Position des Beklagten stärken, da die Gerichte nur jenen Anwälten Kosten zusprechen, die die verglichene Klage eingereicht haben.⁹⁹

Sind eine Vielzahl qualifizierter Einrichtungen aus eigenem, materiellem Recht befugt, eine Verbandsklage einzubringen, wäre dieses Thema zu lösen. Der Richtlinienentwurf schweigt zu diesem Thema vollkommen. Eine allfällige Sperrwirkung gegenüber nachfolgenden Verbandsklageverfahren ist nicht unkritisch.

- Vereinfachung der Prozessführung

Auffallend ist, dass Verbandsklagen offensichtlich schon dann zulässig sein sollen, wenn damit Ansprüche von zumindest zwei Verbrauchern geltend gemacht werden sollen (s. unsere Ausführungen zu Art. 1 Z 3).

Die Europäische Kommission sieht in ihren Begriffsbestimmungen ein Massenschadensereignis schon dann als gegeben an, wenn mehr als eine Person¹⁰⁰ geltend macht, durch dasselbe rechtswidrige Verhalten oder durch ähnliche rechtswidrige Verhaltensweisen geschädigt worden zu sein,¹⁰¹ und ein Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes u. a. dann, wenn mehr als eine Person gemeinsam Schadenersatz aufgrund eines Massenschadensereignisses verlangt.¹⁰²

Stadler sieht in diesen Begriffsbestimmungen der Kommission keinesfalls eine Definition eines Massenschadens, „sonst wäre fortan auch der Verkehrsunfall mit zwei Verletzten ein „Massenschadensereignis“ - eine nachgerade lächerliche Vorstellung. ... Zwei Kläger sind jedoch kein Indiz für ein Massenphänomen.“¹⁰³ *Stadler* wird es zwar nicht so gemeint haben, aber es ist in der Tat lächerlich, dass die Kommission - nach wörtlicher Interpretation - davon ausgeht, dass auch solche Fällen Massenschadenereignisse sind - mit all den daraus resultierenden Folgen. Auch für *Karner* ist diese untere Grenze von mindestens zwei Personen etwas eigentümlich.¹⁰⁴

Es ist augenscheinlich, dass eine derartige Konstellation nicht ein berechtigtes auslösendes Moment für eine Verbandsklage sein kann. Solche Konstrukte führen weder zu einer wesentlichen Verfahrensbeschleunigung, noch zu einer Verfahrensvereinfachung, geschweige denn zu einer namhaften Kostenreduktion.

⁹⁹ *Eichholtz*, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutsche Funktionsäquivalente, 123 f.

¹⁰⁰ „bei dem zwei oder mehr als zwei natürliche oder juristische Personen“.

¹⁰¹ Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013 Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (2013/396/EU), ABl. Nr. L 201 v. 26.7.2013, S. 60, Empfehlung 3 lit. b.

¹⁰² Empfehlung 3 lit. a.

¹⁰³ *Stadler*, Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa - der Abschied von einem kohärenten europäischen Lösungsansatz? GPR 2013, 281 [286].

¹⁰⁴ *Karner*, Massenschäden und Verbraucherschutz, in *Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme (Hrsg.)*, Im Namen der Verbraucher? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa, 165 [170].

Auch im Hinblick auf das zwingende Erfordernis, derartige Verfahren als opt-in-Verfahren auszugestalten, sind aus unserer Sicht jedenfalls Parameter einzuführen, die für Verbandsklagen nach Art. 6 diesen genannten Voraussetzungen Genüge tun. Dies betrifft etwa das Erfordernis einer erheblichen von Mandaten wie auch von maßgeblichen Streitsummen. Zudem wird es notwendig sein, dass das Verfahren die gleichen Sach- und Rechtsfragen betreffen (eine derartige Voraussetzung klingt in Art. 6 Abs. 3 lit. a an).

- Abhilfemaßnahmen sind auf die betroffenen Verbraucher zu richten

Angemerkt werden darf, dass nach Abs. 3 lit. a die Abhilfemaßnahmen auf die betroffenen Verbraucher zu richten sind. Dieses Erfordernis wird allerdings in Abs. 1 nicht erwähnt. Die Diskrepanz dürfte nicht gerechtfertigt sein. Nachvollziehbare Erklärungen dafür fehlen.

- Abs. 2

Die grundrechtlichen Bedenken, die wir bereits ausführlich zu Abs. 1 dargelegt haben, treffen vollinhaltlich auch auf Abs. 2 zu.

Sind die betroffenen Verbraucher auch aufgrund grundrechtlicher Notwendigkeiten zumindest indirekt am Verfahren zu beteiligen, so sind deren Ansprüche nach den allgemein geltenden Grundsätzen im Verfahren zu beurteilen. Ist sohin über einen individuellen Schaden der Höhe nach zu entscheiden („Quantifizierung“), so hat dies über einen entsprechenden Antrag in einem derartigen Verfahren zu erfolgen. Ganz abgesehen davon, dass Abs. 2 vollkommen unbestimmte Gesetzesbegriffe enthält („in hinreichend begründeten Fällen“, „aufgrund der Natur des individuellen Schadens“, „die Quantifizierung der individuellen Ansprüche komplex gestaltet“), wird das Abschieben der Entscheidung auf Einzelverfahren an der allenfalls vorhandenen Komplexität der Quantifizierung der individuellen Ansprüche nichts ändern. Auch für die konkrete Feststellung einer Haftung dem Grunde nach ist es unerlässlich, wem gegenüber ein derartiger Haftungsbeschluss gilt. Die Haftung auch dem Grunde nach muss keineswegs gegenüber allen betroffenen Verbrauchern in gleicher Weise bestehen! Ungeachtet dieses grundlegenden Einwands müsste zumindest klargelegt werden, dass ein solcher Abhilfebeschluss auch dahingehend ergehen könnte, dass eine Haftung des Unternehmers gegenüber den Verbrauchern schon dem Grunde nach nicht besteht.

Das führt allerdings schon zum nächsten Problemkreis: Warum sollen qualifizierte Einrichtungen befugt sein, derartige Klagen einzubringen, das betroffene Unternehmen jedoch nicht das Recht haben, ebenso reziprok vorzugehen. Z.B. mit einer Feststellungsklage gegenüber einer qualifizierten Einrichtung, dass eine Haftung schon dem Grunde nach nicht besteht - mit Wirkung gegen alle (im Einzelnen unbekannt) Verbraucher?

- Abs. 3 lit. a

Während Abs. 2 abweichende Regelungen zu Abs. 1 enthält, sollen durch Abs. 3 wiederum abweichende Regelungen zu Abs. 2 erfolgen. Die Regelungshierarchie ist damit vollkommen unklar.

Nach lit. a ist ein Feststellungsschluss zur Haftung unzulässig, wenn der betroffene Verbraucher identifizierbar ist. Wie bereits ausgeführt, ist nicht auf die Identifizierbarkeit abzustel-

len, sondern darauf, dass die qualifizierte Einrichtung über ein entsprechendes Mandat verfügt, d.h., dass der Verbraucher identifiziert ist - und dies nicht nur für die qualifizierte Einrichtung, sondern auch für das Gericht und die beklagte Partei.

Warum zwischen Praktik und Kauf als Schadensverursachung differenziert wird, ist unklar.

- Abs. 3 lit. b

Ein weiterer, rechtspolitisch sehr umstrittener Punkt ist derjenige, der in lit. b angesprochen wird, nämlich die Frage, wie mit Streu- bzw. Bagatellschäden umgegangen werden soll.

Die Regelung betrifft die *de minimis*-Verfahren, in denen auf einen konkreten Verbraucher kein nennenswerter Betrag entfällt. Dass in diesen Fällen eine Zahlung des Unternehmers für einen öffentlichen Zweck vorgesehen wird, führt zu „punitive damages“, die bislang in der österreichischen Rechtsordnung zu Recht nicht vorgesehen waren, und die in keiner Relation zur Rechtswidrigkeit der verfolgten Praktik stehen werden.

Die Kommission drückt sich in ihrem Entwurf wohl sehr bewusst darum herum festzuschreiben, was unter einem „geringfügigen Verlust“ zu verstehen ist. Eine solche Festlegung ist allerdings notwendig, um den Anwendungsbereich der Ausnahme des Abs. 2 klar zu determinieren.

