

Response to the Green Paper on CR

**Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission der
Europäischen Gemeinschaften über kollektive
Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher**

Die Kanzlei TILP Rechtsanwälte hat vielfältige Erfahrungen auf dem Gebiet des kollektiven Rechtsschutzes gesammelt, beispielsweise in Deutschland im Zusammenhang mit dem KapMuG (als Musterklägervertreter in Sachen Telekom und AHBR/Corealcredit Bank AG) sowie über ihre gemeinsame Tätigkeit mit Partnerkanzleien in den Vereinigten Staaten im Hinblick auf class actions amerikanischen Rechts. Zum Mandantenstamm der Kanzlei zählen zunehmend institutionelle Investoren, die durch Schadensersatzklagen ihre fiduziarischen Pflichten zu Gunsten ihrer Anleger wahrnehmen. Aufgrund ihrer Erfahrungen wurde die Kanzlei im Rahmen der Expertenbefragung zum Grünbuch der Europäischen Kommission (GD Umwelt und Verbraucher) zum kollektiven Rechtsschutz gehört und gab zudem eine Stellungnahme zum Weißbuch der GD Wettbewerb über Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts ab. Die Schlüsse, die wir aus unseren praktischen Erfahrungen ziehen, lassen sich in folgenden neun Thesen zusammenfassen:

1.

Ein funktionierendes System von Sammelklagen ist unerlässlich für effektiven Rechtsschutz sowie ein unverzichtbares Mittel im Kampf um die Befolgung der materiellen Rechte. Es hat sich auf dem Gebiet des Kartellrechtes und des Kapitalmarktrechtes gezeigt, dass hier Geschädigte ebenso wie im allgemeinen Verbraucherrecht sehr zurückhaltend sind, wenn es darum geht, allein Individualklagen anzustrengen. Während bei Geschädigten aller Art die hohen Kosten und das mühevollere Procedere eines gerichtlichen Verfahrens eine große Rolle spielen, kommt bei Endverbrauchern und Kleinanlegern die strukturelle Ungleichheit gegenüber den „großen und mächtigen“ Schädigern hinzu, während sich institutionelle Geschädigte darüber hinaus von geschäftspolitischen Diskretionsbedürfnissen und Risikoaversionen leiten lassen.

2.

Deutschland verfügt aktuell nicht über ein effizientes Sammelklagesystem.

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) hat nur einen beschränkten Anwendungsbereich und hat sich darüber hinaus als überaus unzureichend, schwerfällig, kompliziert und langwierig erwiesen. Den Kernvorteil einer Sammelklage, nämlich die Überflüssigkeit von Einzelklagen der verschiedenen Geschädigten, bietet das KapMuG nicht. Vielmehr zwingt es mangels Verjährungshemmung faktisch alle Geschädigten, die Schadensausgleich erreichen wollen, zur jeweils eigenen Klage.

Die im Verbraucher- und Wettbewerbsrecht vorgesehenen Verbandsklagen hingegen haben sich als weitgehend zahnlose Tiger erwiesen. Dies liegt zum einen an den mangelnden Anreizen für Geschädigte und deren Anwälte tätig zu werden. Zum anderen haben die Verbandsklagen den entscheidenden Nachteil, dass die Geschädigten hierbei keinen Ersatz ihres Schadens erhalten.

3.

Gefordert ist eine einheitliche Lösung des europäischen Gesetzgebers, ansonsten bleibt es beim „forum shopping“ innerhalb der EU und der generell höheren Attraktivität des US-Rechtssystems.

In vielen Fällen sind mehrere internationale Gerichtsstände denkbar, und obwohl sich in jüngerer Zeit in dieser Hinsicht zuweilen Schwierigkeiten ergeben haben, sind die amerikanischen Sammelklagen auch und gerade für institutionelle Geschädigte weiterhin eine attraktive Alternative.

4.

