

DAS SYSTEM DES KOLLEKTIVEN RECHTSSCHUTZES IN DEUTSCHLAND

Astrid Stadler

Prof. Dr. Dr. h.c., Universität Konstanz

I. KOLLEKTIVER RECHTSSCHUTZ – EIN HÖCHST KONTROVERSES THEMA

Der kollektive Rechtsschutz war in Deutschland und in ganz Europa lange Jahre ein Thema, das nur wenige Wissenschaftler und Verbraucherschützer beschäftigt hat. Erst zu Beginn der 2000er Jahre führte die Idee der EU-Kommission, Formen des *private enforcement* aus den USA zu übernehmen, zu einer breiter angelegten Diskussion – zunächst im Kartellrecht, später im Verbraucherschutzrecht. Angesichts großer Rechtsschutzlücken in beiden Rechtsgebieten strebte die EU Kommission ein harmonisiertes einheitliches Instrument nach dem Vorbild der amerikanischen *class action* an. Wie so oft, verlief die Diskussion auf europäischer Ebene höchst kontrovers und zog sich über 20 Jahre hin.¹ Einige wenige Mitgliedstaaten reformierten daher ihr Recht aus eigener Initiative und führten in den Jahren 2003-2015 recht erfolgreiche neue prozessuale Instrumente ein, insbesondere in England und den Niederlanden. Beide Länder festigten damit die Vorteile ihres Justizstandortes für große internationale Schadensfälle. Aus diesem Grunde war, als man sich auf europäischer Ebene zumindest auf Eckpunkte des kollektiven Rechtsschutzes einigen konnte, an ein europaweit einheitliches Instrument nicht mehr zu denken. Nachdem eine unverbindliche Empfehlung der EU-Kommission von 2013² von kaum einem Mitgliedstaat beachtet wurde, gelang es erst 2020, sich auf eine verbindliche Richtlinie zu einigen.³ Sie beschränkt sich auf das Verbraucherrecht und macht nur Rahmenvorgaben, vor allem zu einer Leitungsklage im Interesse von Verbrauchern, die von Verbänden erhoben werden kann. Sie überlässt im Detail aber viel der Umsetzung der Mitgliedstaaten. In Deutschland stieß sie bis zuletzt auf politische Ablehnung der regierenden Koalition und der Wirtschaft. Die Umsetzung erfolgte sehr zögerlich und durch ein von politischen Kompromissen und technischen Unzulänglichkeiten gekennzeichnetes Gesetz, dem sog. Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz (VDuG) vom Oktober 2023.⁴

- 1 Zur Entwicklungsgeschichte s. Stadler, Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz, ZfPW 2015, 61 ff.
- 2 Empfehlung der Kommission v. 11.6.2013, „Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABL. EU L 201/60.
- 3 Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher.
- 4 Hierzu Stadler, Die neue Verbands(abhilfe)klage – Umsetzung der Richtlinie 2020/1828, ZZP 136 (2023), 129. Zwei wissenschaftliche Gutachten mit Umsetzungsvorschlägen wurde im Vorfeld streitig diskutiert, s. Gsell/Meller-Hannich, Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagerichtlinie, Gutachten für den vzbv v. 4. Februar 2021, <https://tinyurl.com/mr23hvhd>; Bruns, Die Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, Mohr Siebeck Tübingen, 2022.

1. AUSGANGSLAGE IN DEUTSCHLAND

In Deutschland stand man, anders als in Brasilien, seit jeher einer Popularklage misstrauisch gegenüber und lehnte ein solches Instrument zur Durchsetzung von Verbraucherinteressen oder öffentlichen Interessen ab.⁵ Der deutsche Zivilprozess bleibt dem Grundsatz treu, dass ein Kläger nur eigene Ansprüche geltend machen kann. Wenige Ausnahmen zur Prozessstandschaft durchbrechen das Prinzip. Das einzige nennenswerte Zugeständnis an die Durchsetzung von Kollektivinteressen blieb lange Zeit die in den 1960er und 70er Jahren eingeführte Verbands-Unterlassungsklage im Wettbewerbsrecht und später im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁶ Sie gab Verbraucherschutzverbänden ein Instrument an die Hand, das lange Zeit – auch international – als vorbildlich galt. Die Verbandsklage beließ es bei einem Zwei-Parteien-Prozess und vermied damit alle Probleme der schon damals in Deutschland sehr kontrovers diskutierten US amerikanischen *class action*.⁷ Der Verband macht insoweit bis heute einen eigenen materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend, Verbraucher sind an dem Verfahren nicht beteiligt.

Das deutsche Recht blieb dabei auch einem rein zivilrechtlichen Ansatz verhaftet und legt bis heute die Klagebefugnis ausschließlich in die Hände von Verbraucherverbänden, Industrie- und Handelskammern und sonstige private Interessenvereinigung der Wirtschaft. Eine Rechtsdurchsetzung privater Ansprüche durch Behörden oder Ombudspersonen mit einem quasi-behördlichen Status, wie es der Tradition etwa in Großbritannien oder Skandinavien entspricht, konnte sich in Deutschland nie durchsetzen. Die strikte Trennung des Gerichtssystems zwischen ordentlichen Gerichten und Verwaltungsgerichten prägt auch die Rechtsdurchsetzung kollektiver Interessen. Behörden haben begrenzte Möglichkeiten, gegen Rechtsverstöße im Verbraucherrecht vorzugehen, mögliche Bußgelder haben keine abschreckende Wirkung. Die Befugnisse der Staatsanwaltschaft sind in Deutschland strikt auf die Strafverfolgung beschränkt und spielen – anders als dies im römischen Rechtskreis der Fall ist – weder in der zivilrechtlichen Revisionsinstanz (dort als Vertreter des öffentlichen Interesses wie in Frankreich, Italien und Griechenland),⁸ noch im kollektiven Rechtsschutz eine Rolle.

5 Ausführlich hierzu *Halfmeier*, Die Popularklagen im Privatrecht, Tübingen 2006.

6 Heute geregelt in § 8 UWG (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb) und §§ 1 ff UKlaG (Unterlassungsklagengesetz).

7 Statt vieler für die skeptische Haltung gegenüber US *class actions*: Bruns, Instrumentalisierung des Zivilprozesses im Kollektivinteresse durch Gruppenklagen, NJW 2018, 2753; Rolf Stürner, The role of judges and lawyers in collective actions, I International Conference and XII Iberoamerican Procedural Law Convention, Buenos Aires 2012, IAPL 2012, 67; weit. Nachw. bei Stadler, Kollektiver Rechtsschutz – Chancen und Risiken, ZHR 2018, 623-655.

8 Hierzu Stadler, Revision und öffentliches Interesse, Festschr. Nikolaos Klamaris, Athen-Thessaloniki, 2016, 753 ff.; Stadler, Revisionstaktik – ist dagegen kein Kraut gewachsen?, VuR 2021, S. 361 f. (editorial).

2. EIN MANGELHAFTES EUROPÄISCHES GRUNDKONZEPT

A) DAS SCHRECKGESPENST DER US CLASS ACTION

In der europäischen Diskussion über ein *private enforcement* war die *US class action* einerseits Vorbild, andererseits wurde sie von der Wirtschaft – vor allem in Deutschland – erfolgreich als Schreckgespenst mit hohem Missbrauchspotential gebrandmarkt.⁹ Dabei wurde außer Acht gelassen, dass die Faktoren, welche im US Recht durchaus gewisse Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen, in Europa nicht gegeben waren und sind. Es gibt weder eine kostenträchtige *pretrial discovery-Phase*, noch gewaltige anwaltliche Erfolgshonorare oder unberechenbare *jury trials*. Die in Europa weitgehend geltende *loser-pays rule*, die dem Kläger ein hohes Kostenrisiko im Fall unbegründeter Klagen aufbürdet, verhindert, dass man beklagte Unternehmen mit aus der Luft gegriffenen Vorwürfen zuerst in ein Gerichtsverfahren, dann in fragwürdige Vergleiche treibt.

Die Angst vor den berüchtigten „amerikanischen Verhältnissen“ führte im Ergebnis dennoch dazu, dass sich in Europa ein der europäischen Tradition eher angepasstes eigenes Modell des kollektiven Rechtsschutzes durchsetzte. Dieses setzt gerade nicht – wie die *class action* – auf die Klage durch einzelne Geschädigte im Namen aller (als *private attorney general*), vielmehr bleibt die Durchsetzung von Kollektivinteressen weitgehend besonderen Verbänden und Interessenvereinigungen vorbehalten. Die nordischen Länder (Schweden, Dänemark, Norwegen, Finnland) waren Protagonisten in der Einführung von Kollektivklagen ab 2003. Sie lehnten sich einerseits noch eng an die US-amerikanische *class action* an und erlaubten auch Klagen durch einzelne Geschädigte. In der Praxis spielten aber nur Klagen durch Verbraucherombudspersonen, die quasi als öffentliche Behörde agieren, eine Rolle.

Die Fokussierung auf Verbände (nach Wahl einzelner Mitgliedstaaten auch staatlicher Behörden) hatte aus Sicht des europäischen Gesetzgebers den Vorteil, dass diese einem kontrollierbaren Satzungsinteresse verpflichtet sind und man die Klagebefugnis auf solche Verbände beschränken kann, die nicht gewinnorientiert sind.¹⁰ Zusammen mit dem weitgehenden Verbot eines anwaltlichen Erfolgshonorars in Europa sollten die in den USA berüchtigten „*lawyer driven class actions*“ verhindert werden. Zwar ist es richtig, dass *US class actions* primär vom Gewinnstreben der Anwaltschaft getrieben sind und bisweilen die Interessen der *class* in den Hintergrund gedrängt werden.¹¹ Wenn man als Staat aber möchte, dass sich einzelne Individuen oder Verbände für ein kollektives Interesse einsetzen, darf man die Finanzierungsfrage nicht ausblenden. Genau dies ist jedoch in Europa geschehen.

9 Hierzu ausführlich Stadler, Kollektiver Rechtsschutz – Chancen und Risiken, ZHR 2018, 623 ff.

10 Zur Rolle von Verbänden und des Gerichts bei Kollektivklagen Rolf Stürner, The role of judges and lawyers in collective actions, I International Conference and XII Iberoamerican Procedural Law Convention, Buenos Aires 2012, IAPL 2012, 67; Stadler, Collective Redress Litigation - A New Challenge for Courts in Europe, Festschrift Rolf Stürner, Mohr Siebeck Tübingen 2013, 1801-1816.

11 Dem versuchte etwa der Class Action Fairness Act 2005 in den USA entgegenzuwirken. Lesenswert John Coffee, Entrepreneurial Litigation – Its Rise, Fall and Future, Harvard Univ. Press 2015; Marcus, America's dynamic and extensive experience with collective litigation, in: Hodges/Stadler, Resolving Mass Disputes, Edward Elgar 2013, 148 ff.

Man setzte auf die Klagebefugnis von privaten Verbraucherorganisationen, ohne sich auf ein Finanzierungsmodell einigen zu können. Anwaltliche Erfolgshonorare stehen bis heute in Europa kaum zur Verfügung, die Verbraucherverbände sind von Mitgliedsbeiträgen und staatlicher Finanzierung abhängig. Man weist damit Akteuren eine Hauptrolle bei der Durchsetzung von kollektiven Verbraucherinteressen zu, die *de facto* kaum in der Lage sind, dieser Rolle flächendeckend gerecht zu werden. Seitens der Wirtschaft wurde dies zu Recht als ein Sieg betrachtet – es wird nicht allzu viele Verbandsklagen geben, das negativ besetzte Bild einer „Klageindustrie“ war politisch erfolgreich.

Die wechselvolle Diskussion auf europäischer Ebene führte im Jahre 2020 zu einer verbindlichen EU-Richtlinie (RL EU 2020/1828). Erstmals sind die Mitgliedstaaten nun verpflichtet, im Verbraucherrecht neben der Unterlassungsklage auch ein Instrument zur unmittelbaren Durchsetzung von Leistungsansprüchen, die sog. Abhilfeklage im Interesse von Verbrauchern einzuführen, die etwa auf Schadensersatz, Rückerstattung, Reparatur, etc. gerichtet sein kann. Für Deutschland liegt darin tatsächlich ein gewisser Fortschritt, weil man sich bis dahin nur auf wenig effektive Instrumente von Musterklagen und eine in der Praxis kaum genutzte Gewinnabschöpfungsklage hatte durchbringen können.

B) DAS ZIEL VON KOLLEKTIVKLAGEN – EINE FRAGE DER JUSTIZGEWÄHRUNG?

AA) MASSENKLAGEN VOR GERICHT

Ein weiterer konzeptioneller Mangel zeigt sich aber darin, dass ein einheitliches Instrument zur Verfügung gestellt wird, um damit ganz unterschiedliche Phänomene von Massenschäden zu bewältigen. Die Intention, mit einer Kollektivklage, den Zugang zu Gericht zu verbessern, ist nur ein Aspekt des Problems. Es besteht seit langem Einigkeit, dass zwei Arten von Massenschäden mit unterschiedlichen Folgen zu unterscheiden sind.

Einerseits geht es darum, eine Entlastung der Justiz herbeizuführen, wenn infolge eines Massenschadensereignisse – wie etwa den millionenfach manipulierten Dieselfahrzeugen – tausende von Klagen bei den Gerichten eingehen. Verbraucher bleiben keineswegs immer passiv. Das gilt vor allem, wenn sie – wie in Deutschland sehr verbreitet – eine private Rechtsschutzversicherung haben, welche die Prozesskosten trägt. Sind die eingetretenen Schäden groß genug, bestehen hinreichende Anreize für eine individuelle Anspruchsverfolgung. Die Justiz muss dann tausendfach dieselben Sach- und Rechtsfragen prüfen und immer wieder neu entscheiden.