Die Notwendigkeit kollektiver Rechtsverfolgungsinstrumente wird in diesem Bereich damit begründet, dass diese vor allem notwendig sind, wo geringfügige Schäden vieler Betroffener nicht geltend gemacht würden und damit die Gefahr bestünde, dass der Schädiger diese Situation systematisch dazu verwende, mit der Vielzahl der an sich geringfügigen Schäden beachtliche Gewinne durch sein rechtswidriges Verhalten zu generieren. Gerne genanntes Beispiel ist das der Füllmengenunterschreitung, mit der der Hersteller einen im Einzelnen geringfügigen, in Summe jedoch erheblichen Profit dadurch erlangt, dass er die Ware mit einem geringeren Volumen verkauft, als dies der Angabe auf der Ware entspricht („Mogelpackungen“).

Auch aus diesen Perspektiven heraus wird versucht, eine Typisierung derartiger Schäden zu erreichen. So werden etwa Begriffe wie Massenschäden, Großschäden, Streuschäden, Serienschäden und Bagatellschäden verwendet, ohne dass einheitliche Begriffsverständnisse und Abgrenzungen gegeben sind.

Haß sieht die Eigentümlichkeit von Bagatellschäden darin, dass die Prozesskosten den Einzelstreitwert um ein Vielfaches übersteigen. Ein Schaden sollte seiner Ansicht nach nur dann als Bagatellschaden bezeichnet werden, wenn er eine bestimmte Streitwertgrenze nicht überschreitet. Diese Grenze sei dort anzusetzen, wo ein Gerichtsverfahren aus ökonomischer Sicht nicht effizient ist, d.h. die Kosten in jedem Fall - auch bei Verfahren ohne umfangreiche Beweisaufnahme und Vorbereitung - den Streitwert übersteigen.¹⁰⁵ Dieser Versuch einer Systematisierung scheitert. Eine Unsicherheit zeigt sich schon darin, dass er einerseits auf ein Vielfaches (welches auch immer) des Einzelstreitwerts abstellt, konkret allerdings als Grenze den Streitwert selbst ansieht. Eine ökonomische Betrachtung muss nicht nur die eigenen, im Ob-siegefall allenfalls zumindest teilweise erstattungsfähigen Prozesskosten, sondern alle eigenen, nicht erstattungsfähigen Kosten sowie die allenfalls dem Prozessgegner zu ersetzenden Prozesskosten berücksichtigen. Es ist offensichtlich, dass der Abgrenzungsversuch *Haß*' nicht

¹⁰⁵ *Haß*, Die Gruppenklage - Wege zur prozessualen Bewältigung von Massenschäden, 12.

unmaßgebliche Bereiche der streitigen Gerichtsverfahren der Amts- bzw. Bezirksgerichte be-
trifft, die vielfach allgemein keineswegs als Bagatellen empfunden werden.

Janssen weist darauf hin, dass die rationale Apathie kein Ausschließlichkeitskriterium für
Streuschäden ist. Auch bei Massenschäden ist diese zu beobachten, wenn etwa erhebliche
Schäden, wie oftmals bei Körper- und Sachschäden, durch Sozialversicherungen abgedeckt
werden.¹⁰⁶ Mangelndes Interesse ist nicht gleichzusetzen mit verwehrtem Zugang zu Gericht.

Stadler verwendet die Ausdrücke Streuschäden und Bagatellschäden synonym als solche, bei
denen auf Seite der Geschädigten ein jeweils so geringer Schaden entsteht, dass das individu-
elle Klageinteresse des einzelnen bei Abwägen aller Risiken meist hintangestellt wird.¹⁰⁷ Sie
sieht für jede Form von Bündelungsmodellen es als unabdingbar an, dass zwischen Bagatell-
und Großschäden differenziert wird.¹⁰⁸ Einerseits sieht sie als grobe Orientierung eine
Schwelle von 100 Euro als gut vertretbar an,¹⁰⁹ andererseits will sie allerdings eine betragsmä-
ßige Festlegung einer Bagatellgrenze vermeiden.¹¹⁰

Nach einer Studie aus dem Jahr 2003/2004 im Auftrag der Europäischen Kommission¹¹¹ sind
die Bürger der Union eher bereit, für einen Betrag von 500 oder 1.000 Euro vor Gericht zu ge-
hen als für geringere Beträge. 18 % der Befragten gaben eine dieser beiden Antworten. 11 %
erklärten, für 200 oder für weniger als 100 Euro vor Gericht gehen zu wollen, 7 % für 100
Euro. Überhaupt nicht vor Gericht gehen wollen 16 %.¹¹²

Nach einer weiteren Studie, ebenfalls im Auftrag der Europäischen Kommission, liegt die be-
tragliche Schwelle, ab der Konsumenten sich bei Unternehmen beschweren, in den westeuro-
päischen Mitgliedstaaten der Union bei ca. 100 Euro.¹¹³ Die Schwelle, letztendlich vor Gericht
zu gehen, ist wesentlich höher - vor allem aufgrund der Kostenfolgen.¹¹⁴

Die obere Schwelle einer (noch) geringfügigen Forderung wurde bei der Verordnung zur Ein-
führung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen mit 2.000 Euro festge-
legt.¹¹⁵ Kartellbedingte Streuschäden des jeweiligen Verbrauchers werden sich regelmäßig im
Bereich von Cents oder wenigen Euros bewegen.¹¹⁶ In ihrem Gesetzesvorschlag legen *Mick-
litz/Stadler* die Bagatellgrenze für eine Abschöpfungsklage mit 25 Euro Schaden im Einzelfall
fest,¹¹⁷ während sie früher noch großzügiger von einer Bandbreite zwischen 25 und 75 Euro
ausgegangen sind.¹¹⁸ Das deutsche Statistische Bundesamt sieht die Grenze eines Bagatellver-

¹⁰⁶ *Janssen*, Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? in: *Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.)*, Auf dem Weg zu
einer europäischen Sammelklage? 3 [6].

¹⁰⁷ Etwa *Stadler*, Musterverbandsklagen nach künftigem deutschen Recht, in *Gottwald/Roth (Hrsg.)*, Festschrift für Ekkehard
Schumann zum 70. Geburtstag, 465 [468].

¹⁰⁸ *Stadler*, Gruppen- und Verbandsklagen auf dem Vormarsch, in *Bachmann u.a. (Hrsg.)*, Grenzüberschreitungen - Beiträge zum
Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, 940
[954].

¹⁰⁹ *Stadler* (FN 54), 575.

¹¹⁰ Vgl. *Stadler*, Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz, ZfPW 2015, 61 [81].

¹¹¹ [Die Bürger der Europäischen Union und der Zugang zur Justiz](#) (Spezial-Eurobarometer) (2004).

¹¹² Studie (FN 111), 28 f.

¹¹³ [Consumer Redress in the European Union: Consumer Experiences, Perceptions and Choices](#) (2009), 91.

¹¹⁴ Studie (FN 113), 42.

¹¹⁵ Art. 2 der [Verordnung \(EG\) Nr. 861/2007](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines
europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. L 199 vom 31.7.2007, S. 1.

¹¹⁶ *Kredel/Brückner*, Sammelklagen - das richtige Instrument für den Umgang mit kartellrechtlichen (Streu-)Schäden?
BB 2015, 2947 [2948 m.w.N.].

¹¹⁷ § 25 des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung von Verbands-, Muster- und Gruppenklagen als Teil ihres Gutachtens „Das
Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft“ Bd 1, 1429.

¹¹⁸ *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung: Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadenersatzanspruches
im UWG, 34.

fahrens bei einem Streitwert von 300 Euro. 18 % der erledigten amtsgerichtlichen Zivilprozesse betreffen derartige Bagatellangelegenheiten.¹¹⁹ Ein derartiges Bagatellverfahren mit einem Streitwert von 300 Euro führt nach deutschem Prozesskostenrecht zu Prozesskosten erster Instanz in Summe von 420,36 Euro. Das dürfte der niedrigste mögliche Wert sein, da er selbst bei einem Streitwert von 1 Euro anfällt.¹²⁰ Daher ist der Ansatz *Fechners*, die Bagatellgrenze bei 50 bis 100 Euro anzusetzen, da darunter die Kosten des Verfahrens – auch ohne umfangreiche Beweisaufnahme und Vorbereitung – den Streitwert übersteigen, unschlüssig.¹²¹ *Shapiro* zieht die Grenze für „small claims“ bei 100 US-Dollar.¹²² Das dänische Justizministerium geht von einer Grenze bei ca. 1.200 Euro aus.¹²³ *Caponi/Nowak* stellen die Frage, ob nicht denn auch ein Anspruch in Höhe von 20.000 Euro als „small claim“ angesehen werden sollte.¹²⁴ Weder die Grenze der genannten Verordnung von 2.000 Euro, noch die betragliche Grenze des § 273 Abs. 2 ZPO¹²⁵ von 1.000 Euro, noch die des § 495a dt. ZPO¹²⁶ von 600 Euro ist geeignet, als Bagatellschwelle herangezogen zu werden. Evident ist der Umstand, dass alle diese Grenzen, falls sie zu einer prozessrechtlichen „Sonderbehandlung“ führen sollen, nicht auf den tatsächlichen Schaden, sondern der Höhe nach auf den geltend gemachten Anspruch abstellen müssen. Eine rechtskräftige gerichtliche Feststellung der Schadenshöhe, die in aller Regel erst relativ spät im Prozess erfolgt, kann nicht ausschlaggebend sein, da ansonsten das bis dahin abgeführte Verfahren fehlerhaft gewesen sein könnte.