Ein effizientes Sammelklagesystem beinhaltet Verfahrensordnungen, in denen Ansprüche einer Vielzahl von Geschädigten durch die Aktivität Einzelner auf Basis eines „Opt-out“-Modells durchgesetzt werden können; Verbandsklagen alleine reichen nicht. Die Unzulänglichkeit der Verbandsklagenlösung wurde bereits angesprochen; ein zusätzliches Problem ist, dass nicht nur die einzelnen Verbraucher, sondern auch der Verband selbst nichts von einer solchen Klage haben, und dass der Verband darüber hinaus das Kostenrisiko eines Prozesses trägt. Eine Verfahrensordnung nach den soeben angesprochenen Grundsätzen dagegen würde die massenweise Erhebung von Einzelklagen überflüssig machen und so der Prozess- und Kostenökonomie dienen und die Gerichte entlasten. Das Opt-out-Modell bietet den Vorteil, den Gesamtschaden auf einfache Weise geltend zu machen und allen Geschädigten mit möglichst geringem Aufwand zu ihrem Recht zu verhelfen, wobei die psychologische Schwelle des eigenen Aktivwerdens möglichst gering gehalten wird.

5.

Ein effizientes Sammelklagesystem kann nicht allein durch eine (isolierte) verfahrensrechtliche Lösung herbeigeführt werden, sondern bedarf flankierend effektiver materieller Rechte, insbesondere: Hemmung der Verjährung; Möglichkeit der Beweisermittlung zugunsten der Geschädigten; Abschöpfung von Unrechtsgewinnen und deren Verteilung an die Geschädigten. Die allgemeine Hemmung der Verjährung ist im Interesse der Prozessökonomie unerlässlich. Ansonsten ist nämlich jeder Geschädigte – vor allem im Hinblick auf die übertrieben kurzen Verjährungsfristen in vielen Bereichen des Kapitalmarktrechtes – gezwungen, selbst aktiv zu werden, was der Prozessökonomie abträglich ist. Was die Beweisermittlung angeht, steht der Geschädigte sehr häufig vor dem Problem, dass die Schädigungshandlungen sich im Rahmen der internen Abläufe des Schädigers abspielen. Dies bedeutet ein massives Beweisproblem nicht nur für Kleinanleger und Endverbraucher, sondern durchaus auch für institutionelle Geschädigte. Was schließlich die Verteilung der Unrechtsgewinne an die Geschädigten anbelangt, so trägt dieses Erfordernis dem Umstand Rechnung, dass die Abschöpfung der „Erträge“ aus der Schädigung nur der eine Aspekt der Gerechtigkeit ist. Der andere Aspekt ist die Rückführung der Verluste an die Geschädigten. Die Argumentation, dies sei unterhalb einer gewissen Erheblichkeitsschwelle nicht erforderlich, ist aus Gerechtigkeitserwägungen äußerst zweifelhaft, zumal sich dann die Frage stellt, wo diese Erheblichkeitsschwelle gezogen wird - und wer sie zieht.

6.

Ein Sammelklagesystem erfordert weiter den Abbau sonstiger Barrieren für den Zugang zum Recht, insbesondere durch Ermäßigung der Gerichtskosten. Die Gerichtskosten in Deutschland zählen zu den höchsten in Europa. Während beispielsweise Frankreich und Italien den Zugang zum Recht auch bei einer 30-Mio-Klage gegen Gerichtskosten im niedrigen vierstelligen Bereich gewähren, kostet hierzulande bereits die erste Instanz 273.000,00 EUR. Das Gesamtkostenrisiko nach deutschem Recht bei einem Streitwert bis 17.000,00 EUR ist größer als der Streitwert selbst. Bei Streitwerten ab 30 Mio EUR ist das Kostenrisiko zwar im Verhältnis dazu geringer. Es beläuft sich aber immer noch auf über 3 Mio. EUR.

7.

Ein effizientes Sammelklagesystem benötigt schließlich Anreize für die Geschädigten zur aktiven Rechtsverfolgung. Aufgrund der empirisch belegten Inaktivität von Geschädigten („rationale Apathie“) bedarf es deshalb hinreichender Anreize für die Anwälte der Geschädig-

ten, insbesondere: Möglichkeit der Prozesskostenfinanzierung auch durch Anwälte; Liberalisierung von Erfolgsgebühren für Anwälte. Die rationale Apathie betrifft keineswegs nur Kleinanleger bzw. Endverbraucher, sondern durchaus auch institutionelle Geschädigte. Die Erfahrung hat gezeigt, dass institutionelle Investoren unter dem Eindruck der Kosten und Risiken oftmals fast zurückhaltender agieren als Kleinanleger bzw. Endverbraucher. Unter diesen Umständen ist das Recht auf die Hilfe der Anwälte angewiesen, die in solchen Situationen zum Instrument der Rechtsdurchsetzung und der Abschreckung gegenüber den Schädigern werden. Entsprechend ihrer Stellung als Organe der Rechtspflege tragen sie zur Förderung der Rechtstreue bei.