Dieses Phänomen war bereits 2005 für den deutschen Gesetzgeber Anlass, im Kapitalmarktrecht ein Musterklage-Verfahren zur Justizentlastung probeweise einzuführen, das jedoch keine überzeugende Lösung darstellte. Auch der Dieselskandal, vom dem in Deutschland alleine 2,4 Millionen Fahrzeuge der Marke VW betroffen waren, belastet mit tausenden Klagen gegen Volkswagen und inzwischen viele andere Autohersteller die Gerichte in erheblichem Maße. So waren beispielsweise 2019 62.000 offene Klagen vor deutschen Zivilgerichten, die Oberlandesgerichte waren in der Berufungsinstanz teilweise zu mehr als 30% nur mit Dieselsklagen befasst. Der Bundesgerichtshof musste einen speziellen zusätzlichen „Hilfssenat“ nur für Dieselfälle einrichten. In einem großen

Vergleich zwischen einem Verbraucherverband und VW konnten im Jahr 2021 immerhin 245.000 Fälle erledigt werden.

BB) MASSENSCHADENSFÄLLE OHNE SCHADENSERSATZPROZESSE

Eine zweite Fallgruppe betrifft das umgekehrte Problem: Trotz eines Massenschadens werden keine Klagen erhoben. Verbraucherschützer weisen schon seit mehr als 20 Jahren auf sog. Bagatell- und Streuschäden hin. Bei ihnen kann der wirtschaftliche Gesamtschaden zwar enorm sein kann, einzelne Verbraucher erleiden aber nur minimale Schäden und sehen daher – völlig rational – von einer individuellen Rechtsdurchsetzung ab, weil der Aufwand nicht lohnt. Im US Recht spricht man anschaulich von sog. *negative value claims*. Hier unterbleibt nicht nur eine Schadenskompensation, gefährdet ist darüber hinaus vor allem die Bewährung objektiven Rechts, weil massenhafte und teilweise auch vorsätzliche Verstöße von Unternehmen gegen (Verbraucher-) Recht ungeahndet bleiben. Dies ist geradezu eine Einladung zum weiteren Rechtsbruch, weil behördliche und strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten oft nicht greifen oder mögliche Bußgelder keine abschreckende Wirkung entfalten. Kollektivklagen zur Durchsetzung solcher Bagatellschäden gehen daher über den in Deutschland traditionell anerkannten Primärzweck des Zivilprozesses, einzelne subjektive Rechte durchzusetzen, hinaus und sind von einem überindividuellen, öffentlichen Interesse getragen. Ob hier eine auf Ersatz der Bagatellschäden gerichtete Klage wirklich das geeignete Instrument ist, kann man mit guten Gründen bezweifeln. Eine Abschöpfung des rechtswidrig erzielten Gewinns beim Verletzer könnte auf einfacherem Wege eine größerer Präventionswirkung entfalten.

Trotz dieser unterschiedlichen Zielsetzung differenziert weder die EU-Verbandsklage-Richtlinie noch das deutsche Umsetzungsgesetz nach diesen beiden Fallgruppen und setzt ganz primär auf Schadensersatzklagen, ohne nach der Höhe der Schäden zu differenzieren. Auch der deutsche Gesetzgeber nimmt ein umständliches Verfahren in Kauf, um eine möglichst 100%ige Entschädigung der Verbraucher zu erreichen.¹² Das verkauft sich rechtspolitisch zunächst gut, dient aber insgesamt kaum dem Verbraucherinteresse.

II. DIE UMSETZUNG DER VERBANDSKLAGE-RICHTLINIE DURCH DAS DEUTSCHE VERBRAUCHER-RECHTEDURCHSETZUNGSGESETZ (VDUG)

1. KLAGEBEFUGNIS UND FINANZIERUNG

Der deutsche Gesetzgeber nutzte den Umsetzungsspielraum, den die Verbandsklage-Richtlinie den Mitgliedstaaten belässt, für eine sehr restriktive Umsetzung.¹³ Klagebefugte

12 Das zeigt sich an der Ausgestaltung des Umsetzungsverfahrens nach §§ 22 ff. VDuG und § 21 VDuG: wenn der zunächst vom Beklagten zu zahlende Betrag nicht für die Befriedigung aller Verbraucher ausreicht, kann der Verband eine Nachzahlung verlangen.

13 Zwar bezieht § 1 VDuG auch Kleinunternehmer in den Anwendungsbereich ein und geht damit über die Vorgaben der Richtlinie hinaus. Praktische Bedeutung wird dies aber selten erlangen, weil Verbraucherverbände sich nicht als Interessenvertreter von Unternehmen verstehen. Hinzukommt,

Organisationen sind nur nicht profitorientierte Verbraucherverbände.¹⁴ Behörden spielen als Kläger nach wie vor keine Rolle. Das gleiche gilt für einzelne Geschädigte – sie können keine Kollektivklage betreiben. Damit hängt die Effizienz der neuen Abhilfeklage ganz von den Einsatzmöglichkeiten der Verbraucherverbände ab. Deren Budget ist im europäischen Vergleich dank überwiegender Finanzierung aus staatlichen Mitteln nicht schlecht, aber ihre personellen und finanziellen Mittel reichen keineswegs aus, auch nur annähernd alle Fälle von Massenschäden aufzugreifen. Sie haben schon in der Vergangenheit in erheblichem Maße auf eine Fremdfinanzierung von Prozessen zurückgreifen müssen, um große Verfahren durchzuführen.

In Europa hat sich in den letzten 10 Jahren ein lebhafter und lukrativer Markt der gewerblichen Prozessfinanzierung etabliert. Dabei geht es nicht um die in deutschen Privathaushalten weit verbreitete Rechtsschutzversicherung (sog. before-the-event, BTE, insurance), sondern um die gezielte Finanzierung einzelner Verfahren (sog. after-the-event, ATE, insurance). Kommerzielle Prozessfinanzierer bieten die Kosten- und Risikoübernahme eines konkreten Prozesses nach sorgfältiger Prüfung der Erfolgsaussichten an und verlangen dafür im Erfolgsfall eine Beteiligung an den Zahlungen des Beklagten. Obwohl die EU-Richtlinie eine solche Drittfinanzierung von Abhilfeklage durch gewerbliche Prozessfinanzierer nicht verbietet,¹⁵ steht sie ihr grundsätzlich skeptisch gegenüber. Dies hängt einmal damit zusammen, dass die Geschädigten, die sich auf dieses Modell einlassen, nur einen Teil ihrer Entschädigungssumme erhalten. Besonders stören sich aber manche daran, dass Zivilprozesse damit zu einer kommerziellen Einnahmequelle und in gewisser Weise zum Investitions- bzw. Spekulationsobjekt werden. Andererseits muss man eingestehen, dass viele Prozesse ohne eine solche finanzielle Absicherung nicht geführt werden können. Die Prozessfinanzierung trägt daher dazu bei, den Zugang zu Gericht zu verbessern.

Auch in Deutschland entschied man sich aber für eine Lösung, die den Verbandsklagen von vorne herein erhebliche Schranken setzt. Die Verbände dürfen zwar auf gewerbliche Prozessfinanzierer zurückgreifen. Deren Erfolgsgebühr darf jedoch im Einzelfall 10% des erstrittenen Betrages nicht überschreiten.¹⁶ Dieser Prozentsatz liegt weit unter den am Markt üblichen Margen von 25-35 %. Da auch rechtstechnische Einzelheiten zur Frage, wie Verbände solche Finanzierungsverträge abschließen und die Erfolgsgebühr von dem für die Verbraucher erstrittenen Betrag abziehen dürfen, völlig offen sind, wird es eine solche Fremdfinanzierung praktisch kaum geben. Die deutschen Verbraucherverbände werden daher nur sehr selektiv von dem neuen Instrument Gebrauch machen können. Seit Inkrafttreten der Neuregelung im Oktober 2023 sind auch erst 7 Verfahren eingeleitet worden.¹⁷

dass jedenfalls bei vertraglichen Ansprüchen die anzuwendenden Vorschriften in b2b-Verträgen deutlich abweichen von b2c-Verträgen, so dass eine Bündelung in einem Verfahren an dem Erfordernis der Gleichartigkeit (§ 15 VDuG) zu scheitern droht.

14 § 2 VDuG iVm § 4 UKlaG.

15 Einige Schutzmaßnahmen sind in Art. 10 Verbandsklage-RL genannt. Dabei geht es um die Vermeidung von Interessenkonflikten und eine gewisse Transparenz.

16 § 4 Abs. 2 Nr. 3 VDuG.

17 Klageregister: <https://tinyurl.com/5ykweavd>.

2. TYPISCHER VERFAHRENABLAUF

Das VDuG geht einen komplizierten Weg für die Durchsetzung von Verbraucheransprüchen. In den praktisch wohl wichtigsten Fällen, in denen der Verband im Interesse einer Gruppe von nicht näher identifizierbaren Verbrauchern klagt, stellt sich immer die folgende Frage: Wie detailliert muss das Gericht auf jeden einzelnen Anspruch eingehen? Sind großzügige Pausalierungen etwa bei der Schadenshöhe im Interesse eines schnellen Verfahrens zulässig?

Der deutsche Gesetzgeber hat sich für folgende Lösung entschieden: Verbände können in solchen Fällen ein Unternehmen auf Zahlung eines sog. „kollektiven Gesamtbetrages“ verklagen und müssen die betroffenen Verbraucher nur nach allgemeinen Kriterien beschreiben.¹⁸ Es handelt sich um ein *opt-in* System, d.h. Verbraucher profitieren von dem Verfahren nur, wenn sie sich aktiv registrieren lassen.¹⁹ Dafür haben sie ab Bekanntgabe der Klage bis drei Wochen nach dem Ende der mündlichen Verhandlung Zeit – aber vor Erlass eines Urteils.

Das Gericht muss dabei – vereinfacht gesprochen – nur über die Haftung des Beklagten dem Grunde nach entscheiden und abschätzen, welcher Gesamtschaden entstanden sein könnte.²⁰ Die einzelnen Ansprüche der Verbraucher sind dabei nicht Verfahrensgegenstand. Den Gesamtschaden muss das Gericht erst festlegen, wenn die Frist für Verbraucheranmeldungen abgelaufen ist. Allerdings muss bei der Anmeldung der individuelle Schaden weder genau beziffert, noch belegt werden. Das Gericht hat also nur eine sehr unzureichende Schätzungsgrundlage.

Den vom Gericht festgelegten „kollektiven Gesamtbetrag“ muss der Beklagte in einen Fonds einzahlen. An dieser Stelle endet die Verantwortung des klagenden Verbandes. Die Verteilung des Fonds übernimmt ein vom Gericht eingesetzter Sachwalter. Die registrierten Verbraucher müssen dafür die vom Gericht beschriebenen Nachweise für ihre Berechtigung vorlegen – regelmäßig Urkunden, Verträge oder dergleichen – und die Höhe ihres Schadens beweisen. Stellt sich heraus, dass der Gesamtbetrag nicht für alle Verbraucheransprüche ausreicht, kann der Verbraucherverband solange auf Nachzahlung klagen, bis alle Verbraucher durch Auszahlungen des Sachwalters vollständig befriedigt sind.²¹

Dieses Verfahren hat mehrere Nachteile: 1) da der Sachwalter nicht Teil des Gerichts ist, darf er keine richtigen Beweisaufnahmen durchführen, sondern kann im Grunde nur formale Nachweise prüfen. Damit ist das ganze Verfahren von vorneherein nur für einfach nachweisbare Vermögensschäden geeignet, keinesfalls für Körper- oder Gesundheitsschäden. Soweit die Berechtigung des Verbrauchers nur mit komplizierten

18 §§ 14 ff VDuG.

19 § 46 VDuG.

20 Einen Überblick über das Verfahren gibt Röthemeyer, Das Verbraucherrechte-Durchsetzungsgesetz zur Umsetzung der Verbandsklage-Richtlinie – Die neue Abhilfeklage, VuR 2023, 332; Röthemeyer, Ein Jahr Abhilfeklage nach Verbandsklagen-RL, BKR 2024, 977.

21 § 21 VDuG: Klagen auf Erhöhung des kollektiven Gesamtbetrages.

Nachweisen wie Sachverständigengutachten, Zeugenaussagen etc. belegt werden kann, wird er auf eine individuelle Klage verwiesen.²²

2) Das Verteilungsverfahren wird dadurch unnötig komplex, dass gegen die Entscheidung des Sachwalters sowohl der einzelne Verbraucher als auch das Unternehmen Widerspruch einlegen können, über den das Gericht entscheiden muss. Die Unternehmen werden hier von häufig Gebrauch machen, um großzügige Auszahlungen durch den Sachwalter und Nachforderungen des Verbandes zu vermeiden. Eine abschließende Schadensschätzung durch das Gericht und eine gegebenenfalls anteilig gekürzte Befriedigung der Verbraucher wäre schneller und vorzugswürdig gewesen. Der Nachteil für die Verbraucher würde allemal aufgewogen durch ein zügiges und völlig risikofreies Verfahren für den Einzelnen.

Das sog. Umsetzungsverfahren, die Verteilung des kollektiven Gesamtbetrages durch den Sachwalter ersetzt die Zwangsvollstreckung und ist letztlich in Stück weit dem Insolvenzverfahren nachgebildet.²³ Der Sachwalter hat eine – eingeschränkte – Prüfungskompetenz und darf Geld direkt an die Verbraucher auszahlen. Der klageberechtigte Verband muss nur zur Zwangsvollstreckung schreiten, wenn sich das Unternehmen weigert, den Betrag in den Fonds einzuzahlen.