Ganz abgesehen davon, dass sich Streuschäden nicht betragsmäßig definieren lassen, sondern allenfalls die obere Grenze dessen, was noch als Streuschaden gilt, einer gesetzgeberischen Entscheidung bedürfte, ist es nicht ausgeschlossen, dass auch Streuschäden effektiv geltend gemacht werden, insb. durch opt-in-Verfahren oder individuelle Verfahren mit Rechtsschutzversicherungsdeckung.¹²⁷ Der individuelle Zugang zu einem gerichtlichen Verfahren ist auch für die Geltendmachung von Streuschäden gegeben. Der Justizgewährleistungsanspruch bedeutet zum einen keineswegs, dass ein Untätigsein eines potentiellen Anspruchsinhabers notwendigerweise das Recht eines anderen Anspruchstellers auslöst, auch den Anspruch des Untätigen mitverfolgen zu dürfen bzw. zu müssen, noch kann der Justizgewährleistungsanspruch als Begründung für die Zulässigkeit von opt-out-Verfahren wegen des verhältnismäßig hohen Kostenrisikos bei der Verfolgung von Ansprüchen aus Streuschäden herhalten.¹²⁸ Oder wäre davon auszugehen, dass der Justizgewährleistungsanspruch in all jenen Fällen verletzt werden würde, in denen die Verfahrenskosten höher sind als der geltend gemachte Anspruch? Wäre dem so, so würden wir uns (auch) in Bereichen bewegen, die weit über dem liegen, was als Bagatelle bezeichnet werden kann. Zweifellos ist es zu kritisieren, dass die Einnahmen der ös-

¹¹⁹ Statistisches Bundesamt, Justiz auf einen Blick 2015, 44 f. Der mittlere Streitwert in amtsgerichtlichen Zivilprozessen liegt bei 1.078 Euro (Statistisches Bundesamt, Justiz auf einen Blick 2015, 46) (bei einer streitwertabhängigen Zuständigkeit bis inkl. 5.000 Euro).

¹²⁰ Berechnet nach dem DAV-Prozesskostenrechner (s. <https://anwaltverein.de/de/service/prozesskostenrechner>) (Stand: 31.10.2017).

¹²¹ *Fechner*, Schutzlücken im System effektiven Rechtsschutzes bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen, 35, mit Verweis auf die Begründung *Haß* (FN 105), 12.

¹²² *Shapiro*, Class Actions: The Class as Party and Client, Notre Dame L. R. vol 73:4 (1998), 913 [924].

¹²³ Zitiert nach *Stadler*, Die grenzüberschreitende Durchsetzbarkeit von Sammelklagen, in: *Casper u.a. [Hrsg.]*, Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage, 149 [166 FN 45].

¹²⁴ *Caponi/Nowak*, Access to Justice, in *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law (Hrsg.)*, An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law, 117.

¹²⁵ Die es dem Richter ermöglicht, unter bestimmten Umständen über Bestand und Höhe einer geltend gemachten Forderung nach freier Überzeugung zu entscheiden.

¹²⁶ „Das Gericht kann sein Verfahren nach billigem Ermessen bestimmen, wenn der Streitwert 600 Euro nicht übersteigt. Auf Antrag muss mündlich verhandelt werden.“

¹²⁷ S. dazu auch *Karauscheck*, Prozesskostenfinanzierung – ein weitgehend unregelmäßiges Glücksgeschäft!? VR 2102 H 6, 21 [22].

¹²⁸ So allerdings *Fechner* (FN 121), 156, die das Defizit des Justizgewährleistungsanspruchs in der Finanzierung der Gerichts- und Anwaltskosten bestehend ansieht.

terreichischen Justizverwaltung aus den Gerichtsgebühren höher sind, als die Kosten der Gerichtsbarkeit.¹²⁹ Dennoch kann daraus nicht abgeleitet werden, dass allgemein der Justizgewährleistungsanspruch verletzt würde.

Entschädigungen haben dem allgemeinen Budget zuzufließen und keineswegs Zwecken, die den Kollektivinteressen der Verbraucher dienen (ganz abgesehen davon, dass diese Wendung vollkommen unbestimmt ist). Will ein Verbraucher ungeachtet der geringen Höhe seine Entschädigung geltend machen, ist seine Entschädigung aus diesen Mitteln - und nicht (wiederholt) vom Unternehmen - zu leisten.

Zusammenfassend lehnt die Wirtschaftskammerorganisation die Einführung einer Verbandsklagemöglichkeit für qualifizierte Einrichtungen nach Art. 6 Abs. 3 lit. b ausdrücklich ab.

Auch in derartigen Fällen ist es unzulässig, auf das Mandat der einzelnen betroffenen Verbraucher zu verzichten. Will man aus generalpräventiven Gründen den Verhaltensweisen entgegenzutreten, die Ursache für die Einführung derartiger grundrechtswidrigen Klageformen sind, so sind andere Formen zu überlegen, die mit den Grundrechten in Übereinstimmung zu bringen sind. Strafschadenersatz etc. sind üble Bestandteile der US-amerikanischen class action und haben im europäischen Zivilprozessrecht nichts verloren. Jedenfalls sicherzustellen wäre, dass allfällig erlöste Beträge der allgemeinen Staatskasse zufließen.

- Abs. 4

Auf Erwägungsgrund 17 ist hinzuweisen. Es ist jedenfalls zu vermeiden, dass der Unternehmer mehr zu leisten hat, als dem Verbraucher den entstandenen Schaden zu decken. Zudem ist es auszuschließen, dass konkurrierende, jedoch einander ausschließende Ansprüche zusätzlich geltend gemacht werden können.

ad Art. 7 - Finanzierung

- Abs. 1

Wie bereits z Art. 4 ausgeführt, sollte wesentliche Voraussetzung für eine qualifizierte Einrichtung die Unabhängigkeit von staatlichem Einfluss und von staatlichen Subventionen sein.

Weshalb diese Verpflichtung für qualifizierte Einrichtungen nur bei Abhilfemaßnahmen, aber nicht bei Unterlassungsklagen oder Anträgen auf einstweilige Verfügungen gelten soll, ist vollkommen unklar und unsachlich.

Der Nachweis, dass die Einrichtung über genügend finanzielle Mittel zur Kostentragung im Fall des Unterliegens verfügt, sollte stets erbracht werden müssen. Besser wäre es, dies überhaupt als Voraussetzung für die Benennung als qualifizierte Einrichtung in Art 4 Abs. 1 aufzunehmen. Jedenfalls sollte klargestellt werden, dass die Vorlage und der Nachweis gleichzeitig mit Klageeinbringung zu erfolgen hat (statt des „frühen Stadiums des Verfahrens“).

¹²⁹ Vgl. etwa den [Wahrnehmungsbericht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages \(ÖRAK\) 2016/2017](#), 7 („Die heimische Justiz finanziert damit 111,25 Prozent ihrer Gesamtausgaben aus Gerichtsgebühren der rechtsuchenden Bürger.“), oder die [Parlamentsskorrespondenz Nr. 1281](#) vom 22.11.2016.

Der Nachweis über ausreichende Mittel ist zudem nicht nur zu Beginn des Verfahrens zu erbringen, sondern ist sicherzustellen, dass diese ausreichenden Mittel während des gesamten Verfahrens nachprüfbar vorhanden sind.

- Abs. 2

Um tatsächlich den Interessen der Verbraucher zu dienen, ist es zu gewährleisten, dass es qualifizierte Einrichtungen untersagt wird, sich zur Finanzierung von Prozessen eines Prozesskostenfinanzierers zu bedienen. Die Einschränkungen des Abs. 2 lit. a sind zu wenig weitgehend, um einen Missbrauch der Verbandsklageinstrumente nachhaltig zu unterbinden. Wenn überhaupt, wäre nicht nur sicherzustellen, dass der Drittfinanzierer auf Entscheidungen der qualifizierten Einrichtung im Zusammenhang mit einer Verbandsklage keinen Einfluss nimmt, sondern es dem Drittfinanzierer auch untersagt ist, (i) direkt oder indirekt an der qualifizierten Einrichtung beteiligt zu sein und (ii) ihn in irgendeiner Art und Weise außer der Finanzierungszusage zu unterstützen.