8.

Eine „Klageindustrie“ ist kein Schreckgespenst, sondern unverzichtbar im Kampf gegen die „Schädigerindustrie“. Diese Bezeichnung bezieht sich selbstverständlich nicht auf die gesamte Industrie an sich. Es gibt nicht *die* Schädigerindustrie, sondern *eine* Schädigerindustrie, und zwar in dem Sinne, dass immer wieder Teile der Industrie sich vollkommen hemmungslos über die rechtlichen Regeln hinweg setzen, weil sie wissen, dass aufgrund der massiv ungünstigen Rechtslage für Geschädigte mit all ihren Hindernissen, die sie oftmals selbst mit initiiert haben, kaum jemals eine Schadensersatzforderung „zurückkommen“ wird. Das wenige, was an Schadensersatzforderungen zurückkommt, wird vom Gewinn aus den Rechtsverstößen bei weiterem übertroffen und kann dann aus der „Portokasse“ beglichen werden. Das Public Enforcement andererseits hat sich immer wieder als unzureichend und fehleranfällig erwiesen. Darüber hinaus kann bei Fehlern der Behörde kaum einmal jemand dafür haftbar gemacht werden.

Bei der Diskussion über kollektiven Rechtsschutz wird immer wieder praktisch unisono unterstrichen, dass eine „Klageindustrie“ nach amerikanischem Vorbild unbedingt verhindert werden müsse. Es ist aber an der Zeit, dass die amerikanischen Rechtsinstitute nicht mehr unreflektiert als „böse“ abgelehnt werden. Wenn man schon rechtliche Missstände in den Vereinigten Staaten behaupten will, dann muss man sich auch detailliert mit deren Ursachen auseinandersetzen. Man wird dann feststellen, dass diese Missstände, so man sie denn tatsächlich als solche bezeichnen kann, auf einer Vielfalt von Ursachen beruhen. Jene Zutaten, die dem amerikanischen „Cocktail“ zuweilen eine etwas bittere Note verleihen, sind beispielsweise die sogenannten „punitive damages“, die Entscheidungen durch Laiengeschworene (auch wenn beides gar nicht in allen Fällen Anwendung findet) oder die Regel, dass jede Partei ihre eigenen Prozesskosten tragen muss. Fallen diese Elemente fort, so stellt sich auch eine echte Sammelklage als ein effizientes und praktisches Instrument zum Schutz kollektiver Rechtsinteressen dar, dem praktisch kein Missbrauchspotential inne wohnt.

Offensichtlich steht die Deutsche bzw. Europäische Rechtskultur im Hinblick auf Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes vor neuen Herausforderungen. In einer solchen Situation scheint es geraten, vorurteilsfrei den Blick über den europäischen Binnentellerrand zu heben und zielorientiert nach praktikablen Lösungen zu suchen, ohne sich dabei von den Pawlowischen Angstreflexen jener Lobby, gegen die es eigentlich vorzugehen gilt, behindern zu lassen.

9.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass ein effizientes Sammelklagesystem durchaus auch im Interesse von Wirtschaftsunternehmen steht. Die Erfahrung aus den USA zeigt nämlich, dass durchaus auch institutionelle Geschädigte – und zwar auch Europäische – oft und gerne von der Möglichkeit einer aktiven Teilnahme an einer Sammelklage Gebrauch machen. Dar-

über hinaus hat die gegenwärtige Misere der amerikanischen Wirtschaft sicherlich viele Ursachen. Doch die vielfach bemühte „Klageindustrie“ zählt dazu nicht.