3. SPEKTRUM DES KOLLEKTIVEN RECHTSSCHUTZES IN DEUTSCHLAND NACH DER UMSETZUNG DER VERBANDSKLAGE-RICHTLINIE

Insgesamt steht deutschen Verbraucherverbänden nun folgendes Spektrum an Kollektivklagen im Verbraucherrecht im weitesten Sinne zur Verfügung: Neben der traditionellen Unterlassungsklage, kann auf Leistung aller Art geklagt werden. Dabei unterscheidet das VDuG nur zwei Arten von Abhilfeklagen durch Verbände. Hierzu gehört einmal die gerade geschilderte Klage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages, wenn die Geschädigten zu Beginn des Verfahrens noch weitgehend unbekannt sind und nur allgemein beschrieben werden können (zB. alle Verbraucher, die ein bestimmtes Produkt in einem genau bestimmten Zeitabschnitt erworben haben). Das VDuG sieht aber auch eine Abhilfeklage durch Verbände vor, wenn ausnahmsweise die geschädigten Verbraucher namentlich aufgezählt und ihre Schäden bereits beziffert werden können.²⁴ Dieser Fall wird allerdings selten auftreten und ist nur realistisch, wenn es um eine überschaubare Zahl von Verbraucher geht.

Statt in solcher Weise auf Leistung zu klagen, können die Verbände sich aber auch auf eine sog. Musterfeststellungsklage beschränken, bei der das Gericht nur bestimmte tatsächliche oder rechtliche Haftungsvoraussetzungen klärt.²⁵ Verbraucher können sich auch hier registrieren, bekommen aber noch keine Leistung, sondern müssen nach erfolgreicher

22 § 39 VDuG.

23 §§ 22-38 VDuG.

24 § 14 S. 1 VDuG.

25 §§ 41, 42 VDuG; bis Oktober 2023 in §§ 606 ff ZPO geregelt.

Musterfeststellung individuell gegen den Beklagten vorgehen. Zu guter Letzt bleibt noch die Möglichkeit einer Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, die allerdings auf das Wettbewerbs- und Kartellrecht beschränkt ist.²⁶

III. DAS VERHÄLTNIS DER KLAGEARTEN UNTEREINANDER

1. DAS VERHÄLTNIS VON UNTERLASSUNGS- UND ABHILFEKLAGEN

Die traditionelle Unterlassungsklage für Verbände wurde bei der Umsetzung der Verbandsklage-Richtlinie kaum geändert, die Zuständigkeit wurde auf die Ebene der Oberlandesgerichte verlagert, die auch für Abhilfeklagen und Musterfeststellungsklagen zuständig sind. Dies soll vor allem eine Kombination der Klagearten ermöglichen. Die Anwendungsbereiche sind allerdings nicht völlig deckungsgleich. Abhilfeklage können – infolge einer richtlinienüberschreitende Umsetzung – für alle zivilrechtlichen Ansprüche gegen Unternehmen erhoben werden und sind nicht auf das Verbraucherrecht im engeren Sinne beschränkt. Es werden auch alle deliktischen Klagen erfasst.²⁷ Unterlassungsklagen dürfen Verbände hingegen nur im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, im Wettbewerbsrecht (UWG), im Urheberrecht und bei Verletzung verbraucherpezifischer Regelungen aus dem Anhang der Verbandsklage-RL erheben.²⁸

Unterlassungsklagen sind nur zulässig und begründet, solange das rechtswidrige Verhalten des Beklagten andauert und er nach Aufforderung durch einen Verband keine verbindliche Erklärung abgegeben hat, das beanstandete Verhalten in Zukunft zu unterlassen. Dauert die Verletzungshandlung noch an, werden Verbraucherverbände neben einer Abhilfeklage auf Schadensersatz regelmäßig gleichzeitig auch eine Unterlassungsklage erheben. Der Grund liegt in der unterschiedlichen Verjährungsregelung: Die Erhebung einer Verbands-Unterlassungsklage muss schon nach der EU-Verbandsklage-RiLi²⁹ die Wirkung haben, die individuellen Ansprüche *aller Verbraucher*, die von dem beanstandeten Verhalten betroffen sind, zu hemmen oder zu unterbrechen. Dies verhindert also zunächst eine Klagewelle – die Betroffenen können abwarten, wie die Unterlassungsklage ausgeht. Eine isolierte Verbandsabhilfe – oder Musterfeststellungsklage hat eine solche Breitenwirkung hingegen nicht. Nach der deutschen Umsetzung hemmt sie nur die Ansprüche von Verbrauchern, die sich auch für Abhilfeklage registriert haben.³⁰ Wer also ein gegebenenfalls langes Verbandsklageverfahren nicht abwarten möchte, wird bzw. muss individuell klagen, um die Verjährung seiner Ansprüche zu verhindern. Eine Entlastung der Justiz wird daher in vielen Fällen nicht eintreten.

26 §§ 10 UWG (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb), 34a GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen).

27 § 1 VDuG.

28 §§ 1-2c UKlaG (Unterlassungsklagegesetz); § 8 UWG (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb).

29 Art. 16 Abs. 1 Verbandsklage-RL, § 204a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

30 Art. 16 Abs. 2 Verbandsklage-RL, § 204a Abs. 1 Nr. 3 und 4 BGB.

2. VERHÄLTNIS VON ABHILFE- UND MUSTERFESTSTELLUNGSKLAGEN

A) INNERHALB DES VDUG

Der deutsche Gesetzgeber hat bereits im Jahre 2018 eine Musterfeststellungsklage durch Verbraucherverbände eingeführt.³¹ Dies geschah unter dem politischen Druck des VW-Dieselskandals, nachdem 3 Jahre nach Bekanntwerden der Manipulationen an Dieselfahrzeugen im Jahre 2015 in Deutschland noch kaum Urteile gegen den Autohersteller ergangen waren. In den USA war hingegen schon 2016 im Rahmen von konsolidierten class actions ein umfassender Vergleich mit VW erzielt worden. Die Musterfeststellungsklage war schon damals ein fragwürdiger politischer Kompromiss, bei dem der Gesetzgeber der Wirtschaft letztlich nicht schaden wollte. Es war ein halbherziger Versuch einer Sammelklage, der in der Praxis keine große Bedeutung erlangt hat. Statt der vom Gesetzgeber geschätzten 450 Verfahren pro Jahr gab es von 2018-2023 insgesamt nur weniger als 40 Verfahren.

Der Grund für den fehlenden Erfolg liegt in der umständlichen Zweistufigkeit des Verfahrens. Verbraucherverbände können danach auf Feststellung einzelner Tatsachen- und Rechtsfrage zur Haftung eines Unternehmens klagen, wenn diese für viele Ansprüche relevant sind. Verbraucher können sich im Rahmen dieser Musterfeststellungsklage anmelden und profitieren dann von einem Vergleich oder einer positiven Musterfeststellung. Sie müssen aber, wenn das Unternehmen nicht freiwillig zahlt und kein Vergleich zustande kommt, im Anschluss eine eigene Leistungsklage erheben. Dabei profitieren sie von der Bindungswirkung der Feststellung, sie müssen aber selbst die Initiative ergreifen. Für Bagatellschäden ist das Verfahren daher völlig ungeeignet, weil die betroffenen Verbraucher gleich zweimal aktiv werden müssten – bei der Registrierung und bei der späteren Individualklage.³²

Obwohl sich diese Form der Kollektivklage also keineswegs bewährt hat, wurde sie im VDuG 2023 übernommen und nur leicht modifiziert. Entgegen der allgemeinen Subsidiarität der Feststellungs- gegenüber der Leistungsklage können die Verbraucherverbände wählen, ob sie mit einer Musterfeststellungs- oder Abhilfeklage gegen ein Unternehmen vorgehen möchten. Letztlich ist dies wichtig, weil die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Abhilfeklage sehr streng sind und im Einzelnen noch vieles unklar ist.

Der Grund dafür liegt darin, dass eine Abhilfeklage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrages nur zulässig ist, wenn „die von der Klage betroffenen Ansprüche von Verbrauchern im Wesentlichen gleichartig sind.“³³ Das ist nach der gesetzlichen Regelung der Fall, wenn 1. die Ansprüche auf demselben Sachverhalt oder auf einer Reihe im Wesentlichen vergleichbarer Sachverhalte beruhen und 2. für die Ansprüche die im Wesentlichen gleichen Tatsachen- und Rechtsfragen entscheidungserheblich sind.

31 §§ 606 ff ZPO, in Kraft bis Oktober 2023.

32 Zur Kritik an der Konzeption der Musterfeststellungsklage Stadler, Kollektiver Rechtsschutz quo vadis?, JZ 2018, 793 ff.

33 § 15 VDuG.

Durch die kumulativen Voraussetzungen genügt es nicht, wenn die Ansprüche nur aus demselben Sachverhalt entstehen, sie müssen letztlich auf der selben Anspruchsgrundlage beruhen. In den Gesetzesmaterialien heißt es dazu, dass Gleichartigkeit nur gegeben sei, wenn das Gericht im Rahmen der Abhilfeklage regelmäßig keine individuellen Voraussetzungen des Anspruchs prüfen muss. Die Ansprüche müssen also quasi identisch sein. Weiterhin muss die Berechnung des Schadens „formelhaft“ möglich sein. Das Gleichartigkeitserfordernis wurde in der letzten Stufe des Gesetzgebungsverfahrens dahingehend gemildert, dass nur „im Wesentlichen“ Gleichartigkeit gegeben sein muss. Was das bedeutet, muss die Rechtsprechung aber erst noch klären. Dies führt also zu einer erheblichen Verunsicherung der Verbände.

Problematisch sind jedenfalls alle Fälle, in denen ein individueller Schadensersatz- oder Zahlungsanspruch von Voraussetzungen abhängt, die je nach Betroffenen unterschiedlich sein können – etwa Fragen der Kausalität, des Mitverschuldens oder des Schadensumfangs. Im Rahmen der Abhilfeklage kann dies vom Gericht schon deshalb nicht geprüft werden, weil sich Verbraucher ja noch sehr spät, nämlich erst nach Abschluss der mündlichen Verhandlung anmelden können. Auch bei der späteren Verteilung durch den Sachwalter ist – wie bereits erwähnt – nur eine schematische Prüfung anhand einfacher Beweismittel wie Vertragsdokumenten, Urkunden, Emails etc. möglich. Damit scheiden z.B. für die Abhilfeklage alle Ansprüche aus Körper- und Gesundheitsschäden aus. Bei anderen ist die genaue Abgrenzung noch unklar. So kann etwa die Verjährung immer von subjektiven Kenntnissen des Einzelnen abhängen; das gleich gilt für Mängelansprüche beim Kauf, die entfallen, wenn der Käufer den Mangel kannte.³⁴ Für die praktisch sehr relevanten massenhaften Verletzungen von Datenschutzverletzungen hat der Bundesgerichtshof³⁵ nun die Möglichkeit von Verbandsklagen nach dem VDuG eröffnet. Dort geht es regelmäßig nach Art. 82 der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) um immaterielle Schäden von Personen, die von einem Datenleak betroffen sind. Grundsätzlich müssen solche immateriellen Beeinträchtigungen individuell festgestellt werden, was in einem VDuG-Verfahren nicht möglich ist. Nun haben der BGH und der EuGH³⁶ zugelassen, dass schon alleine der objektive Kontrollverlust über personenbezogene Daten einen solchen Nichtvermögensschaden darstellt. Es bedarf keiner individuellen Prüfung. Die Ansprüche sind damit gleichartig.

In Fällen, in denen die Gleichartigkeit nicht so klar ist, werden die Verbraucherverbände das Risiko einer Abhilfeklage nicht eingehen. Sie können stattdessen einzelne Tatbestandselemente der Haftung im Wege einer Musterfeststellungsklage gerichtlich feststellen lassen. Die Betroffenen müssen dann ohnehin selbst auf der Basis eines solchen Musterfeststellung individuell klagen und das Gericht kann dann in dieser zweiten Stufe über individuelle Anspruchsvoraussetzungen entscheiden. Eine verbraucherfreundliche Lösung ist dies freilich nicht.

34 § 442 Abs. 1 BGB.

35 BGH NJW 2025, 298, Urt. v. 28.11.2024, VI ZR 10/24.

36 EuGH C-200/23, Urt. v. 4.10.2024 Juris; EuGH DB 2024, 1676; EuGH NJW 2024, 1561.

B) VERHÄLTNIS VON KLAGEN NACH DEM VDUG ZUR MUSTERFESTSTELLUNG IM KAPITALMARKTRECHT

Im Jahre 2005 trat das sog. Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz in Kraft (KapMuG). Es war die Reaktion des Gesetzgebers auf massenhafte Klage von privaten Anlegern wegen Fehlinformationen der Deutschen Telekom bei mehreren Börsengängen. Weil die Gerichte nicht in der Lage waren, die tausende von Einzelklagen in absehbarer Zeit zu bewältigen, wurde ein neues Instrument speziell für das Kapitalmarktrecht geschaffen. Auch damals scheute man vor einer richtigen class action oder Sammelklage zurück und schuf stattdessen die Möglichkeit eines Musterprozesses mit Bindungswirkung.