In lit. b sollte zudem klargestellt werden, dass nicht nur unmittelbare Wettbewerber den Verbandsprozess nicht finanziell unterstützen dürfen, sondern auch mit den unmittelbaren Wettbewerbern verbundene Unternehmen (Konzerngesellschaften).

- Abs. 3

Die Mitgliedstaaten sollten nicht nur sicherstellen, dass die Gerichte und Verwaltungsbehörden „befugt“ sind, die in Abs. 2 genannten Umstände zu prüfen, sondern sie sollten sicherstellen, dass sie „verpflichtet“ sind, diese und die Voraussetzungen nach Abs. 1 zu prüfen. Die qualifizierten Einrichtungen haben dafür alle notwendigen Nachweise vorzulegen. Es muss auch sichergestellt werden, dass dem Beklagten die Einwendung mangelnder Aktivlegitimation auf Grund zu geringer finanzieller Ausstattung offen steht.

ad Art. 8 - Vergleiche

Werden Verbandsklagen als Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher angesehen, so ist zunächst einmal die Frage zu stellen und zu beantworten, ob im Hinblick darauf es überhaupt gerechtfertigt ist, bei Verbandsklagen einen Vergleich als zulässig anzusehen. Handelt es sich tatsächlich um Kollektivinteressen, wären diese als Allgemeingut keinem Vergleich zugänglich.

Wird die Verbandsklagebefugnis als eigenes, materielles Recht qualifizierter Einrichtungen angesehen, so wird allerdings davon auszugehen sein, dass qualifizierte Einrichtungen ganz allgemein über ihre Rechte auch im Vergleichsweg abzusprechen befugt sind.

- Abs. 1

Nach Abs. 1 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass ein Vergleich zu genehmigen ist. Wie sonst auch, ist durch diese Formulierung davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten ebenso von einer solchen Genehmigung Abstand nehmen können (Mitgliedstaatenwahlrecht).

Wie bei den Verbandsverfahren ist auch im Zusammenhang mit Vergleichen zunächst klar abzugrenzen, mit welchen Wirkungen diese Art von Vergleichen einhergehen sollen. Da es in seinen Auswirkungen inhaltlich keinen Unterschied macht, ob ein Verfahren durch gerichtliche

Entscheidung oder durch einen allenfalls gerichtlich zu genehmigenden Vergleich beendet wird, ist es auch für derartige Vergleiche unabdingbar, dass die davon betroffenen Verbraucher namentlich bekannt sind, diese sich dem Verfahren zumindest indirekt angeschlossen haben und sich die Wirkungen eines Vergleichs nur auf diese namentlich bekannten Verbraucher erstreckt.

Die Praxis zeigt, dass die gerichtlichen Möglichkeiten einer inhaltlichen Kontrolle eines Vergleichs sehr begrenzt sind. Dies vor allem deswegen, da dem Richter in aller Regel die notwendigen und umfassenden Informationen zur Aufdeckung allfälliger gravierender Interessenkonflikte und zur inhaltlichen Beurteilung des Vergleichs fehlen.¹³⁰ Trotz weitreichender Kontrollbefugnisse wird davon ausgegangen, dass die Asymmetrie der Information häufig bestehen bleibt.¹³¹ Zudem ist die Einschätzung nicht weltfremd, nach der auch der Richter nicht der Feind seiner eigenen Arbeitsbelastung sein wird. Die Wahrscheinlichkeit der Anfechtung eines gerichtlichen Vergleichs ist minimal.

Dem Gericht bzw. der Verwaltungsbehörde müssen alle Informationen vorliegen, damit es in die Lage versetzt wird, die Angemessenheit des Vergleichs dem Grunde und der Höhe nach zu überprüfen. Alles andere würde lediglich dazu führen, dass dem Gericht lediglich eine Stempelfunktion zukommt, was jedenfalls zu vermeiden ist. Voraussetzung für die Genehmigung eines Vergleiches muss es daher sein, dass die genehmigende Stelle vorweg ein Verfahren durchführt, das sie in die Lage versetzt, auch ohne Vergleich zu einer Entscheidung über die geltend gemachten Ansprüche zu kommen.

Der außerordentlich hohe Vergleichsdruck wird als ein wesentlicher Kritikpunkt der class action bezeichnet. Die besondere Anziehungskraft der class action für U.S.-amerikanische Anwälte besteht darin, dass sie aufgrund der sonstigen gesetzlichen Regelungen und Umstände wirtschaftlich kaum fürchten müssen, dass sie eine class action verlieren bzw. ihre Auslagen nicht ersetzt und ihren Aufwand nicht fürstlich entlohnt erhalten. In den allermeisten Fällen wird der Beklagte durch das drohende Beweismittlungsverfahren (pre-trial discovery), die Unberechenbarkeit der Entscheidungen durch eine Laienjury, die drohende Verhängung von Strafschadenersatz (punitive damages) sowie die negative Publicity derart wirtschaftlich unter Druck gesetzt, dass er einem Vergleichsvorschlag zustimmt, um seinen Schaden einigermaßen zu minimieren – vollkommen losgelöst von der Beurteilung, ob die geltend gemachten Ansprüche zu Recht bestehen oder nicht. Entsprechend hoch sind die vereinbarten Vergleichssummen, entsprechend hoch sind die im Vergleichswege erzielten Honorarersätze. Der U.S.-amerikanische Gesetzgeber hat zwar versucht, derartigen Auswüchsen gegenzusteuern,¹³² aus Beklagtensicht dürfte das Erpressungs- und Missbrauchspotential allerdings weiterhin unverändert hoch sein.¹³³ Die genannten Elemente sind zumindest zum Teil auch Inhalt des gegenständlichen Richtlinienentwurfs.

Eine Verbandsklage kann aufgrund des höheren Druckpotentials dazu führen, dass der Beklagte nicht primär sich mit der Beurteilung auseinandersetzt, ob er im Recht ist, sondern da-

¹³⁰ Ähnlich *Ebbing*, Class Action - Die Gruppenklage: Ein Vorbild für das deutsche Recht? ZVglRWiss 2004, 31 [44 m.w.N.]. Warum allerdings der von ihm zur Lösung der Thematik vorgeschlagene *gemeinsame Vertreter* diese Informationen im Gegensatz zum Richter haben soll, ist unklar.

¹³¹ *Schäfer*, Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage, in: *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.)*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 67 [83].

¹³² Etwa 2005 durch den Class Action Fairness Act.

¹³³ Aus dieser Perspektive wird die U.S.-amerikanische class action auch als „Frankenstein-Monster“ tituliert (*Miller*, Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the “Class Action Problem”, Harv L Rev Vol 92, No 3 Jan. 1979, 664).

hingehend eine Entscheidung treffen muss, ob nicht unter Berücksichtigung aller zu erwartenden internen und externen Auswirkungen (Reputationsverlust [der nicht wiedergutmachen ist], Medienberichterstattung) und Kosten der Abschluss eines Vergleichs bis hin zur Unterwerfung unter das Klagebegehren eine günstigere Alternative für ihn darstellt (sog. „legal blackmailing“). Allein schon aus diesem Grund entsteht auf die Unternehmen erheblicher Druck, eine „einvernehmliche“ Lösung - allenfalls auch abseits des tatsächlichen Sachverhalts bzw. der rechtlichen Gegebenheiten - zu erzielen.

So hat auch schon das deutsche Bundesverfassungsgericht herausgestrichen, dass class actions gegen unverzichtbare Grundsätze des freiheitlichen Rechtsstaates verstoßen könnten (wenn das Verfahren vor ausländischen Gerichten in einer offenkundig missbräuchlichen Art und Weise genutzt werden wird, um eine Forderung durchzusetzen, die - jedenfalls in ihrer Höhe - keine substantielle Grundlage hätte, der Beklagte mit dem angegriffenen Verhalten offensichtlich nichts zu tun hat oder erheblicher publizistischer Druck aufgebaut wird, um den Beklagten zu einem ungerechtfertigten Vergleich zu drängen).¹³⁴ Oberstes Ziel der Klägeranwälte ist nicht die Klärung der aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen, sondern den Beklagten in einen frühzeitigen Vergleich zu zwingen. Es handelt sich nicht um einen Zugang zum Recht, sondern um die Kommerzialisierung der Rechtsverfolgung im anwaltlichen Geschäftsinteresse.