Folglich möchten wir zu den einzelnen im Grünbuch aufgeworfenen Fragen wie folgt Stellung nehmen:

Frage 1:

Insoweit verweisen wir auf unsere oben genannte These Nr. 3. Außerdem besteht ohne verbindliche Vorgaben auf europäischer Ebene die Gefahr, dass die ohnehin schon sehr zaghaften Initiativen zur Einführung oder Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes – soweit überhaupt vorhanden – in vielen Ländern weiterhin von der in These Nr. 8 angesprochenen Lobby erfolgreich ausgebremst werden. Zu diesen Ländern wird Deutschland mit Sicherheit zählen. Als warnendes Beispiel mag hier die Situation in Italien dienen: Ein Gesetz über den kollektiven Rechtsschutz schien bereits mehrfach (1. Juli 2008, dann 1. Januar 2009) unmittelbar vor dem Inkrafttreten zu stehen, wurde aber immer wieder verschoben und nachverhandelt. Im Rahmen dieser Nachverhandlungen wurde der Anwendungsbereich zeitlich und materiell stark eingeschränkt. Gegenwärtig ist ein Inkrafttreten zum 1. Juli 2009 vorgesehen. Einheimische Fachleute fragen sich jedoch, ob es jemals dazu kommen wird.

Frage 2:

Kategorisch abzulehnen ist die Option 1, keine EG-Maßnahmen zu ergreifen. Die Kommission hat in ihren Erwägungen im Grünbuch bereits entscheidende Nachteile dieser Option erkannt. Darüber hinaus erfordern die europäischen Grundfreiheiten für die Wirtschaft, die letztlich auf die Gleichheit der Bedingungen für alle Anbieter im grenzüberschreitenden Verkehr innerhalb der EG hinauslaufen, auch ein gleiches Schutzniveau für Geschädigte dieser freien Wirtschaft quasi als deren logisches Spiegelbild. Dagegen ist Option 4, die Sicherstellung eines kollektiven Gerichtsverfahrens in allen Mitgliedstaaten, klar vorzugswürdig. Auf unsere oben genannten Thesen, insbesondere Thesen Nr. 1, 3, 4, 7 und 9, wird in diesem Zusammenhang verwiesen. Im Hinblick auf die in Europa so gerne diabolisierte „Kultur des Rechtsstreits“ sei vor allem auf Thesen Nr. 8 und 9 hingewiesen. Das Zusammenspiel der verschiedenen Elemente der in Bezug genommenen Prozessordnungen „nichteuropäischer Länder“ muss genau betrachtet werden. Was beispielsweise Erfolgshonorare anbelangt, ist nicht einzusehen, wie eine solche Möglichkeit die allseits gefürchtete „Klägerindustrie“ fördern sollte. Kein Anwalt wird nämlich einen Prozess mit mangelnden Erfolgsaussichten auf Basis eines Erfolgshonorars riskieren; die Möglichkeit von Erfolgshonoraren wird einer solchen „Klägerindustrie“ also sogar eher entgegenwirken. Auch wie von einer „Kultur des Rechtsstreits“ Anwälte mehr profitieren sollen als Geschädigte, ist unerfindlich. Selbst bei Erfolgshonoraren wird ein Anwalt nämlich stets nur einen Prozentsatz des Erfolges erhalten; der Löwenanteil steht selbstverständlich dem Mandanten zu. Für den klagenden Verbraucher bedeutet dies eine „Win-Win-Situation“. Angesichts einer weit verbreiteten „Kultur des Rechtsverstößes“ ist nicht einzusehen, was gegen eine „Kultur des Rechtsstreits“ spricht, wenn hierdurch Opfer dieser Rechtsverstöße ihre Rechte gegen die Schädiger geltend machen. Dieses Schreckgespenst von der „Kultur des Rechtsstreits“, „Klageindustrie“ etc. ist bei genauerer Betrachtung wenig durchdacht und erscheint vor allem als bloßes Schlagwort, als „Totschlag-Argument“, hinter dem sich die Interessen gewisser Lobbies erahnen lassen. Eine solche „Kultur des Rechtsstreits“ entspricht jedoch den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit. Ihr Gegenteil ist nämlich nicht etwa eine „Kultur des Rechtsfriedens“,

sondern eine Kultur des „Wir machen was wir wollen, weil uns keiner daran hindern kann“. Und eine solche Kultur macht sich leider in manchen Zweigen der Wirtschaft bemerkbar (vgl. nochmals oben These Nr. 8).