Dabei handelt es sich nicht um eine Verbandsklage, sondern um eine Art Zwischenverfahren im Rahmen individueller Klagen. Der Musterprozess setzt voraus, dass bereits eine Reihe von Einzelklagen erhoben wurde. Wenn in mindestens 9 Verfahren ein Antrag auf Durchführung eines Musterverfahrens vor dem Oberlandesgericht gestellt wird,³⁷ wählt das OLG unter den bereits aktiven Klägern einen Musterkläger aus und entscheidet in einem einzigen Verfahren über ausgewählte Feststellungsziele, d.h. tatsächliche und/oder rechtliche Voraussetzungen der Haftung wegen falscher, irreführender oder unterlassener Kapitalmarktinformation, die für alle Ansprüche gleichermaßen zu prüfen sind.³⁸ Alle anhängigen Einzelverfahren, die von der Entscheidung dieser Feststellungsziele abhängen, werden bis zur Entscheidung des OLG im Musterverfahren ausgesetzt und erst später auf der Basis der Musterentscheidung entschieden. Das KapMuG wurde bereits mehrfach reformiert, ist aber immer noch sehr komplex und die Prozesse langwierig. Der Ursprungsfall, der Anlass für die Gesetzesinitiative war, – das Telekom-Verfahren – wurde zB erst nach 20 Jahren durch einen Vergleich beendet.

Lange Zeit blieb das Verhältnis zwischen diesem speziellen Musterverfahren im Kapitalmarktrecht und der allgemeinen Musterfeststellungsklage aus dem Jahre 2018 ungeklärt. Nun hat der Gesetzgeber klargestellt, dass beide Verfahren einander nicht ausschließen und auch parallel geführt werden können.³⁹ Da die Verbandsklage-RL im Anhang ausdrücklich Fälle der Prospekthaftung in ihren Anwendungsbereich einbezieht, konnte der deutsche Gesetzgeber sich nicht für einen Vorrang oder Exklusivität des KapMuG-Verfahrens entscheiden, weil dort keine Verbandsklagemöglichkeit vorgesehen ist. Verbandsklagen nach dem VDUG gibt es rein praktisch derzeit im Kapitalmarktrecht schon deshalb nicht, weil es keine Interessenvereinigungen gibt, die solche Verfahren durchführen können und wollen. Es gibt zwar einige sog. „Schutzgemeinschaften für Anleger“, diese sind aber auf Beratung der Kleinanleger und deren Vertretung in Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften spezialisiert - sie führen bislang keine Schadensersatzklagen für private Anleger.

37 § 7 Abs. 1 KapMuG.

38 §§ 1 Abs. 1, 2 KapMuG.

39 § 1 Abs. 3 KapMuG und § 1 Abs. 3 VDUG.

3. KLAGEN NACH DEM ZESSIONSMODELL

Letzlich sei an dieser Stelle noch erwähnt, dass sich inzwischen am Rechtsdienstleistungsmarkt noch ein ganz anderes Modell der Kollektivierung von Ansprüchen durchgesetzt hat. Es gibt eine Vielzahl von Unternehmen, die auf die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen von Verbrauchern und von Ansprüchen im Kartellschadensrechts spezialisiert sind. Sie arbeiten – mangels Sammelklage durch private natürliche oder juristische Personen – auf der Basis von Abtretungen und klagen die abgetretenen Ansprüche gebündelt in eigenem Namen ein. Dabei arbeiten sie oft mit kommerziellen Prozessfinanzierern zusammen und übernehmen die Verfahrenskosten und das Prozessrisiko, so dass der Prozess für die Zedenten kostenlos ist. Im Gegenzug erhalten sie im Erfolgsfall eine Gebühr von 20-35% des erstrittenen Betrages. Das Modell wird sehr häufig von LegalTech Unternehmen angeboten, die über das Internet rein software-basiert die Ansprüche vorprüfen und sich abtreten lassen. Besonders erfolgreich ist dies im Verbraucherrecht bei den zahlreichen Entschädigungsansprüchen von Fluggästen, die nach einer europäischen Verordnung bei Flugausfällen und – verspätungen zwischen 250 und 600 Euro verlangen können. Hier ist eine rein schematische, computerbasierte Prüfung der Ansprüche möglich und die Erfolgsaussichten sind sehr hoch. Betroffene wählen gerne diese einfache und für sie völlig sorglose Form der Rechtsdurchsetzung, weil Fluggesellschaften häufig auch in klaren Fällen nicht freiwillig bezahlen. Die Erfolgsgebühr nehmen die Fluggäste dabei oft problemlos in Kauf, weil ihnen ohnehin kein wirklicher Schaden entstanden ist – sieht man von dem Ärger über die Verspätung des Fluges ab. Die Amtsgerichte am Sitz der Fluggesellschaften sind inzwischen teilweise zu ca. 60% aller Fälle mit solchen Klagen befasst. Vor diesen Amtsgerichten sind derzeit ca. 130.000 solcher Klagen anhängig.⁴⁰

LegalTech-Unternehmen haben sich aber auch in den Dieselfällen und für andere Verbraucheransprüche dieses Modells bedient. Auf diese Weise sind neben den Verbraucherorganisationen neue Akteure ins Spiel gekommen, die oft schnell und effizient arbeiten – allerdings ihren Preis haben. Der Verbraucher bekommt nur einen Teil des ihm zustehenden Anspruchs.

Diese Klagen bleiben von der Verbandsklage-RL und ihrer Umsetzung völlig unberührt. Da Verbraucherorganisationen nicht die Kapazität haben, alle Fälle aufzugreifen, überlassen sie praktisch viele Massenschadensfälle diesen gewinnorientierten Klagegesellschaften.

Dieses Zessionmodell hat sich darüber hinaus für die Durchsetzung von Kartellschadensansprüchen bewährt.⁴¹ Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, die keine eigene Rechtsabteilung haben und sich nicht selbst gegen ihre Lieferanten prozessieren möchten, machen davon Gebrauch. Da die Berechnung von Kartellschadensansprüchen regelmä-

40 DRiZ 2025, Heft 1.

41 Zu diesem Geschäftsmodell und seinen Problemen Hiss, Die Bündelung von Kartellschadensersatzansprüchen im Lichte des Rechtsdienstleistungsgesetzes, Diss. Konstanz, 2022, Nomos 2023.

ßig sehr teure Sachverständigengutachten erfordert, ist heute weithin anerkannt, dass nur die Inanspruchnahme solcher hoch spezialisierter Klagegesellschaften eine effektive Rechtsdurchsetzung gewährleisten kann. Allerdings sind die Gerichte mit solchen Klagen, die mitunter tausende von Ansprüchen bündeln, überfordert. Sie können solche Massenverfahren weder personell noch hinsichtlich der digitalen Ausstattung in angemessener Zeit bewältigen.⁴² Teilweise wird inzwischen in Pilotprojekten auch KI-Modelle eingesetzt, die bei der Sichtung der umfangreichen Schriftsätze und beim Verfassen der Entscheidungen helfen sollen.

IV. VERFASSUNGSRECHTLICHE FRAGESTELLUNGEN – INSBESONDERE DER ANSPRUCH AUF RECHTLICHES GEHÖR IN KOLLEKTIVVERFAHREN

Lassen Sie mich letztlich – *last but not least* – angesichts des Gesamtkontextes unserer Tagung noch auf eine verfassungsrechtliche Frage eingehen, die sich bei der Ausgestaltung von Kollektivklagen stellen.

1. EIN ALTES DILEMMA: *OPT-IN* V. *OPT-OUT*

Eine langjährige Diskussion in Deutschland (und ganz Europa) drehte sich um die Frage, ob Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes dem *opt-in* oder *opt-out* Mechanismus folgen sollen.⁴³ Es geht darum, ob Verbraucher sich aktiv für eine Teilnahme an einem solchen Verfahren entscheiden und in irgendeiner Form anmelden müssen oder ob der klageberechtigte Verband im Namen aller Geschädigten klagen kann und diese an das Ergebnis gebunden sind, wenn sie nicht eine fristgebundene *Opt-out*-Erklärung abgeben. Für die traditionelle deutsche Verbands-Unterlassungsklage stellte sich das Problem nie, weil sich dort Verbraucher überhaupt nicht beteiligen können oder müssen. Ist die Klage erfolgreich und unterbleibt das rechtswidrige Verhalten des beklagten Unternehmens künftig, profitieren davon alle automatisch. Die *class action* typischen Probleme nach der Benachrichtigung der *class members* und einer *opt-in* oder *opt-out* Erklärung stellen sich daher nicht. Die Unterlassungsklage eines Verbandes hat auch keine umfassende Rechtskraftwirkung für einzelne Verbraucher. Diese können sich zwar im positiven Sinne auf eine *erfolgreiche* Unterlassungsklage berufen, wenn sie selbst später gegen ein Unternehmen vorgehen möchten.⁴⁴ Eine Klageabweisung der Verbandsklage hat für sie

42 Regelmäßig bestreiten die Beklagten die Wirksamkeit der Abtretung unter mehreren Gesichtspunkten, so dass teilweise jahrelang über diese Vorfrage prozessiert wird.

43 Hierzu Rinck, Streuschadensbekämpfung in Anwendung der *cy-pres*-Doktrin, Diss. Konstanz, Tübingen 2023, S. 383 ff.; Stadler, Group Actions as a remedy to enforce consumer interests, in: Cafaggi/Micklitz, New Frontiers of Consumer Protection – the Interplay Between Private and Public Enforcement, intersentia, 2009, 305 ff.; Stadler, Die internationale Anerkennung von Urteilen und Vergleichen aus Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes mit *opt-out* Mechanismen, FS Rolf Schütze, München 2015, 561 ff.

44 § 11 UKlaG (Unterlassungsklagengesetz).

jedoch keine Nachteile.⁴⁵ Unter diesem Aspekt stellt sich also die Frage nach einer möglichen Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht.

Die US-amerikanische *class action* wurde in Deutschland nicht nur wegen der Profitgier der Klägeranwälte kritisch betrachtet und abgelehnt, sondern auch weil sie – in ihrer praktisch wichtigsten Variante – mit einem *opt-out* System arbeitet.⁴⁶ Wer von den *class members* nicht an das Ergebnis des Verfahrens gebunden sein möchte, muss sich rechtzeitig abmelden. Verfassungsrechtliche Bedenken dagegen leiteten sich in Deutschland nicht ganz zu Unrecht daraus ab, dass eine nicht fristgerechte Abmeldung von Personen, die einfach in eine Sammelklage einbezogen werden, ohne vorher gefragt zu werden, auf eine fiktive Zustimmung zu diesem Verfahren hinausläuft. Da das Prozessergebnis – egal ob Urteil oder Vergleich alle *class members* bindet, die keine *opt-out* Erklärung abgegeben haben, könnte das unter den Rahmenbedingungen des deutschen Rechts gegen den verfassungsrechtlich geschützten Dispositionsgrundsatz⁴⁷ und den Anspruch auf rechtliches Gehör⁴⁸ verstoßen. Jedermann soll erstens selbst entscheiden, ob er seine zivilrechtlichen Ansprüche durchsetzen möchte. Zweitens muss jeder, der durch eine gerichtliche Entscheidung persönlich gebunden wird (vor allem wenn sein Anspruch abgewiesen oder gekürzt wird), grundsätzlich die Möglichkeit haben, diese Entscheidung durch eigenes Vorbringen zu beeinflussen.

Nun besteht auch in Deutschland Einigkeit, dass Geschädigte in einem Kollektivverfahren durch einen Verband vertreten werden können und das rechtliche Gehör dann stellvertretend dem Verband gewährt wird. Dafür bedarf es aber einer gesicherten Grundlage für die Repräsentation des Verbandes – er muss kraft Gesetzes oder von den Betroffenen autorisiert werden. Die fiktive Zustimmung der Geschädigten durch eine unterlassene *opt-out* Erklärung ist problematisch, weil kein Prozesssystem, auch nicht die US-amerikanisch *class action*, garantieren kann, dass alle Betroffenen von der Einleitung des Verfahrens wirklich etwas erfahren und über ihr *Opt-out* Recht rechtzeitig informiert werden. Das können weder große Medienkampagnen noch das Internet gewährleisten.

In Deutschland hat man das *opt-out* System daher immer mehrheitlich abgelehnt, obgleich natürlich gesehen wurde, dass es bei Bagatellschäden die einzige Möglichkeit ist, eine große Anzahl von Betroffenen in eine Sammel- oder Kollektivklage einzubeziehen. Die Erfahrungen in den USA zeigen durchgehend geringe *opt-out* Quoten – die rationale Apathie der Betroffenen führt dazu, dass sie nicht aktiv werden und daher über

45 § 11 UKlaG.

46 Hierzu Mertens ZHR 1975, 438, 470; Gsell BKR 2021, 521; Bruns, ZJP 125 (2012), 399, 409; Deutmoser, Die Büchse der Pandora: Kollektiver Rechtsschutz in Europa, EuZW 2013, 652; Wendt, Kollektiver Rechtsschutz in Europa, EuZW 2011, 616, 621; Rinck, Streuschadensbekämpfung in Anwendung der *cy-pres*-Doktrin, Diss. Konstanz, Tübingen 2023, 385-391.

Allgemein skeptisch gegenüber Sammel- und Verbandsklagen Woopen, IWRZ 2018, 160.

47 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 76 Rn. 1; Rinck, Streuschadensbekämpfung in Anwendung der *cy-pres*-Doktrin, Diss. Konstanz, Tübingen 2023, S. 385.

48 Art. 103 Grundgesetz (GG).

ihren Anspruch mitentschieden wird.⁴⁹ Im Ergebnis lässt sich so für sehr viele Betroffene eine Entscheidung herbeiführen. Im Interesse einer breiten Rechtsdurchsetzung und Sanktion gegenüber dem Beklagten ist das *opt-out* Prinzip daher – jedenfalls auf den ersten Blick – von Vorteil.