Dieses ungerechtfertigte Druckpotential wird auch im Zusammenhang mit der niederländischen Diskussion einer kollektiven Schadenersatzklage deutlich, insoweit in der Literatur zu dieser euphemistisch ausgeführt wird, dass diese aus der Erkenntnis folge, dass ein „Stock hinter der Tür“ notwendig sei, um Vergleichsverhandlungen zu fördern.¹³⁵

Insgesamt zeigt sich, dass aus Wirtschaftssicht die Möglichkeit, in Verbandsklageverfahren Vergleiche über Abhilfemaßnahmen schließen zu können, sehr kritisch gesehen wird.

Außer Streit stehen sollte, dass bei einer angenommenen grundsätzlichen Zulässigkeit derartiger Vergleiche auch Vergleiche dahingehend abgeschlossen werden dürfen, dass der geltend gemachte Anspruch nicht zu Recht besteht. Aufgrund der einseitigen Formulierung des Abs. 1 muss auf diese Feststellung Wert gelegt werden.

Auffallend ist, dass nach Satz 2 eine solches Ersuchen um Genehmigung nur dann zugelassen werden soll, wenn vor dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde desselben Mitgliedstaats keine (andere) Verbandsklage in gleicher Angelegenheit anhängig ist. Zum einen bedeutet dies, dass ein Vergleich nach Abs. 1 nur dann genehmigungsfähig ist, wenn er im Rahmen eines Verbandsklageverfahrens abgeschlossen wird („keine andere Verbandsklage“) (s. auch Abs. 5). Zum anderen bedeutet dies, dass ein ausschließlicher Gerichtsstand am Sitz des beklagten Unternehmens gegeben sein muss, da ansonsten das Gericht bzw. die Behörde keinerlei Möglichkeit hat festzustellen, ob eine andere Verbandsklage anhängig ist. Allerdings ist in diesem Zusammenhang unklar, ob die Wirkungen eines derartigen Vergleichs tatsächlich auf einen Mitgliedstaat eingeschränkt werden können (vgl. auch Art. 16). Inhaltlich wird davon auszugehen sein, dass bei der Beurteilung nicht auf das Ersuchen und dessen Zulassung abzustellen ist (so jedoch der Wortlaut), sondern die Beurteilung des Ersuchens abzustellen hat, auf das Vorliegen der Voraussetzungen (keine andere Verbandsklage). Auf die allgemeine, nicht gelöste Problematik konkurrierender Verbandsklagen haben wir bereits hingewiesen.

¹³⁴ BVerfG 2 BvR 2805/12

¹³⁵ Stadler, Reformen des kollektiven Rechtsschutzes: Schlichten vor Richten, VbR 2015, 145.

- Abs. 2

Es sollte zu den allgemein üblichen Verfahrensgrundsätzen eines gerichtlichen Verfahrens zählen, dass das Gericht in jedem Stadium des Verfahrens versuchen sollte, die Streitparteien zu einem Vergleich zu bewegen. Vereinzelt erreichen uns allerdings Berichte darüber, dass in manchen Verfahren der seitens der Richterschaft ausgeübte Vergleichsdruck von einer Partei zumindest als unangenehm empfunden wird. Die Möglichkeit, einen derartigen Vergleichsdruck auf die Verfahrensbeteiligten auszuüben, ist nachdrücklich abzulehnen. Das Ausloten der Möglichkeiten einer vergleichsweisen Bereinigung ist zulässig, die Ablehnung eines Vergleichsschlusses darf allerdings keineswegs dazu führen, dass sich diese in irgend einer Art und Weise auf die Verfahrensdurchführung und dessen Ergebnis auswirkt.

- Abs. 3

Unsere Bedenken zu Art. 6 Abs. 2 und allgemein zu Vergleichsabschlussmöglichkeiten haben wir bereits dargelegt. Auch an dieser Stelle ist nochmals zu betonen, dass wir alle Verbandsklagenkonstrukte nachdrücklich ablehnen, mit denen über Ansprüche von Personen abgesprachen wird, die nicht zumindest indirekt Beteiligte am jeweiligen Verfahren sind.

Da Abs. 5 nur auf Abs. 2 Bezug nimmt, bleibt unklar, was geschieht, wenn in Fällen des Abs. 3 kein Vergleich innerhalb der Frist erzielt wird.

- Abs. 4

Abs. 4 enthält eine Reihe unbestimmter Begriffe, wodurch es wesentlich erschwert wird, die zulässigen Grenzen der Prüfungsbefugnis deutlich zu erkennen. Zudem verfügt das Gericht häufig nicht über jene Informationen, die zu dieser Beurteilung notwendig und zweckdienlich sind. Aufgrund des bereits dargelegten hohen Druckpotentials ist nicht nur die Rechtmäßigkeit des Vergleichs zu prüfen, sondern auch, ob dieser einigermaßen der jeweiligen Sach- und Rechtslage entspricht.

- Abs. 6

Ausführlich dargelegt wurde bereits, weswegen Verbandsklageverfahren über Abhilfemaßnahmen ausschließlich so zu führen sind, dass die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten vollumfänglich gewahrt werden. Dazu zählt, was ausdrücklich zu wiederholen ist, insbesondere auch der Umstand, dass die von den Prozessauswirkungen betroffenen Personen namentlich bekannt sind, aktiv zugestimmt haben (opt-in) und die Möglichkeit erhalten, sich aktiv in das Verfahren einzubringen. Eine Zustimmungsmöglichkeit zu einem gerichtlich zu genehmigenden Vergleich lediglich am Ende eines Verfahrens erfüllt diese Voraussetzungen, insb. jede des rechtlichen Gehörs, jedenfalls nicht.

Eine Wahlmöglichkeit des Verbrauchers, ob er den erzielten Vergleich annehmen möchte oder nicht, ist abzulehnen.

Der zweite Satz belässt dem betroffenen Verbraucher trotz eines getroffenen Vergleiches die Möglichkeit, darüber hinaus Abhilfemaßnahmen zu fordern. Das birgt jedoch die Gefahr, dass erzielte Vergleiche einen Anreiz für „Folgeprozesse“ der einzelnen Verbraucher schaffen. Die Motivation einzelner Verbraucher, den „vergleichenen“ Unternehmer auf noch mehr zu klagen, dürfte steigen, da ein Vergleich Argumentationsbasis für einen behaupteten Verstoß gegen

Unionsrecht darstellt (Warum sollte sich jemand vergleichen, wenn er nicht glaubt, etwas falsch gemacht zu haben?) und gleichzeitig einen allfälligen Streitwert um das bereits ohnehin schon Vergleichene - und damit das eventuell den Kläger abschreckende Kostenrisiko - mindert. Ein getroffener Vergleich darf nicht zum Minimum dessen werden, was der Unternehmer zu leisten hat. Ansonsten würde die Überprüfungsmöglichkeit auf Rechtmäßigkeit und Fairness nach Abs. 4 ad absurdum geführt.

Ein Vergleich sollte nicht einer Vertragspartei „Mut“ für einen Prozess machen, sondern einen Rechtsstreit für beide Parteien - hinsichtlich der betroffenen Rechtsfrage - beenden.

Zudem ist es abzulehnen, einem Vergleich, der der allgemeinen Bereinigung der streitanhängigen Punkte und damit der Beendigung der gerichtlichen Auseinandersetzung dienen soll (Befriedungsfunktion), diese seine primäre Aufgabe dadurch zu nehmen, dass ein Verbraucher zusätzliche Rechtsschutzansprüche geltend machen darf.

Die Einseitigkeit des gegenständlichen Entwurfs wird auch dadurch deutlich, dass nach Abs. 6 zwar der einzelne Verbraucher die Möglichkeit erhalten soll, einen Vergleich anzunehmen oder abzulehnen (ganz abgesehen davon, dass aufgrund der rationalen Apathie sowieso nicht damit zu rechnen ist, dass die Verbraucher von dieser Möglichkeit umfangreich Gebrauch machen werden). Dem betroffenen Unternehmen wird allerdings diese Möglichkeit gegenüber einzelnen Verbrauchern nicht eingeräumt, was ausdrücklich zu kritisieren und eine derartige Möglichkeit einzufordern ist. Denn auch er kann der Ansicht sein, dass der Vergleich gegenüber einzelnen Verbrauchern aus seiner Sicht abzulehnen ist.