Andererseits stellt sich in diesem Zusammenhang nämlich ein weiteres, vom Grünbuch richtig erkanntes Problem: jenes des Zugangs zum Recht. Gerade in Deutschland wird dieser Zugang durch hohe Prozesskosten massiv behindert (vgl. oben These Nr. 6). Dem abzuhelpfen ist zur Förderung der jedermann zustehenden Rechtsverfolgung unerlässlich. Hierzu müssen einerseits die Gerichtskosten spürbar gesenkt werden, andererseits erscheint die Einführung von Möglichkeiten der Prozessfinanzierung wünschenswert. Hierdurch könnten sich bei richtiger Gestaltung auch die negativen Wirkungen des Prinzips der Kostentragung durch die unterlegene Partei vermeiden lassen. Dieses wirkt nämlich nicht nur als Schutz gegen unbegründete Klagen. Denn da sich der Erfolg oftmals nicht mit hinreichender Sicherheit im Vorhinein abschätzen lässt, wirkt es auch abschreckend bei durchaus begründeten Klagen. Bei offensichtlich aussichtslosen Begehren wird aber auch kein Prozessfinanzierer das Risiko eingehen wollen.

Die Nachteile eines Opt-in-Systems hat das Grünbuch richtig erkannt. Besonders zu unterstreichen ist, dass das Erfordernis eines eigenen Verfahrens für jeden Geschädigten aufgrund der rationalen Apathie massiv abschreckend wirkt. Vorzugswürdig ist daher die Opt-out-Lösung. Die Bedenken hinsichtlich einer Prozessflut bei dieser Lösung sind unbegründet: Nimmt man das Beispiel USA, an das man im Zusammenhang mit den vielfach erwähnten „nichteuropäischen Rechtssystemen“ wohl am meisten denkt, so beteiligt sich nach dem dortigen System die große Masse der Geschädigten zunächst gar nicht an dem Verfahren, das zunächst nur von einem bzw. einigen wenigen „Leitklägern“ geführt wird. Erst nach Vorliegen einer Entscheidung bzw. eines Vergleichs können die Geschädigten unkompliziert und ohne großen Aufwand an der Verteilung des Schadenersatzes teilhaben. Wie dies eine „Prozessflut“ fördern soll, ist logisch nicht nachzuvollziehen. Auch für den befürchteten enormen Aufwand im Hinblick auf die Ermittlung und Benachrichtigung der Geschädigten hält das US-System durch seinen Weg der Bekanntmachung eine praktikable Lösung bereit. Denkbar wäre auch ein Procedere ähnlich der öffentlichen Zustellung nach deutschem Recht (§ 185 ff. Zivilprozessordnung).

Frage 3:

Auf Option 1 und 4 wurde unter Frage 2 bereits ausführlich eingegangen.

Was Option 2 anbelangt, so erscheinen die Hilfestellungen für Verbraucher durch entsprechende Organisationen sowie deren EU-weite Kooperation im Rahmen eines Netzwerkes sicherlich als sinnvoll. Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch Verbände ist jedoch ungenügend; insofern wird nochmals auf unsere obige These Nr. 2 verwiesen. Auch der mangelnde Anreiz für die Verbände sei nochmals erwähnt, da diese von einem Vorgehen gegen Schädiger nur Aufwand, Kosten und vor allem das Prozesskostenrisiko haben (vgl. These Nr. 4).

Auch die Forderung nach dem Zugang zu den nationalen Gerichten für Kläger aus anderen Mitgliedstaaten ist zu unterstützen, sollte jedoch bereits heute eine Selbstverständlichkeit sein.