Auf europäischer Ebene hat sich letztlich eine Linie durchgesetzt, die den verfassungsrechtlichen Bedenken Rechnung trägt. Die Verbandsklage-Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen *opt-in* und *opt-out*, schreibt aber verbindlich vor, dass Geschädigte, die nicht im Forumstaat, sondern in einem anderen Staat wohnhaft sind, sich nur durch eine aktive *opt-in* Erklärung beteiligen können. Für diese Lösung hatten sich davor schon Dänemark und England entschieden. Sie berücksichtigt, dass eine Information über das *opt-out* Recht in einer grenzüberschreitenden Prozesssituation erhebliche Probleme bereiten kann.

In Deutschland wurde bei Umsetzung der Verbandsklage-Richtlinie eine *opt-out* Lösung gar nicht ernsthaft erwogen. Meines Erachtens zu Recht. Die Erfahrungen mit *opt-out* Sammelklagen in den USA und England haben stets gezeigt, dass es nur im ersten Schritt damit gelingt, eine große Anzahl von Verbrauchern in das Verfahren einzubeziehen. Ist die Sammelklage erfolgreich und muss dann ein Entschädigungsfonds verteilt werden, geht dies nicht ohne aktive Beteiligung der Geschädigten. Es machen aber auch dann erfahrungsgemäß nur wenige Geschädigte ihre Ansprüche aktiv geltend. Das kann vielerlei Gründe haben.⁵⁰ *Opt-out* Klagen sind damit aber nur auf den ersten Blick geeignet, eine größere Zahl von Geschädigten zu kompensieren.

Sinnvoller ist gerade für Bagatellschäden, bei denen mit großer rationaler Passivität der Geschädigten zu rechnen ist, eine Gewinnabschöpfungsklage statt einer Schadensersatzklage.⁵¹ Dabei klagt ein Verband aufgrund des Rechtsverstosses nicht auf Schadensersatz, sondern auf Herausgabe des rechtswidrig erlangten Gewinns des Unternehmens. Dies kann eine gewisse Abschreckungswirkung durchaus erreichen, wenn das Instrument genutzt wird. In Deutschland wurden solche Gewinnabschöpfungsklagen für Verbraucherverbände im Wettbewerbs- und Kartellrecht schon 2005 eingeführt. Das Wettbewerbsrecht dient dabei heute auch weitgehend dem Schutz einzelner Verbraucher. Ihre Ausgestaltung war jedoch so, dass sie praktisch kaum genutzt wurden. Das Prozessrisiko für die klageberechtigten Verbände war zu hoch. Das lag einmal daran, dass die klagenden Verbände dem Beklagten einen vorsätzlichen Verstoß nachweisen mussten und zweitens daran, dass der abgeschöpfte Gewinn komplett in den Bundeshaushalt floss. Ein erfolgreich klagenden Verband hatte also finanziell keinen Vorteil, musste aber das

49 Nachweise bei Rinck, Streuschadensbekämpfung in Anwendung der *cy-pres*-Doktrin, Diss. Konstanz, Tübingen 2023, 330.

50 Insbesondere können Geschädigte vielfach nach jahrelangem Prozess gar nicht mehr nachweisen, dass sie zur Gruppe der Geschädigten gehören, z.B. vor langer Zeit ein bestimmtes Produkt gekauft haben.

51 So schon Stadler, *Collective Actions as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law*, in Basedow, *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer 2007, 195 ff.: dies., *Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz*, ZfPW 2015, 61, 81.

Prozessrisiko tragen.⁵² Nachdem der Bundesgerichtshof 2018⁵³ auch die Inanspruchnahme der gewerblichen Prozessfinanzierung den Verbänden für solche Klagen verbot, wurde dieses Instrument nicht mehr genutzt. Dies kann sich nun aber ändern.

Mit der Umsetzung der Verbandsklage-Richtlinie wurde nämlich die Gewinnabschöpfungsklage reformiert und gestärkt. Die Verbände müssen nur noch grobe Fahrlässigkeit nachweisen und dürfen – ohne Begrenzung der Erfolgsgebühr – eine gewerbliche Prozessfinanzierung in Anspruch nehmen.⁵⁴ Dies gibt Hoffnung, dass für Bagatellschäden die Gewinnabschöpfung das bevorzugte Verfahren der Verbände wird und es sich daher nicht negativ auswirkt, dass man bei der Abhilfeklage eine *opt-in* Erklärung der Verbraucher benötigt.

2. DAS RECHTLICHE GEHÖR DER VERBRAUCHER BEI DER ABHILFEKLAGE

Einzelne Verbraucher sind an der Verbandsklage auf Abhilfe nicht selbst beteiligt. Sie sind weder Partei, noch haben sie ein Beteiligungsrecht am Prozess. Haben sie sich für ein Verfahren registrieren lassen, sind sie an ein Verbandsklageurteil gebunden und können auch nicht individuell klagen. Erst bei der Verteilung des Entschädigungsfonds müssen sie sich aktiv beteiligen. Die Bindung an eine Gerichtsentscheidung in der Verbandsklage gilt nach deutschem Recht unabhängig vom Ausgang des Verfahrens. Wird die Abhilfeklage des Verbandes in der Sache als unbegründet abgewiesen, darf weder ein anderer Verband erneut klagen,⁵⁵ noch können die Verbraucher, die sich registrieren ließen, ihre Ansprüche individuell durchsetzen. Sie müssen sich also grundsätzlich entscheiden, ob sie selbst klagen oder sich an der Verbandsklage beteiligen.

Derzeit besteht keine dogmatische Klarheit, wie man das Verhältnis des klagenden Verbandes zu den registrierten Verbrauchern konstruiert.⁵⁶ Im Falle einer Prozessstandschaft wäre klar, dass der Verband die registrierten Verbraucher in der Abhilfeklage repräsentiert und es genügt, ihm stellvertretend das rechtliche Gehör zu gewähren.

Im deutschen Schrifttum wird – mangels klarer gesetzlicher Regelung – teilweise behauptet, der klagende Verband mache in diesen Fällen – wie bei der Unterlassungsklage deutscher Ausprägung – einen eigenen materiellrechtlichen Anspruch geltend und handele nur indirekt im Interesse der Verbraucher. Er habe einen Anspruch gegen den Beklagten auf Einzahlung des kollektiven Gesamtschadensbetrages in einen Verteilungsfonds; er

52 Stadler, Erfahrungen mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch im deutschen Wettbewerbs- und Kartellrecht, *Wilhelminenberg Gespräche*, Wien 2008, Österreichisches Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz, Vortrag Juni 2008. Veröffentlicht in Reiffenstein/ Pirkner-Hörmann, *Defizite kollektiver Rechtsdurchsetzung* Band 38, Verlag Österreich, 2009, S. 93 - 120.

53 BGH NJW 2018, 3581.

54 So die Neufassung von § 10 UWG seit Oktober 2023.

55 § 8 VDuG.

56 Statt vieler zu dieser Diskussion Musielak/Voit/Stadler, *ZPO-Kommentar*, 22. Aufl. 2025, Vorbemerkungen VDuG Rn. 20 f.

mache nicht die individuellen Ansprüche der Verbraucher geltend.⁵⁷ Diese Konstruktion wird überwiegend abgelehnt, weil der Gesetzgeber einen solchen Anspruch des Verbandes hätte klarer regeln müssen.⁵⁸ Folgt man diesem Ansatz aber einmal, dass wird es noch viel schwieriger zu begründen, warum die an das Prozessergebnis gebundenen Verbraucher im Prozess kein rechtliches Gehör bekommen sollen. Letztlich kann der Aspekt des rechtlichen Gehörs jedoch dahinstehen, da die Verbraucher, zwar den Ausgang der Abhilfeklage nicht beeinflussen können. Sie können sich aber der Bindungswirkung entziehen, indem sie sich erst sehr spät registrieren oder eine frühe Registrierung wieder zurücknehmen.⁵⁹

Im Gesetzgebungsverfahren wurde lange gestritten, bis zu welchem Zeitpunkt eine solche Registrierung und deren Rücknahme möglich sein soll. Zunächst sollte sie nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung erfolgen können. Im Ergebnis hat sich aber eine lange Anmeldefrist durchgesetzt: Verbraucher können sich für eine solche Abhilfeklage bis drei Wochen nach Schluss der mündlichen Verhandlung anmelden. Das späte Ende der Anmeldefrist führt zwar zu vielen Problemen, es hat aber unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs der Verbraucher einen großen Vorteil. Verbraucher können sich nämlich auch bis drei Wochen nach Schluss der mündlichen Verhandlung wieder abmelden und sich damit der Bindungswirkung der Verbandsklage auf ihren Anspruch wieder entziehen. Zu diesem Zeitpunkt können sie – wenn sie sich informieren – den Ausgang der Verbandsklage recht gut abschätzen. Zeichnet sich daher ab, dass der Verband den Prozess verlieren wird (mit Bindungswirkung für die registrierten Verbraucher), können sich bereits angemeldete Verbraucher vor Erlass einer Urteils wieder abmelden, andere werden sich erst gar nicht mehr anmelden. Sie werden also nicht gegen ihren Willen an ein negatives Prozessergebnis gebunden, dass sie nicht aktiv beeinflussen konnten und für das die Repräsentation durch den Verband ggf. fraglich ist.

V. FAZIT

Europa hat einen sehr langen und mühsamen Weg zurückgelegt, um im Verbraucherrecht ein private enforcement zu etablieren. Die US class action war dabei eher hinderlich als ein nützliches Vorbild. Im Ergebnis haben ergibt sich heute in Europa ein heterogenes Bild des kollektiven Rechtsschutzes. Die Instrumente, die in den einzelnen Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen, unterscheiden sich erheblich, vor allem in Effizienz und Finanzierungsmöglichkeiten. Das ist vor allem deshalb misslich, weil große Massenschadensfälle grenzüberschreitend auftreten und nach einer einheitlichen Lösung verlangen. Davon sind wir derzeit weit entfernt. Der europäische Gesetzgeber hat für solche Massenschadensereignisse weder die dringend notwendigen Regelungen

⁵⁷ So etwa Bruns ZFP 137 (2024), 3, 40; Adolphsen ZFP 135 (2022), 299, 324 und 327; Maultzsch ZFP 137 (2024) 119 (129, 131).

⁵⁸ Thönissen NJW 2023, 945; Gsell/Meller-Hannich JZ 2022, 421 (423); Domej ZFP 125 (2012), 421; Musielak/Voit/Stadler, ZPO-Kommentar, 22. Aufl. 2025, Vorbemerkungen VDUG Rn. 20.

⁵⁹ § 46 VDUG.

zur internationalen Zuständigkeit, zum anwendbaren Recht oder zur Abstimmung von Parallelverfahren in mehreren Mitgliedstaaten geschaffen. Fragt man sich, ob wenigstens für deutsche Inlandsfälle nur eine befriedigende Situation geschaffen wurde, so muss die Antwort auch Nein lauten: Eine flächendeckende Aufarbeitung von Massenschadensfällen wäre wohl nur dann gewährleistet, wenn auch individuell Geschädigte Kollektivverfahren einleiten könnten und wenn die Finanzierung über einen staatlichen Fonds möglich wäre, so dass eine gewerbliche Prozessfinanzierung im Verbraucherschutz überflüssig würde. Derzeit beobachten wir aber die Tendenz, immer mehr Aufgaben auf die Schultern der Verbraucherverbände zu laden, die diese so nicht bewältigen können. Hinzukommt, dass die deutsche Justiz in Sachen Digitalisierung noch viel aufzuholen hat und die Entscheidungsprozesse in Massenverfahren völlig neu organisiert werden müssten.

I. TUTELA COLETIVA DE DIREITOS - UM TEMA ALTAMENTE CONTROVERSO

Durante muitos anos, na Alemanha e em toda a Europa, a tutela coletiva de direitos era um tema ao qual se dedicavam apenas poucos cientistas e defensores dos consumidores. Somente no começo dos anos 2000, a ideia da Comissão Europeia de incorporar formas do *private enforcement* dos Estados Unidos provocou uma discussão mais ampla – inicialmente, no âmbito do Direito Antitruste, mais tarde, do Direito do Consumidor.

Em razão das grandes lacunas de tutela em ambas as áreas do Direito, a Comissão Europeia buscava um instrumento uniforme, harmonizado, baseado no modelo da *class action* norte-americana. Como acontece com frequência, o debate travado na União Europeia suscitou grandes controvérsias, arrastando-se por mais de vinte anos¹. Poucos Estados-Membros, portanto, tomaram a iniciativa de reformar a sua legislação e adotaram com bastante êxito novos instrumentos processuais entre 2003 e 2015, notadamente a Inglaterra e a Holanda. Assim, ambos os países consolidaram sua posição de vantagem como foro para grandes casos indenizatórios internacionais. Por essa razão, mesmo depois de um consenso em nível europeu ter sido alcançado, ao menos em relação a elementos-chave da tutela coletiva de direitos, já não era mais possível cogitar um instrumento europeu uniforme. Uma recomendação não vinculante da Comissão Europeia de 2013² praticamente não foi cumprida por nenhum dos Estados-Membros e, somente em 2020, uma diretiva vinculante pôde ser acordada³. Restringindo-se ao Direito do Consumidor, ela estabelece apenas disposições gerais, principalmente em relação a uma ação de obrigação de fazer no interesse de consumidores, que pode ser ajuizada por associações. A Diretiva deixa, porém, muitos dos pormenores da implementação a cargo dos Estados-Membros. Na Alemanha, a Diretiva enfrentou até o último momento a rejeição política da coalizão no poder e da economia. A implementação ocorreu de forma muito hesitante e com uma lei marcada

- 1 Die Umsetzung der Kommissionempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz (A implementação da Recomendação da Comissão sobre a tutela coletiva de direitos), **ZfPW** 2015, p. 61 ss.
- 2 Recomendação da Comissão de 11.6.2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (Princípios comuns para ações coletivas indenizatórias e inibitórias nos Estados-Membros em caso de violação de direitos garantidos pelo Direito da União Europeia), Jornal Oficial da União Europeia 201/60.
- 3 Diretiva da União Europeia 2020/1828 relativa a ações associativas para a tutela dos interesses coletivos dos consumidores.

por muitas concessões políticas e deficiências técnicas, a Lei de Defesa dos Direitos do Consumidor (VDuG, na sigla em alemão), de outubro de 2023⁴.