Es ist jedenfalls zu vermeiden, dass der Unternehmer mehr zu leisten hat, als dem Verbraucher den entstandenen Schaden zu decken. Zudem ist es auszuschließen, dass konkurrierende, jedoch einander ausschließende Ansprüche zusätzlich geltend gemacht werden können.

ad Art. 9 - Unterrichtung über Verbandsklagen

- Abs. 1

Die Unterrichtungsverpflichtung nach Art. 9 ist wesentlich zu weit formuliert. Ist nach dem Richtlinienentwurf der Kreis der betroffenen Verbraucher gar nicht bekannt, kann das Unternehmen die betroffenen Verbraucher gar nicht so informieren, dass nicht ein wesentlicher Anteil der durch die Informationsverpflichtung entstehenden Kosten vollkommen frustriert ist. Um den Anforderungen gerecht werden zu können, wären derartige Informationen weit über den Kreis der betroffenen Verbraucher zu streuen, was mit erheblichen Kosten verbunden ist.

Werden allerdings die Grundrechte der betroffenen Personen ernst genommen, sind die betroffenen Personen sowieso durch das Verfahren namentlich bekannt. Wird den qualifizierten Einrichtungen die Wahrnehmung der kollektiven Interessen dieser Verbraucher ermöglicht, sollten sie es sein, die im Rahmen dieses Privilegs auch die Verpflichtung erhalten, „ihre“ Verbraucher zu informieren.

Die Formulierung des Art. 9 differenziert zudem nicht ausreichend zwischen den in Art. 5 beschriebenen, verschiedenen Verbandsklagen. Die Unterrichtungsverpflichtung hat nur Entscheidungen bzw. Vergleiche zu umfassen, die Verbandsklagen zu Erwirkung von Abhilfemaßnahmen betreffen.

Der informationspflichtige Unternehmer hat alle „betroffenen Verbraucher“ über die „rechtskräftige“ - unabhängig also, ob stattgebende oder abweisende - Entscheidung zu informieren. Vollkommen unverständlich ist, weshalb der Unternehmer auch im Fall seines Obsiegens (Klageabweisung) auf seine Kosten die Verbraucher davon verständigen soll und dies nicht die qualifizierte Einrichtung auf ihre Kosten zu machen hat.

Ob der Unternehmer nur in „seinem“ Mitgliedstaat informieren muss oder auch in anderen Mitgliedstaaten bleibt offen.

Die in Art. 15 Abs. 2 normierte Kostenersatzpflicht des Unternehmers für Veröffentlichungskosten der qualifizierten Einrichtung zeigt erneut die Unausgewogenheit des Entwurfes.

Ist es bekannt, dass Verbandsklageverfahren von entsprechendem medialen Druck begleitet werden, ist es auch zu Art. 9 unverständlich, weswegen eine derartige Unterrichtsverpflichtung nicht auch die qualifizierte Einrichtung treffen soll, deren Verbandsklage rechtskräftig zurück- bzw. abgewiesen wird.

Wird allgemein ein Vergleich als wechselseitiges Nachgeben der eigenen Rechtsposition aufgefasst, so ist es sachlich nicht gerechtfertigt, die Unterrichtsverpflichtung ausschließlich dem Unternehmen zu überbinden. Die Regelung entzieht den Verfahrensparteien die Möglichkeit, im Rahmen eines Vergleiches vollständig über die Kosten zu disponieren. Insofern widerspricht diese Regelung § 1382 ABGB, der den Vergleichsgegenstand bis auf wenige Ausnahmen der Parteiendisposition überlässt. Hier sollte klargestellt werden, dass auch über die Verständigungspflicht im Vergleichswege disponiert werden kann.

- Abs. 2

Wesentlich ist zweifellos, dass die zu erteilenden Informationen verständlich sind. Da diese auch eher umfangreich sein können, auch um eine derartige Verständlichkeit erreichen zu können, muss es - in Zeiten, in denen selbst Gesetze im Internet rechtsverbindlich kundgemacht werden - ausreichend sein, dass diese Informationen auf einer Homepage veröffentlicht werden. Wesentlich ist, dass diese Informationspflichten so formuliert werden, dass eine rechtssichere Umsetzung möglich ist.

ad Art. 10 - Auswirkungen von rechtskräftigen Entscheidungen

- Abs. 1

Mit Art. 10 soll offensichtlich eine Art „Rechtskrafterstreckung“ von Entscheidungen auf andere Verfahren erwirkt werden. Dies ist wiederum im Hinblick auf die eingeräumten Grundrechte als unzulässig anzusehen. Eine derartige Rechtskrafterstreckung auf Personen, die nicht am Verfahren beteiligt sind, ist lediglich in Ausnahmefällen zulässig - etwa dann, wenn eine Entscheidung gezwungenermaßen für oder gegen alle Betroffenen gleich gelten muss (etwa bei Gesellschafterstreitigkeiten). Derartige Ausnahmesituationen liegen im Anwendungsbereich dieses Richtlinienentwurfs nicht vor.

Die bereits mehrfach kritisierte Schlagseite des gegenständlichen Entwurfs zeigt sich auch darin, dass nach dem Wortlaut lediglich Entscheidungen, mit denen ein Verstoß festgestellt wird, die entsprechenden Auswirkungen über das einzelne Verfahren hinaus haben soll. Es ist

uns vollkommen unverständlich, weswegen ein Prozessrecht derart unausgewogen ausgestaltet werden soll. Wenn überhaupt derartige Auswirkungen gegeben sein sollen – wogegen wir uns ausdrücklich aussprechen – so haben gleiche Auswirkungen auch jene Fälle zu betreffen, in denen eine rechtskräftige Entscheidung eine Verbandsklage zurück- bzw. abweist oder feststellt, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht.

Klargestellt gehört zudem, dass Art. 10 Abs. 1 lediglich Entscheidungen über Verbandsklagen nach dieser Richtlinie betreffen.

Offensichtlich ist, dass der Verweis auf Art. 5 Abs. 2 lit. b unrichtig ist.

- Abs. 2

Die dargelegten gravierenden grundrechtlichen Probleme sind auch in der Konstellation des Abs. 2 gegeben.

Hintergrund des Abs. 2 dürfte der Umstand sein, dass wir uns im Anwendungsbereich dieses Richtlinienentwurfs keineswegs im vollharmonisierten Verbraucherrechtsbereich befinden. Daher ist die in Abs. 2 aufgestellt Vermutung eines Verstoßes unstatthaft – ganz abgesehen davon, dass hier wiederum lediglich auf den Verstoß abgestellt wird und nicht neutral auf eine Entscheidung.

- Abs. 3

Da perpetuierte Wiederholungen stören, darf in diesem Punkt nur kurz unsere Ablehnung aus den bereits dargelegten Gründen geäußert werden.

ad Art. 11 - Hemmung der Verjährungsfrist

Sind Verbandsklagen grundrechtskonform jedenfalls als opt-in-Verfahren auszugestalten, so besteht keine Veranlassung, Verjährungsfristen anders zu behandeln als nach dem jeweils geltenden mitgliedstaatlichem Recht. Da es sich bei Verbandsklagen um Verfahrensrecht handelt, sind Eingriffe in das materielle Recht zu unterlassen.

Verjährungsfristen sind aus Gründen der Rechtssicherheit, der Praktikabilität und der wirtschaftlichen Effektivität unbedingt erforderlich.¹³⁶ Außerdem dienen Verjährungsfristen dem Schutz des Rechtsfriedens und der Entlastung der Gerichte.¹³⁷ Ein ex-lege Eingriff in die Verjährung wird deshalb ausdrücklich abgelehnt.

Auch in diesem Punkt stellt sich die Frage, warum dieser Artikel ausschließlich zugunsten der Verbraucher formuliert ist.

¹³⁶ R. Madl in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.05}, § 1478 Rz 3 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

¹³⁷ R. Madl in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.05}, § 1502 Rz 1 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

ad Art. 12 - Verfahrensbeschleunigung

Da Jedermann den Anspruch hat, dass seine Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird,¹³⁸ ist eine Bevorzugung von Verbandsklagen abzulehnen.

Wie bereits ausgeführt, sind Verbandsklagen nur dann als zulässig anzusehen, wenn sie tatsächlich zu einer Verfahrensbeschleunigung, Verfahrensvereinfachung, Gerichtsentlastung und Kostenreduktion führen.

ad Art. 13 - Beweismittel

Nach Art. 1 soll der Beklagte verpflichtet sein, über Antrag der qualifizierten Einrichtung Beweismittel, die nicht einmal spezifiziert werden müssen (vgl. Erwägungsgrund 37), vorzulegen. Auch diese Bestimmung ist ein typisches Merkmal der US-amerikanischen class action, bei der die [pre-trial-]discovery Verfahren ein wesentliches Druckmoment zum Schaden des beklagten Unternehmens darstellt. Dies obwohl die Kommission mehrfach versichert hat, derartige Elemente jedenfalls vermeiden zu wollen.¹³⁹ Die Macht der Parteien, den Gegner mit teuren discovery-Maßnahmen zu überfluten, wird gerade in komplexen Verfahren häufig zu Zermürbungszwecken und zur Erzwingung ungerechtfertigter Vergleiche missbraucht.¹⁴⁰

Ein discovery-Verfahren führt zudem dazu, dass geringe Substantiierungsanforderungen dem Kläger mithin erleichtern, eine Klage zu erheben, die wenig Erfolgsaussichten hat, trotzdem aber den Beklagten zu möglichst frühzeitigem Einlenken veranlasst, um Kosten zu sparen.¹⁴¹ Damit wird genau das Gegenteil dessen erreicht, was Ziel ist: Nämlich die wirksame Abwehr missbräuchlicher Klagen.