Auch Option 3 enthält zahlreiche vielversprechende Ansätze. Die Probleme der Kosten, der Komplexität der Verfahren und der mangelnden Information der Verbraucher hat das Grünbuch richtig erkannt. Dementsprechend unterstützen wir die angestrebte Kostensenkung, die Vereinfachung der Verfahren und Maßnahmen zur Information und Sensibilisierung der Verbraucher. Bedenken hegen wir jedoch gegen den Ausbau von alternativen Streitbeile-

gungsverfahren. Zum einen erfordern diese die Kooperationsbereitschaft aller Beteiligten. Zum anderen könnten solche Mechanismen leicht zur Zeitverschleppung missbraucht werden. Gerade die Erfahrung im Kapitalanlagebereich hat gezeigt, dass Beklagte aus verschiedenen Gründen oftmals versuchen, „auf Zeit zu spielen“.

Begrüßenswert ist ferner der Vorschlag, die nationalen Durchsetzungsbehörden zu stärken und EU-weit zu vernetzen, wie dies ja im Bereich der Finanzaufsicht bereits der Fall ist. Die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung sind im Verbraucher- und Anlegerschutz Instrumente, die Hand in Hand gehen und einander gegenseitig ergänzen. Eine entsprechende Kooperation, beispielsweise im Hinblick auf den Zugang zu Beweismitteln, wäre mehr als wünschenswert. Massiven Bedenken begegnet jedoch der Vorschlag, die Durchsetzung privater Schadenersatzansprüche in die Hände der Behörden zu legen. Dies würde die Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht und auch die Gewaltenteilung durchbrechen. Es liegt ferner im Interesse der Anspruchsinhaber wie auch der Anspruchsgegner, dass über Schadenersatzforderungen durch die Justiz entschieden wird, schon um die Qualität der zivilrechtlichen Entscheidung zu sichern. Auch unter dem Gesichtspunkt des Bürokratieabbaus ist eine solche Kompetenz der Behörden nicht empfehlenswert, zumal ein behördliches Verfahren keine geringere Dauer und keinen geringeren Aufwand als ein gerichtliches verspricht. Und nicht zuletzt ist auch seitens der Verbraucher gegenüber einer Behörde eher eine höhere Hemmschwelle zu erwarten als gegenüber einem Gericht.

Wenig erfolgversprechend erscheint ferner die Förderung selbstverpflichtender Maßnahmen, wie z.B. Beschwerdeverfahren. Derartige Einrichtungen erfordern stets den guten Willen des Schädigers und können leicht unterlaufen werden. Dass außerdem dieser gute Wille oftmals schlichtweg nicht vorhanden ist, wurde bereits dargelegt.

Frage 4:

In diesem Zusammenhang verweisen wir auf unsere neun Thesen, insbesondere auf Thesen Nr. 5, 6 und 7.

Frage 5:

Unserer Ansicht nach sollte die Option 4 gemäß unserer Antwort auf Frage 2 umgesetzt werden, ergänzt um die in unserer Antwort auf Frage 3 befürworteten Elemente von Option 2 und Option 3. Ferner sollten die in der Antwort auf Frage 4 in Bezug genommenen Elemente aus unseren Thesen hinzugefügt werden.

Frage 6:

Vgl. hierzu zunächst unsere These Nr. 3. Verbindliche Rechtsinstrumente sind notwendig, da unverbindliche Instrumente stets die Gefahr bergen, dass sie von einzelnen oder sogar von vielen Adressaten unterlaufen werden. Die Einheitlichkeit der Lösung und des Schutzniveaus wäre dann nicht mehr gewährleistet.

Frage 7:

Das Problem ist im Grünbuch und in Fachkreisen intensiv diskutiert worden. Unserer Überzeugung nach ist jene Lösung die beste, die wir in Beantwortung der vorhergehenden Fragen dargelegt haben. Flankierend hierzu halten wir die in unseren oben angeführten Thesen, hier vor allem Thesen Nr. 5, 6 und 7, geforderten zusätzlichen Elemente für erforderlich.

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an:

Herrn Rechtsanwalt Andreas W. Tilp

oder

Herrn Rechtsanwalt Dr. Thomas A. Roth

TILP Rechtsanwälte
Einhornstr. 21
72138 Kirchentellinsfurt
DEUTSCHLAND

Telefon +49-7121-90 90 90

Telefax +49-7121-90 90 981

E-Mail: sekretariat.tilp@tilp.com | sekretariat.roth@tilp.com