1. CENÁRIO INICIAL NA ALEMANHA

Na Alemanha, ao contrário do Brasil, a ação popular sempre foi vista com desconfiança, sendo repudiada como instrumento para a defesa de interesses dos consumidores ou de interesses públicos⁵. O processo civil alemão mantém-se fiel à premissa de que um reclamante pode fazer valer apenas seus próprios direitos. Poucas exceções para a reclamação de direito alheio rompem esse princípio. A única concessão digna de menção para a defesa de interesses coletivos foi, durante muito tempo, a ação associativa inibitória introduzida nos anos 1960 e 1970 no Direito da Concorrência e, mais tarde, na legislação que rege as Condições Comerciais Gerais (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*)⁶. Ela munuiu associações de defesa dos consumidores de um instrumento considerado exemplar por muito tempo, também internacionalmente. A ação associativa ficou restrita a um processo de duas partes, evitando-se, dessa forma, todos os problemas da *class action*⁷ norte-americana, à época, já objeto de muita polêmica na Alemanha.

Nesse ponto, o Direito alemão também permaneceu preso a uma abordagem puramente de natureza cível e, até hoje, deixa a legitimidade para a propositura de uma ação, exclusivamente, nas mãos de associações de consumidores, de Câmaras de Comércio e Indústria e outras associações privadas de interesses do setor econômico. Na Alemanha, uma defesa de direitos privados por órgãos públicos ou representantes com *status* similar, como é tradição no Reino Unido e na Escandinávia, nunca pôde se impor. A rigorosa divisão do sistema judiciário em juízos comuns e administrativos também influencia a defesa de interesses coletivos. Órgãos públicos dispõem de meios limitados para agir contra infrações

4 Cf. Stadler, Die neue Verbands(abhilfe)klage - Umsetzung der Richtlinie 2020/1828 (A nova ação associativa (de reparação) – implementação da Diretiva 2020/1828), **ZZP** 136 (2023), p. 129. Anteriormente, dois pareceres científicos com propostas de implementação foram debatidos veementemente, v. Gsell, B./Meller-Hannich, C., Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagerichtlinie (A implementação da nova Diretiva da UE sobre ações associativas, parecer para a Federação Alemã de Organizações de Defesa do Consumidor (Verbraucherzentrale Bundesverband), de 04.02.2021, <https://tinyurl.com/mr23hvhd>; Bruns, A., Die Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht (A implementação da nova Diretiva da UE sobre ações associativas no Direito Alemão), Mohr Siebeck Tübingen, 2022.

5 Detalhadamente em Halfmeier, A., Die Popularklagen im Privatrecht (As ações populares no Direito Privado), Tübingen 2006.

6 Hoje regulamentada no art. 8º UWG (Lei contra a Concorrência Desleal) e art. 1º ss. UKlaG (Lei da Ação Inibitória).

7 A destacar sobre a postura cética perante as *class actions*: Bruns, A., Instrumentalisierung des Zivilprozesses im Kollektivinteresse durch Gruppenklagen (Instrumentalização do Processo Civil no interesse coletivo por meio de ações em grupo), **NJW** 2018, p. 2753; Stürner, R., The role of judges and lawyers in collective actions, I International Conference and XII Iberoamerican Procedural Law Convention, Buenos Aires 2012, **IAPL** 2012, p. 67; mais referências em Stadler, A., Kollektiver Rechtsschutz – Chancen und Risiken (Tutela coletiva de direitos – chances e riscos), **ZHR** 2018, p. 623-655.

ao Direito do Consumidor, possíveis penalidades pecuniárias não surtem efeito dissuasivo. Na Alemanha, os poderes do Ministério Público são estritamente circunscritos à persecução penal e – ao contrário do que ocorre nos sistemas de influência romana – não desempenham papel algum, seja na instância de apelação cível (como representantes do interesse público, como na França, Itália e Grécia⁸), seja na tutela coletiva de direitos.

2. UM DEFICIENTE ARCABOUÇO BÁSICO EUROPEU

A) O MONSTRO DA CLASS ACTION NORTE-AMERICANA

Na discussão europeia sobre um *private enforcement*, a *class action* norte-americana, por um lado, serviu de modelo, por outro, foi estigmatizada pela economia – sobretudo na Alemanha – como um monstro com alto potencial de promover abusos⁹. Ignorou-se aí, no entanto, que os fatores no Direito americano que certamente oferecem certas possibilidades de abuso não estavam ou estão presentes na Europa. Não há nem uma fase de *pretrial discovery* custosa nem honorários advocatícios vultuosos em caso de êxito ou *jury trials* imprevisíveis. A *loser-pays rule*, amplamente vigente na Europa, que impõe ao autor um alto risco de arcar com custos em caso de ações improcedentes, evita que empresas demandadas sejam primeiramente impelidas a um processo judicial com acusações inventadas e, depois, a acordos questionáveis.

O temor das famigeradas “condições americanas” fez com que, por fim, um modelo próprio de tutela coletiva de direitos mais alinhado à tradição europeia se impusesse na Europa. Esse modelo justamente não privilegia – como a *class action* – a ação proposta por lesados individuais em nome de todos (como *private attorney general*). Em vez disso, a defesa de interesses coletivos fica geralmente reservada a associações específicas e associações de interesse. Os países nórdicos (Suécia, Dinamarca, Noruega, Finlândia) foram protagonistas na implementação de ações coletivas a partir de 2003. Por um lado, ainda se basearam de maneira bem próxima na *class action* americana, permitindo também a propositura de ações por lesados individuais. Na prática, contudo, destacaram-se apenas ações ajuizadas por representantes dos consumidores, agindo quase como órgão público.

Na visão do legislador europeu, o foco em associações (a critério de alguns Estados-Membros, também em órgãos públicos) tinha vantagem por elas estarem sujeitas a um interesse estatutário passível de controle e por ser possível limitar a legitimidade para a propositura da ação às associações sem fins lucrativos¹⁰. Ao lado de uma ampla proibição de honorários

8 Stadler, A., Revision und öffentliches Interesse (Apelação e interesse público), **Festschr. Nikolaos Klamaris**, Athen-Thessaloniki, 2016, p. 753 ss.; Stadler, A., Revisionstaktik – ist dagegen kein Kraut gewachsen? (Tática de apelação – ainda não existe remédio contra ela?), **VuR** 2021, p. 361 s. (prefácio).

9 Detalhadamente em Stadler, A., Kollektiver Rechtschutz – Chancen und Risiken (Tutela coletiva de direitos – chances e riscos), **ZHR** 2018, p. 623 ss.

10 A respeito do papel de associações e juízes em ações coletivas, Stürner, R., The role of judges and lawyers in collective actions, I International Conference and XII Iberoamerican Procedural Law Convention, Buenos Aires 2012, **IAPL** 2012, p. 67; Stadler, A., Collective Redress Litigation - A New Challenge for Courts in Europe, **Festschrift Rolf Stürner**, Mohr Siebeck Tübingen 2013, p. 1801-1816.

advocáticos por êxito na Europa, o objetivo era também impedir as “*lawyer driven class actions*”, mal-afamadas nos Estados Unidos. De fato, as *class actions* americanas são movidas, primordialmente, pela busca por lucro dos advogados, enquanto os interesses da classe costumam ser postos em segundo plano¹¹. No entanto, se é vontade de um Estado que indivíduos ou associações se empenhem por um interesse coletivo, não se pode ignorar a questão do financiamento. Mas foi exatamente isso o que aconteceu na Europa. Apostou-se em uma legitimidade das organizações privadas de consumidores para a propositura sem que se conseguisse chegar a um acordo quanto a um modelo de financiamento. Na Europa, até hoje, são quase inexistentes honorários advocatícios por êxito, as associações de defesa dos consumidores dependem das contribuições dos membros e de financiamento público. Dessa forma, atribui-se um protagonismo na defesa de interesses coletivos de consumidores a atores que, na realidade, dificilmente estão aptos a cumprir plenamente esse papel. Por parte da economia, isso foi considerado, com razão, uma vitória – não haverá tantas ações associativas, a imagem negativa de uma “indústria de ações” surtiu efeito do ponto de vista político.

A discussão instável em nível europeu resultou, em 2020, em uma Diretiva vinculante da União Europeia (Diretiva UE 2020/1828). Agora, pela primeira vez, os Estados-Membros estão obrigados, no âmbito do Direito do Consumidor, além da ação inibitória, a adotar também um instrumento destinado à defesa direta de direitos a obrigações de fazer, a chamada ação de reparação (*Abhilfeklage*), no interesse de consumidores, a qual pode ter por objeto uma indenização, reembolso, reparos etc. Na Alemanha, isso representa realmente um certo avanço, pois, até então, só era possível litigar por meio dos instrumentos pouco eficazes das ações-modelo (*Musterklagen*) e da ação de restituição de lucro (*Gewinnabschöpfungsklage*), na prática, raramente usada.

B) O OBJETIVO DE AÇÕES COLETIVAS – UMA QUESTÃO DE ACESSO À JUSTIÇA?

AA) AÇÕES EM MASSA PERANTE OS JUÍZOS

Outra falha conceitual reside, porém, no fato de se oferecer um instrumento unificado para enfrentar fenômenos completamente diversos de danos em massa. O intuito de melhorar o acesso à Justiça com uma ação coletiva é apenas um aspecto do problema. Há muito tempo, existe o consenso de que é necessário distinguir duas espécies de danos em massa com impactos diferentes.

Trata-se, por um lado, de desafogar o Judiciário quando, em decorrência de um evento que provoca danos em massa – como, por exemplo, os milhões de veículos a diesel manipulados –, milhares de ações ingressam nos juízos. Os consumidores, de modo algum, mantêm sempre uma conduta passiva. Isso se aplica, sobretudo, quando dispõem de um seguro de proteção jurídica privado, como é muito comum na Alemanha, que cubra as despesas processuais. Se os danos sofridos forem significativos, há estímulos suficientes para a busca

11 O Class Action Fairness Act 2005 tentou combatê-lo nos Estados Unidos. Recomendo a leitura de Coffee, J., **Entrepreneurial Litigation – Its Rise, Fall and Future**, Harvard Univ. Press 2015; Marcus, R., America’s dynamic and extensive experience with collective litigation, in: Hodges, C./Stadler, A., **Resolving Mass Disputes**, Edward Elgar 2013, p. 148 ss.

de uma reivindicação individual de direitos. Então, a Justiça é obrigada a apreciar as mesmas questões de fato e de direito milhares de vezes e a decidir repetidamente.

Esse fenômeno levava o legislador alemão, já em 2005, a instituir experimentalmente um procedimento de ação-modelo (*Musterklage-Verfahren*) no Direito do Mercado de Capitais visando a desonerar o Judiciário, o qual, no entanto, não representou uma solução convincente. O escândalo do diesel, que afetou 2,4 milhões de veículos da marca Volkswagen somente na Alemanha, também tem sobrecarregado enormemente os tribunais com milhares de demandas contra a empresa e, nesse ínterim, vários outros fabricantes de veículos. Em 2019, por exemplo, havia 62.000 ações pendentes em juízos cíveis alemães e, na instância de apelação, alguns Tribunais Regionais Superiores (*Oberlandesgerichte*) ocupavam-se, em mais de 30% dos recursos, somente com demandas relacionadas ao diesel. O Superior Tribunal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof*) precisou criar uma "Turma Auxiliar" suplementar, dedicada especialmente a casos do diesel. Ao menos, em um grande acordo firmado entre uma associação de consumidores e a Volkswagen, foi possível resolver 245.000 casos em 2021.

BB) CASOS DE DANOS EM MASSA SEM AÇÕES INDENIZATÓRIAS

Um segundo grupo de casos diz respeito ao problema inverso: apesar de haver um dano em massa, ações não são ajuizadas. Defensores dos consumidores têm chamado a atenção, há mais de 20 anos, para os chamados danos irrisórios e dispersos. Ainda que o volume total do dano econômico possa ser enorme nesses casos, os consumidores individuais sofrem somente prejuízos mínimos e – de forma totalmente consciente – abdicam, portanto, de defender os seus direitos individualmente, porque o esforço não vale a pena. O Direito americano denomina esses casos, claramente, de *negative value claims*. Neles, além de não ocorrer a compensação por um dano, a aplicação do Direito Objetivo é igualmente afetada, posto que ficam impunes as violações em massa e, em parte, dolosas do Direito do Consumidor cometidas pelas empresas. Trata-se de um verdadeiro convite para mais infrações à lei, já que as possíveis sanções penais e administrativas frequentemente não são impostas ou as multas aplicáveis não produzem um efeito dissuasivo. As ações coletivas para a reclamação desses danos irrisórios excedem, portanto, a finalidade primária do Processo Civil tradicionalmente reconhecida na Alemanha de defender direitos subjetivos individuais, ao ser amparadas por um interesse público supraindividual. Há bons motivos para questionar se uma ação que busque o ressarcimento de danos irrisórios é realmente o instrumento apropriado. Uma restituição do lucro ilicitamente auferido pelo infrator produziria, por via mais simples, um maior efeito preventivo.