Ein derartiges regelrechtes Ausforschungsverfahren widerspricht der kontinentaleuropäischen Rechtstradition, in der derjenige den Beweis zu führen hat, der die zu beweisenden Umstände behauptet. Die Kritik am discovery-Verfahren wird auch in der Literatur als berechtigt angesehen.¹⁴²

Von einem - grundsätzlich unzulässigen - Ausforschungs- oder Erkundungsbeweis spricht man nach der Lehre dann, wenn eine Beweisaufnahme von vornherein nicht zu dem Zweck erfolgt, (konkrete) Tatsachenbehauptungen der Parteien zu verifizieren, sondern entweder zur amtswegigen Tatsachenermittlung dient oder zwar von einer Partei beantragt wird, aber ohne konkretes Beweisthema, um zunächst zu erfahren, welche Tatsachen vorgebracht werden können.¹⁴³ Die angedachte Regelung ähnelt in auffälliger Weise einem unzulässigen Erkundungsbeweis. Derartige Regelungen sind unvereinbar mit dem Prinzip der Verhandlungsmaxime, wonach die Parteien - frei von jeder Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht - über den Prozessstoff disponieren können.¹⁴⁴

¹³⁸ Art. 47 GRC.

¹³⁹ S. z.B. Empfehlung der Kommission (FN 15), Punkt 15.

¹⁴⁰ Auch „fishing expeditions“ genannt, s. *Fidler*, Private Enforcement - Rechtstheorie und Rechtswirklichkeit im Wettbewerbs- und Kapitalmarkt II, JBI 2018, 152 [153].

¹⁴¹ *Koch*, Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. amerikanischer ‚class action‘ - die gebändigte Sammelklage in Europa, WuW 2013, 1059 [1063].

¹⁴² *Ebbing*, Class Action Die Gruppenklage: Ein Vorbild für das deutsche Recht? ZVglRWiss 2004, 31 [51].

¹⁴³ *Rechberger in Fasching/Konecny*³ III/1 Vor § 266 ZPO Rz 81 (Stand 1.8.2017, rdb.at).

¹⁴⁴ *Rechberger in Fasching/Konecny*³ III/1 Vor § 266 ZPO Rz 82 (Stand 1.8.2017, rdb.at).

Das deutsche und das österreichische Zivilprozessrecht gehen von dem Grundsatz aus, dass keine Partei dazu verpflichtet ist, ihrem Prozessgegner zum Sieg zu verhelfen und ihm Informationen preiszugeben, über die der Gegner nicht schon selbst von sich aus verfügt.

Wird im Kartellrecht die wesentliche Unterlegenheit der klagenden Partei als Grund für die Herausgabepflicht von Beweismitteln gesehen, ist dieser Umstand für Verbandsklagen nicht zutreffend. Vielfach wird es so sein, dass die Verhandlungsmacht auf Seiten der qualifizierten Einrichtungen höher ist als auf Unternehmensseite.

Umfangreiche Auskunftersuchen ohne spezifizierte Anträge (fishing expeditions), die letztlich darauf abzielen, weitere Geschädigte und potentielle class members (beispielsweise in den Archiven der Beklagten) zu ermitteln, sind nicht nur als unzulässige Ausforschung und damit als Verstoß gegen den prozessrechtlichen ordre public zu qualifizieren, sondern verstoßen gegen europäisches Datenschutzrecht.¹⁴⁵

Die Bezeichnung bloßer Kategorien von Beweismitteln darf keinesfalls ausreichen, da andernfalls der Schutz von Geschäftsgeheimnissen, die gerade in einer Informations- und Wissensgesellschaft einen wesentlichen Wirtschaftsfaktor ausmachen, gefährdet werden könnte. Weiters sollten jedenfalls die Unkenntlichmachung sensibler Passagen von Dokumenten, die Möglichkeit der Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit und die Beschränkung des zur Kenntnisnahme der Beweismittel berechtigten Personenkreises in die Richtlinie Eingang finden.

Mit der Einführung eines discovery-Verfahrens begibt sich der Gesetzgeber in die Nähe zur Bestrafung des Deliktstäters, also in die Nähe einer zivilrechtlichen Sanktion, die zwar dem anglo-amerikanischen Recht-Stichwort punitive damages und Strafschadensersatz - immanent, der deutschen (und österreichischen) Rechtstradition aus guten Gründen jedoch fremd ist.¹⁴⁶

Auf die bestehenden Möglichkeiten nach der ZPO ist hinzuweisen, eine Erweiterung dieser Möglichkeiten für Verbandsklagen wird ausdrücklich abgelehnt.

Es ist zudem vollkommen unklar, wie vorgegangen werden soll, wenn die bezeichneten Beweismittel nicht vorhanden sind. Was sind die Konsequenzen, wenn Beweise nicht vorgelegt werden? Kommt es zur freien Beweiswürdigung bzw. ist die Verweigerung der Vorlage durch die Verhängung von Geld- oder Haftstrafen vollstreckbar (§ 354 EO)?

Wie (leider) nicht anders zu erwarten, wird das Recht auf Vorlage von Beweismitteln lediglich qualifizierten Einrichtungen eingeräumt, nicht jedoch dem beklagten Unternehmen. Die Regelung, wonach Unternehmen verpflichtet sind Beweismittel herauszugeben, widerspricht in eklatantem Ausmaß dem Prinzip der Waffengleichheit. Die Tatsache, dass diese Art des Zugangs zu Beweismitteln als „Einbahnstraße“ konstruiert ist, und der beklagten Partei nicht eröffnet wird (bspw. um auch die Voraussetzungen des Art. 4 zu prüfen), ist eine eklatante Missachtung des aus Art. 6 EMRK abzuleitenden Gebotes eines fairen Verfahrens bzw. des daraus resultierenden Grundsatzes der Waffengleichheit. Das allgemeine Gebot eines fairen Verfahrens gilt sowohl für Zivil- als auch für Strafsachen und verlangt die Gleichstellung von Kläger und Beklagtem im Zivilprozess.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Heß, Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland, JZ 2000, 373 [379].

¹⁴⁶ Brand, Grenzen zivilprozessualer Wahrheit und Gerechtigkeit, NJW 2017, 3558 [3563].

¹⁴⁷ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰, Rz 1547; Berka, Verfassungsrecht³, Rz 1604.

In Anbetracht der Sanktionen, die nach Art. 14 verhängt werden können, steht auch ein Verstoß gegen den „Nemo-Tenetur-Grundsatz“ im Raume. Das Gebot des fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK gebietet nämlich auch, dass ein Beschuldigter nicht gezwungen werden darf Beweise gegen sich selbst zu liefern.¹⁴⁸ Dies wäre jedoch der Fall, wenn eine Durchsetzung der Ansprüche auch durch Sanktionen und nicht im Rahmen eines Exekutionsverfahrens erfolgt.

Warum in den „ausführlichen Erläuterungen einzelner Bestimmungen des Vorschlags“ zu Art. 13 davon ausgegangen wird, dass der Entwurf „keine überzogenen und mit übermäßigen Kosten verbundenen Offenlegungspflichten“ vorsieht, ist fraglich, da der Entwurf keine Einschränkung der forderbaren, offenzulegenden Unterlagen vorsieht. Auch von der behaupteten „strengen Kontrolle“ der Gerichte/Verwaltungsbehörden hinsichtlich der „Notwendigkeit, ihren Umfang und ihre Verhältnismäßigkeit“ der Offenlegung fehlt im Entwurf jede Spur.

ad Art. 14 - Sanktionen

Entscheidungen von Verwaltungsbehörden und Gerichten sind schon derzeit mit hoheitlichen Zwangsmitteln durchsetzbar (§ 1 EO), insoweit ihnen nicht „freiwillig“ entsprochen wird. Darüber hinausgehende Sanktionen, insb. zusätzliche Geldbußen, sind daher ebenso abzulehnen, wie der Ansatz, nach dem die Aufteilung der Einnahmen aus den Geldbußen die Kollektivinteressen der Verbraucher zu berücksichtigen haben. Diese Bestimmung ist ein Beispiel dafür, wie im Ansatz des Vorschlags selbst versucht wird, verwaltungsstrafbehördliches Handeln mit dem Kleid privatrechtlicher Rechtsverfolgung zu ummanteln.