Apesar desses objetivos diferentes, nem a Diretiva da União Europeia relativa às ações associativas nem a lei de implementação alemã fazem distinção entre os dois grupos de casos, optando por ações indenizatórias sem diferenciar o valor dos danos. O legislador alemão também aceita o ônus de um processo complexo para alcançar, preferivelmente, 100% de indenização aos consumidores¹². A princípio, isso repercute bem em termos de política jurídica, mas, como um todo, mal atende aos interesses dos consumidores.

12 Isso se comprova na formulação do processo de implementação, conforme art. 22 ss. VDuG e art. 21 VDuG: se o valor exigido inicialmente do demandado não for suficiente para satisfazer todos os consumidores, a associação pode requerer um pagamento suplementar.

II. A IMPLEMENTAÇÃO DA DIRETIVA SOBRE AÇÕES ASSOCIATIVAS PELA LEI ALEMÃ DE DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR (VDUG)

1. LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO E FINANCIAMENTO

O legislador alemão aproveitou a margem de implementação deixada aos Estados-Membros pela Diretiva sobre as ações associativas para uma implementação muito restritiva¹³. Organizações legitimadas são apenas associações de consumidores sem fins lucrativos¹⁴. Órgãos públicos seguem sem exercer papel algum como demandantes. Isso se aplica igualmente a lesados individuais, que não podem ajuizar ações coletivas. Assim, a eficiência da nova ação de reparação depende inteiramente das possibilidades de atuação das associações de consumidores. Seus orçamentos não são baixos em comparação com os demais países da Europa, graças ao financiamento predominantemente público, mas seus recursos humanos e financeiros estão longe de ser suficientes para tratar de todos os casos de danos em massa. No passado, para atuar em grandes causas, as associações já tiveram de recorrer, em larga escala, a financiamentos de processos por terceiros.

Na Europa, nos últimos dez anos, um mercado movimentado e lucrativo de financiamento comercial de litígios se consolidou. Não se trata do seguro de proteção jurídica muito comum nos lares alemães (o chamado *before the event insurance*, BTE), mas do financiamento direcionado a processos específicos (*after the event insurance*, ATE). Financiadores comerciais de processos oferecem a cobertura dos custos e riscos de um processo concreto após uma análise minuciosa das chances de êxito e, em caso de sucesso, exigem, em contrapartida, uma porcentagem dos pagamentos devidos pelo réu. Embora a Diretiva da União Europeia não proíba tal financiamento externo da ação de reparação por financiadores comerciais de processos¹⁵, seu posicionamento a respeito é fundamentalmente cético. Isso está relacionado, em primeiro lugar, ao fato de os lesados que concordam com esse modelo receberem apenas uma parte do seu valor indenizatório. Porém, o que incomoda a alguns, principalmente, é que os processos civis se tornam, assim, uma fonte comercial de renda e, de certo modo, um objeto de especulação ou investimento. Por outro lado, é preciso admitir que muitos processos não poderiam ser ajuizados sem essa garantia financeira. O financiamento de processos contribui, portanto, para melhorar o acesso à Justiça.

Contudo, na Alemanha também foi escolhida uma solução que estabelece de antemão limites consideráveis às ações associativas. Embora as associações tenham o direito de recorrer a financiadores comerciais de litígios, a remuneração por êxito não pode exceder a

13 O art. 1º VDuG também inclui microempresas na área de aplicação, indo além das disposições da Diretiva. Contudo, isso raramente terá relevância prática, pois associações de defesa dos consumidores não se veem como representantes de interesses de empresas. Além disso, sobretudo em se tratando de pretensões baseadas em contratos, as normas a serem aplicadas em contratos B2B divergem expressamente de contratos B2C, de maneira que uma reunião em uma ação corre o risco de fracassar devido ao requisito da igualdade (art. 15 VDuG).

14 Art. 2º VDuG em combinação com art. 4º UKlaG.

15 Algumas medidas preventivas são citadas no art. 10 da Diretiva, voltadas à prevenção de conflitos de interesses e a uma certa transparência.

10% do valor demandado no caso concreto¹⁶. Essa porcentagem está muito abaixo das margens de 25 a 35% normalmente praticadas no mercado. Na prática, dificilmente haverá tal financiamento por terceiros, considerando que também estão completamente em aberto os pormenores técnico-jurídicos sobre a forma como as associações podem firmar esses contratos de financiamento e descontar a remuneração por êxito do valor demandado para os consumidores. Por conseguinte, as associações alemãs de consumidores só poderão fazer uso desse novo instrumento de forma muito seletiva. Desde a entrada em vigor da nova regulamentação, em outubro de 2023, foram ajuizados apenas sete processos¹⁷.

2. RITO PROCESSUAL TÍPICO

A Lei de Defesa dos Direitos do Consumidor (VDuG) percorre um caminho complicado para a defesa de direitos do consumidor. Nos casos mais importantes na prática, nos quais a associação ingressa com uma ação no interesse de um grupo de consumidores não precisamente identificáveis, surge sempre a seguinte pergunta: quão detalhadamente o tribunal deve examinar cada demanda individual? São lícitas consolidações generosas, por exemplo, do quantum indenizatório em prol da celeridade de um processo?

O legislador alemão optou pela seguinte solução: em tais casos, associações podem processar uma empresa visando ao pagamento de um chamado “valor total coletivo”, devendo discriminar os consumidores lesados apenas segundo critérios gerais¹⁸. Trata-se de um sistema de inclusão (*opt-in*), ou seja, consumidores somente se beneficiam do processo caso se registrem ativamente¹⁹. Para isso, a partir do comunicado sobre a ação, têm o prazo de três semanas a partir do encerramento da audiência – mas devem se manifestar antes do proferimento de uma decisão.

O juízo deve – expresso de forma simplificada – decidir apenas sobre a responsabilidade civil fundamentada do demandado e estimar qual seria o dano total causado²⁰. As demandas distintas dos consumidores não constituem o objeto do processo. O juízo somente deverá determinar o dano total findo o prazo para o registro dos consumidores. Contudo, no registro, o prejuízo individual não deve ser exatamente valorado nem comprovado. O tribunal dispõe apenas, portanto, de uma base de cálculo muito insatisfatória.

16 Art. 4º, § 2º, 3, VDuG.

17 Registro de ações: <https://tinyurl.com/5ykweavd>.

18 Art. 14 ss. VDuG.

19 Art. 46 VDuG.

20 Um panorama sobre o procedimento é apresentado por Röthemeyer, P., *Das Verbraucherrecht-Durchsetzungsgesetz zur Umsetzung der Verbandsklage-Richtlinie – Die neue Abhilfeklage* (A Lei de Defesa dos Direitos do Consumidor para a implementação da Diretiva sobre ações associativas – A nova ação de reparação), **VuR** 2023, p.332; Röthemeyer, P., *Ein Jahr Abhilfeklage nach Verbandsklagen-RL* (Um ano da ação de reparação conforme a Diretiva sobre ações associativas), **BKR** 2024, 977.

O demandado deve depositar em um fundo o "valor total coletivo" fixado judicialmente. Nesse momento, encerra-se a responsabilidade da associação demandante. A repartição do valor ficará a cargo de um administrador designado pelo tribunal. Os consumidores registrados devem apresentar os documentos comprobatórios do seu direito conforme arrolados pelo tribunal – normalmente, certidões, contratos ou similares – e provar o valor do dano sofrido. Caso seja constatado que o valor total não é suficiente para cobrir todas as demandas dos consumidores, a associação de consumidores pode exigir em juízo pagamentos suplementares, até que todos os consumidores tenham sido plenamente satisfeitos por meio dos pagamentos efetuados pelo administrador²¹.

Esse procedimento apresenta várias desvantagens:

1. Como o administrador não é membro do tribunal, ele não está autorizado a proceder a reais coletas de provas, podendo, na verdade, apenas examinar comprovantes formais. Desse modo, todo o processo é, de antemão, adequado apenas para danos patrimoniais de fácil comprovação e, de forma alguma, para danos à saúde e à integridade física. E, se o direito do consumidor só puder ser corroborado por provas complexas, como pareceres de peritos, testemunhos etc., ele será aconselhado a propor uma ação individual²².
2. O procedimento de repartição torna-se, assim, desnecessariamente complexo, pois tanto o consumidor individual como a empresa podem apresentar impugnação contra a decisão do administrador, que deverá ser apreciada pelo órgão jurisdicional. As empresas se valerão com frequência dessa possibilidade para evitar pagamentos generosos efetuados pelo administrador e demandas suplementares por parte da associação. Mais rápidas e preferíveis seriam uma avaliação conclusiva dos danos pelo tribunal e uma possível redução proporcional da indenização para os consumidores. A desvantagem para os consumidores seria sempre compensada por um processo célere e absolutamente isento de riscos para cada indivíduo.

O chamado procedimento de implementação, a distribuição do valor total pelo administrador, substitui a execução e, em última instância, é de certo ponto inspirado no processo de insolvência²³. O administrador detém uma competência – restrita – de averiguação e está apto a transferir valores diretamente para os consumidores. A associação legitimada para a ação só precisa requerer a execução, caso a empresa se recuse a depositar o valor no fundo.

3. ESPECTRO DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS NA ALEMANHA APÓS A IMPLEMENTAÇÃO DA DIRETIVA SOBRE AÇÕES ASSOCIATIVAS

Ao todo, associações alemãs de defesa dos consumidores têm à disposição o seguinte espectro de ações coletivas no Direito do Consumidor, no sentido mais amplo: além da tradicional ação inibitória, é possível pleitear prestações de toda espécie. Para tanto, a VDUG distingue

21 Art. 21 VDUG: ações para majoração do valor total coletivo.

22 Art. 39 VDUG.

23 Arts. 22-38 VDUG.

apenas dois tipos de ações de reparação para associações. Uma delas é a ação acima descrita para o pagamento de um valor total coletivo, quando os lesados ainda são majoritariamente desconhecidos no início do processo, podendo apenas ser discriminados de modo geral (por exemplo, todos os consumidores que adquiriram um determinado produto em um período precisamente determinado). Porém, a VDuG também prevê uma ação de reparação para associações quando, excepcionalmente, os consumidores lesados possam ser arrolados nominalmente e seus danos já sejam passíveis de valoração²⁴. Contudo, tal caso raramente ocorrerá e só é realista quando se trata de um número restrito de consumidores.

Em vez de postular uma prestação dessa forma, as associações também podem se limitar a uma chamada ação-modelo declaratória, na qual o juízo apenas esclarece certos requisitos fáticos ou jurídicos da responsabilidade civil²⁵. Nela, os consumidores também podem se registrar, mas ainda não obtêm prestação alguma e, sim, devem mover uma ação individual contra o demandado após o êxito da ação-modelo. Por fim, resta ainda a possibilidade de uma ação associativa de restituição do lucro, que, no entanto, é circunscrita ao Direito da Concorrência e Antitruste²⁶.

III. A RELAÇÃO ENTRE OS TIPOS DE AÇÕES ENTRE SI

1. A RELAÇÃO ENTRE AÇÕES INIBITÓRIAS E DE REPARAÇÃO

A ação inibitória tradicional para associações praticamente não sofreu alterações pela implementação da Diretiva da União Europeia. A competência foi transferida para os Tribunais Regionais Superiores, aos quais também incumbem as ações de reparação e as ações-modelo declaratórias. Isso objetiva, sobretudo, possibilitar uma combinação dos tipos de ações. Mas as áreas de aplicação não são completamente coincidentes. Ações de reparação podem – devido a uma implementação que excedeu a Diretiva – ser propostas para todas as demandas cíveis contra empresas, não se restringindo ao Direito do Consumidor no sentido mais estrito. Elas contemplam também ações *ex delicto*²⁷. Ações inibitórias, ao contrário, só podem ser movidas por associações no âmbito das normas relativas às condições comerciais gerais (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*), à concorrência (Lei contra a Concorrência Desleal, UWG), aos direitos autorais, bem como em caso de violação de disposições especificamente atinentes aos consumidores, conforme anexo da diretiva sobre ações associativas²⁸.

Ações inibitórias são admissíveis e procedentes apenas enquanto persistir a conduta ilícita do demandado e este, após solicitação de uma associação, não tiver emitido um termo

24 Art. 14, 1ª sentença, VDuG.

25 Arts. 41, 42 VDuG; até outubro de 2023, regulamentado nos arts. 606 ss. do Código de Processo Civil Alemão (ZPO).

26 Art. 10 UWG (Lei contra a Concorrência Desleal), art. 34a GWB (Lei contra Limitações à Concorrência).

27 Art. 1º VDuG.

28 Arts. 1º e 2ºc UKlaG (Lei da Ação Inibitória); art.8º UWG.

vinculante sobre a cessação da conduta objeto da reclamação no futuro. Caso a ação infratora perdure, associações de consumidores apresentarão simultaneamente, além de uma ação de reparação por perdas e danos, em regra, ainda uma ação inibitória. A razão reside na diferente regulamentação sobre a prescrição: a interposição de uma ação inibitória já deve ter o condão, conforme a Diretiva sobre ações associativas da União Europeia²⁹, de impedir a prescrição ou interromper as demandas individuais de *todos os consumidores* afetados pela conduta objeto da reclamação. Inicialmente, isso evita, portanto, uma onda de ações – os lesados podem aguardar o desfecho da ação inibitória. Uma ação-modelo declaratória ou ação de reparação isolada, ao contrário, não produz esse efeito amplo. De acordo com a implementação alemã, elas impedem a prescrição somente de demandas de consumidores que tenham se incluído nas ações³⁰. Assim, quem não quiser esperar uma tramitação eventualmente longa da ação associativa, moverá ou precisará mover uma ação individual para evitar a prescrição das suas pretensões. Conseqüentemente, em muitos casos, isso não aliviará o Judiciário.