Keinesfalls dürfen Strafen den qualifizierten Einrichtungen gewidmet werden: Damit würde man den „Bock zum Gärtner“ machen und den falschen Anreiz setzen, möglichst viele Verfahren anzustrengen.

ad Art. 15 - Unterstützung für qualifizierte Einrichtungen

- Abs. 1

Eine staatliche Unterstützung qualifizierter Einrichtungen wird nachdrücklich abgelehnt. Der Zugang zu finanzieller Unterstützung würde in letzter Konsequenz nur dazu führen, dass der bereits immense Druck auf unsere Mitglieder noch gesteigert wird: Müssen die qualifizierten Einrichtungen nämlich nicht einmal mehr die finanziellen Konsequenzen ihrer (Fehl-)Einschätzungen hinsichtlich eines Verfahrensausgangs fürchten, dann wird man bei der Einleitung eines Verfahrens wohl kaum mehr besonders zimperlich sein. Außerdem gefährdet jede finanzielle Zuwendung die Unabhängigkeit der qualifizierten Einrichtungen, wie wir dies auch schon beim VKI kennen.

Eine staatliche Unterstützung wäre auch aus dem Grundsatz der Waffengleichheit nach Art. 6 EMRK überaus bedenklich. Denn das Unternehmen erhält keinerlei derartige Unterstützung, sondern müsste allenfalls sogar über seine allgemeinen Steuerzahlungen indirekt den Prozess gegen sich selber mitfinanzieren. Die „Bereitstellung zweckgebundener öffentlicher Mittel“ ist dabei kein geeigneter Weg, einerseits, da die Unabhängigkeit der qualifizierten Einrichtungen durch öffentliche Mittel beeinträchtigt werden könnte, andererseits, da der Staat seiner Neutralitätspflicht in Bezug auf die Verfahrensparteien nachkommen muss. Die Begrenzung der Gerichtskosten oder Verwaltungsgebühren sowie der Zugang zu Prozesskostenhilfe wären

¹⁴⁸ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht*¹⁰, Rz 1548.

daher für beide Seiten gleichermaßen zu gewähren. Um die erforderliche Äquidistanz zu verdeutlichen wäre es wünschenswert, den Art. 15 der Unterstützung aller Verfahrensparteien und nicht nur jener der qualifizierten Einrichtungen zu widmen. Es ist zweifelsfrei festzuhalten, dass am loser-pays-Prinzip vollinhaltlich festzuhalten ist.

Um die Gleichheit der Parteien etwas zu fördern, ist zu fordern, dass die Verfahrenskosten auch für beklagte Unternehmer kein finanzielles Hindernis darstellen dürfen. Bereits bei Verbandsklagen nach nationalem Recht lassen sich erfahrungsgemäß viele Unternehmer nicht auf einen Prozess ein, da sie das Prozesskostenrisiko nicht eingehen können. Es ist unzulässig, dass Konsumentenschutzorganisationen eine Erhöhung des Streitwerts fordern, wenn dieser ihnen zu niedrig ist, jedoch ebenso eine Senkung der Kosten verlangen, wenn sie davon ausgehen, dass die Prozesskosten zu hoch sind. Die Kosten haben im adäquaten Verhältnis zum Aufwand zu sein. Klar ist sowieso, dass nach dem geltenden Recht keineswegs alle Kosten eines Verfahrens mit den Ansätzen des RATG abgegolten werden.

Weiters ist zur Entlastung der Unternehmer zu fordern, dass der Unternehmer nicht zum Prozesskostenersatz verpflichtet werden soll, wenn die qualifizierte Einrichtung Prozesskostenhilfe in Anspruch nehmen durfte.

- Abs. 2

Diese Bestimmung stellt erneut eine einseitige Schlechterstellung zu Lasten des beklagten Unternehmers dar, da eine gegenläufige Bestimmung (Kostenersatzpflicht der qualifizierten Einrichtung dem Unternehmer gegenüber) fehlt.

Zudem sollte die „Informationserlaubnis“ näher definiert und eingeschränkt werden. Die qualifizierte Einrichtung sollte nicht uneingeschränkt über das Verfahren berichten und informieren dürfen, ansonsten - neben einem Imageschaden - auch hierfür die Kosten - welche der Unternehmer im Unterliegensfall ersetzen muss - ins Unermessliche steigen können.

Eine Kostenersatzpflicht sollte jedenfalls zumindest auf die Kosten einer zweckentsprechenden und notwendigen Information über das laufende Verfahren via Internet beschränkt werden.

ad Art. 16 - Grenzüberschreitende Verbandsklagen

- Abs. 1

Wenn die Gerichte/Verwaltungsbehörden den Eintrag in das Verzeichnis als Klagebefugnis akzeptieren müssen, steht es dem beklagten Unternehmer nicht mehr offen, die Aktivlegitimation der einschreitenden qualifizierten Einrichtung zu bestreiten, auch wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass der Kläger die Voraussetzungen, um als qualifizierte Einrichtung angesehen zu werden, im Klagseinbringungszeitpunkt nicht/nicht mehr erfüllt.

Es muss gewährleistet werden, dass sich der beklagte Unternehmer gegen einen unberechtigt einschreitenden Kläger (weil die Voraussetzungen für die Aufnahme in das Verzeichnis nicht/nicht mehr vorliegen) zur Wehr setzen kann.

Ist eine solche Überprüfung im Verbandsprozess nicht gestaltbar, muss es dem beklagten Unternehmer zumindest möglich sein, eine Überprüfung bei der Behörde, die für die Aufnahme

in das Verzeichnis zuständig ist, beantragen zu können. Im Verbandsprozess sollte die Entscheidung der zuständigen Behörde durch Unterbrechung des Verfahrens abgewartet werden müssen.

Eine derartige Möglichkeit muss dem beklagten Unternehmer auch bei nicht-grenzüberschreitenden Verbandsklagen offen stehen.

- Abs. 2

Es sollte nicht bloß die Möglichkeit für qualifizierte Einrichtungen bestehen, gemeinsam wegen ein und desselben behaupteten Verstoßes nur ein Gericht anrufen zu können und nur ein Verbandsverfahren einleiten zu können, sondern es sollte ihre Pflicht sein. Es sollte wegen ein und derselben beanstandeten Praktik nicht möglich sein, dass der Unternehmer von mehreren qualifizierten Einrichtungen unabhängig voneinander vor mehrere Gerichte „gezerrt“ wird und jedes Gericht zu einem anderen Ergebnis kommen kann.

Es muss jedenfalls geregelt werden, wie bei Klagenmehrheit (ob Verbandprozesse und/oder Einzelprozesse) vorzugehen ist. Nur dann könnte die Richtlinie überhaupt als ein Schritt in Richtung Rechtssicherheit und Harmonisierung gesehen werden.

- Abs. 4

Hier sollte festgeschrieben werden, dass es auch dem beklagten Unternehmer freistehen muss, eine Überprüfung zu beantragen. Zudem gehört geregelt, was in einem solchen - von so einer „bedenklichen“ Einrichtung veranlassten - Verfahren zu geschehen hat (z.B. Unterbrechung).

Insgesamt zeigt sich, dass der gegenständliche Richtlinienvorschlag sehr einseitig zu Ungunsten der Unternehmen formuliert ist. Er wird daher von der österreichischen Wirtschaft ausdrücklich in seiner Gesamtheit abgelehnt.

Dass durch Verbandsklagen ein gewisser Anreiz besteht, willkürliche und erpresserische Verfahren zu führen, ist ein Umstand, den auch der Herr Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz Dr. Moser im Zusammenhang mit dem Datenschutzpaket zu Bedenken gegeben hat.¹⁴⁹ Wir dürfen daher bitten, dass unseren Bedenken in den anstehenden Verhandlungen über diesen Richtlinienentwurf durch die österreichische Bundesregierung Rechnung getragen wird. Dankbar sind wir auch, unseren Standpunkt auch mündlich weiter mit Ihnen erörtern zu können. Aufgrund der zu erwartenden weiter kontroversiellen Diskussion, an der wir uns zweifellos aktiv beteiligen werden, bitten wir, unsere Stellungnahme nicht als abschließende zu betrachten.

Dr. Christoph Leitl
Präsident

Mit freundlichen Grüßen

Mag. Anna Maria Hochhauser
Generalsekretärin

¹⁴⁹ Parlamentskorrespondenz Nr. 467 vom 26.4.2018 https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2018/PK0467/index.shtml.