2. RELAÇÃO ENTRE AÇÕES DE REPARAÇÃO E AÇÕES-MODELO DECLARATÓRIAS

A) NO ÂMBITO DA *VDUG*

O legislador alemão já adotou, no ano de 2018, a ação-modelo declaratória a ser proposta por associações de consumidores³¹. Isso ocorreu sob a pressão política provocada pelo escândalo do diesel da Volkswagen. Decorridos três anos da divulgação na Alemanha, em 2015, das manipulações em veículos a diesel, eram ainda raras as sentenças prolatadas contra a fabricante. Nos Estados Unidos, por sua vez, no âmbito de *class actions* consolidadas, um acordo abrangente com a Volkswagen já fora firmado em 2016. Já à época, a ação-modelo declaratória constituía um consenso político questionável, com o qual o legislador, no fim das contas, não queria prejudicar a economia. Foi uma tentativa hesitante de instituir uma ação conjunta, que, na prática, não alcançou grande relevância. Em vez dos 450 processos por ano estimados pelo legislador, entre 2018 e 2023 houve, ao todo, menos de 40 processos.

O motivo para a falta de êxito reside na complexa duplicidade de etapas do processo. Associações de consumidores podem litigar buscando a confirmação de questões fáticas e jurídicas distintas a respeito da responsabilidade de uma empresa, quando elas forem relevantes para muitas pretensões. Os consumidores podem registrar-se nessa ação-modelo declaratória e, então, beneficiar-se de um acordo ou uma declaração favorável. No entanto, terão de propor uma ação própria de obrigação de fazer em seguida, caso a empresa não pague voluntariamente e um acordo não seja realizado. Nesse caso, beneficiam-se do efeito vinculante da declaração, todavia, terão de tomar uma iniciativa. Logo, em relação a danos

29 Art. 16, § 1º, Diretiva sobre ações associativas, art. 204a, § 1º, 2 BGB (Código Civil Alemão).

30 Art. 16, § 2º, Diretiva sobre ações associativas, art. 204a, § 1º, incisos 3 e 4, BGB.

31 Arts. 606 ss. ZPO (Código de Processo Civil Alemão), em vigor desde 2023.

irrisórios, o procedimento é completamente inadequado, uma vez que os consumidores afetados teriam de agir duas vezes – no registro e na ação individual posterior³².

Embora essa forma de ação coletiva não tenha se consagrado de modo algum, ela foi incorporada à VDUG de 2023, com apenas leves alterações. Em oposição à subsidiariedade geral da ação declaratória face à ação de obrigação de fazer, as associações de consumidores podem decidir se preferem processar uma empresa por meio de uma ação de reparação ou uma ação-modelo declaratória. No fim, é algo importante porque os requisitos de admissibilidade de uma ação de reparação são muito rigorosos e ainda há muitos pormenores a esclarecer.

Isso se deve ao fato de uma ação de reparação para o pagamento de um valor total coletivo somente ser admissível se “as pretensões do consumidor contempladas pela ação forem essencialmente da mesma natureza³³”. Nos termos da regulamentação legal, isso ocorre se 1) as pretensões se basearem no mesmo fato ou em uma série de fatos essencialmente equiparáveis e 2) as questões fáticas e jurídicas relevantes para a decisão sobre as pretensões forem essencialmente iguais.

Em razão dos requisitos cumulativos, não basta que as pretensões decorram do mesmo fato, elas também devem apoiar-se no mesmo fundamento. Os documentos legais mencionam a esse respeito que a similaridade somente estará dada se o tribunal, no âmbito da ação de reparação, em regra, não precisar apreciar requisitos individuais da pretensão. Isto é, as pretensões devem ser praticamente idênticas. Além disso, o cálculo do prejuízo deve ser possível “por fórmula”. A exigência de similaridade foi atenuada na última etapa do processo legislativo no sentido de admitir que ela esteja presente apenas “essencialmente”. A jurisprudência ainda precisa esclarecer o significado do termo, o que suscita uma enorme insegurança para as associações.

De todo modo, são problemáticos todos os casos nos quais uma pretensão de pagamento ou indenização por perdas e danos depende de requisitos que podem ser diversos para cada pessoa afetada – por exemplo, questões relacionadas ao nexo de causalidade, à culpa concorrente ou à extensão do dano. No âmbito da ação de reparação, tais fatores não podem ser apreciados pelo juízo, a começar, porque os consumidores só podem se registrar muito tarde, ou seja, somente após a conclusão da audiência. Também na distribuição a ser posteriormente efetuada pelo administrador – como já mencionado –, só é possível uma análise esquemática por meio de provas simples, como documentos contratuais, certidões, e-mails etc. Dessa forma, ficam excluídas da ação de reparação, por exemplo, todas as pretensões derivadas de danos à saúde e à integridade física. No que tange a outras pretensões, a delimitação exata ainda não está clara. A prescrição, por exemplo, sempre pode depender de conhecimentos subjetivos do indivíduo; isso vale igualmente para pretensões

32 A respeito da crítica sobre a concepção da ação-modelo declaratória, vide Stadler, A., *Kollektiver Rechtsschutz quo vadis?* (Tutela coletiva de direitos – *quo vadis?*), **JZ** 2018, p. 793 ss.

33 Art. 15 VDUG.

por defeitos em uma compra, que não cabem se o comprador conhecia o defeito³⁴. Quanto às violações em massa à proteção de dados, de grande importância na prática, o Superior Tribunal de Justiça³⁵ acaba de permitir ações associativas conforme a VDuG. Nessa Corte, as causas comumente dizem respeito a danos imateriais sofridos por vítimas de vazamentos de dados, nos termos do art. 82 do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD). Em princípio, tais danos imateriais precisam ser constatados individualmente, o que não é possível em um processo baseado na VDuG. Agora, o Superior Tribunal de Justiça e a Corte Europeia de Direitos Humanos³⁶ admitiram que a perda objetiva de controle sobre dados pessoais, por si, já configura um tal dano não patrimonial. Uma análise individual não é necessária. Com isso, as pretensões são de igual natureza.

Em casos nos quais a similaridade não está tão evidente, as associações de consumidores não correrão o risco de propor uma ação de reparação. Em vez disso, podem requerer a constatação judicial de determinados elementos da tipicidade da responsabilidade civil por meio de uma ação-modelo declaratória. Depois, as pessoas afetadas, de qualquer forma, têm de mover uma ação própria individual baseada em tal declaração. Em seguida, nessa segunda etapa, o tribunal poderá decidir sobre requisitos individuais da pretensão. Essa não é, porém, uma solução favorável aos consumidores.

B) RELAÇÃO ENTRE AÇÕES CONFORME A VDUG PARA UMA DECLARAÇÃO-MODELO NO DIREITO DO MERCADO DE CAPITAIS

Em 2005, entrou em vigor a chamada Lei de Procedimentos-Modelo para o Mercado de Capitais (KapMuG). Ela foi a reação do legislador a ações em massa de investidores privados em razão de informações falsas veiculadas pela empresa Deutsche Telekom em várias aberturas de capital. Como os tribunais não tinham condições de ocupar-se das milhares de ações individuais em um prazo previsível, foi estabelecido um novo instituto especialmente para o Direito do Mercado de Capitais. À época também, evitou-se uma verdadeira *class action* ou ação conjunta, criando-se, em vez disso, a possibilidade de um processo-modelo com efeito vinculante.

Não se trata de uma ação associativa, mas, sim, de uma espécie de procedimento intermediário no âmbito de ações individuais. O processo-modelo pressupõe que uma série de ações individuais já tenha sido instaurada. Se, no mínimo, nove ações tiverem apresentado um pedido de abertura de um procedimento-modelo ao Tribunal Regional Superior (*Oberlandesgericht*, OLG)³⁷, o OLG escolhe um demandante-modelo dentre os demandantes já ativos e decide em um único processo a respeito dos objetivos de declaração selecionados, ou seja, pressupostos de fato e/ou de direito da responsabilidade civil por informações sobre o mercado de capitais erradas, enganosas ou omitidas, os quais deverão ser examinados

34 Art. 442, § 1º BGB (Código Civil Alemão).

35 *Bundesgerichtshof* (BGH), **NJW** 2025, p. 298, decisão de 28.11.2024, VI ZR 10/24.

36 EuGH C-200/23, decisão de 4.10.2024, Juris; EuGH DB 2024, 1676; EuGH NJW 2024, 1561.

37 Art. 7º, § 1º KapMuG.

de igual modo em todas as demandas³⁸. Todos os processos individuais em tramitação que dependam da decisão sobre esses objetivos de declaração ficarão suspensos até a decisão do OLG no procedimento-modelo e serão julgados somente posteriormente, com base na decisão-modelo. A KapMuG já sofreu várias alterações, mas permanece muito complexa e os processos, morosos. O caso original, que motivou o projeto de lei – o processo da Telekom –, por exemplo, foi encerrado com um acordo somente depois de vinte anos.

Durante muito tempo, não ficou clara a relação entre esse procedimento-modelo especial, no âmbito do Direito do Mercado de Capitais, e a ação-modelo declaratória genérica, do ano de 2018. Agora, o legislador elucidou que ambos os processos não se excluem mutuamente, podendo também tramitar em paralelo³⁹. Como a Diretiva sobre ações associativas, em seu anexo, inclui expressamente em seu campo de aplicação casos de responsabilidade civil por prospectos, o legislador alemão não pôde optar por uma prioridade ou exclusividade do procedimento conforme a KapMuG, pois esta não prevê a possibilidade de uma ação associativa. No momento, não existem ações associativas segundo a VDUG no Direito do Mercado de Capitais simplesmente por questões práticas, visto que não há representações de interesses que possam ou queiram mover tais processos. Embora haja algumas “comunidades de proteção de investidores”, como são chamadas, elas são especializadas em consultoria aos pequenos investidores e sua representação em assembleias gerais de sociedades anônimas. Até o momento, não moveram ações indenizatórias em nome de investidores privados.

3. AÇÕES COM BASE NO MODELO DE CESSÃO

Por fim, aqui ainda cabe mencionar que, nesse ínterim, um modelo muito diferente de coletivização de demandas se firmou no mercado de prestação de serviços jurídicos. Há inúmeras empresas especializadas na defesa de demandas de consumidores para o ressarcimento de perdas e danos, assim como de demandas relacionadas a danos causados por cartéis. Elas trabalham – na ausência de ações conjuntas instauradas por pessoas físicas ou jurídicas – com base em cessões, reivindicando no seu próprio nome um conjunto de demandas cedidas. Frequentemente, essas empresas mantêm parceria com financiadores comerciais de processos, assumindo as custas processuais e o risco do processo, de forma que a ação não gera custos para os cedentes. Em contrapartida, em caso de êxito, recebem honorários de 20 a 35% do valor da causa. O modelo é muito ofertado por empresas LegalTechs, que antes examinam as demandas pela internet, exclusivamente com a ajuda de softwares, e oferecem a cessão. Elas têm muito sucesso, em especial, no Direito do Consumidor, nas inúmeras demandas de ressarcimento por parte de passageiros aéreos, que, conforme um regulamento europeu, podem exigir valores entre 250 e 600 euros por cancelamentos e atrasos. Nesses casos, é possível realizar um exame das demandas meramente esquemático, informatizado, e as chances de sucesso são muito grandes. Pessoas afetadas costumam optar por essa forma simples de defender os seus direitos e, para elas, inteiramente livre de preocupações, já que as companhias aéreas

38 Art. 1º, § 1º, e art. 2º KapMuG.

39 Art. 1º, § 3º KapMuG e art. 1º, § 3º VDUG.

com frequência não pagam voluntariamente, mesmo em casos evidentes. Os passageiros geralmente não se importam em pagar a quota por sucesso, visto que, de todo modo, não sofreram um dano real – a não ser o aborrecimento pelo atraso do voo. Alguns Tribunais de Comarca situados no local de sede dessas companhias aéreas já se ocupam de tais ações em aproximadamente 60% de todos os casos. Atualmente, há cerca de 130.000 dessas ações em tramitação nos Tribunais de Comarca⁴⁰.

Empresas LegalTechs, contudo, também se utilizaram desse modelo nos casos do diesel e em outras demandas de consumidores. Dessa forma, além das organizações de defesa dos consumidores, entraram em campo novos atores que geralmente trabalham com rapidez e eficiência – mas cobram o seu preço. O consumidor acaba recebendo apenas uma parte do que lhe é devido.

Essas ações permanecem completamente inalteradas pela Diretiva sobre ações associativas e por sua implementação. Como organizações de defesa dos consumidores não têm meios para tratar de todos os casos, na prática, deixam muitos casos de danos em massa a cargo dessas sociedades de ações judiciais com fins lucrativos.

Além disso, esse modelo de cessão consolidou-se ainda na defesa de demandas por danos causados por cartéis⁴¹. Dele fazem uso, sobretudo, pequenas e médias empresas que não possuem departamento jurídico próprio e não querem processar seus fornecedores por conta própria. Considerando que o cálculo de direitos indenizatórios por esses danos normalmente requer pareceres técnicos muito caros, hoje, é amplamente reconhecido que só se pode garantir uma defesa efetiva de direitos recorrendo a tais sociedades de ações judiciais altamente especializadas. No entanto, os tribunais estão sobrecarregados com esses processos, que já reúnem milhares de pretensões. Eles não dispõem de recursos humanos nem de sistemas digitais para julgar esses processos em massa em um prazo adequado⁴². Nesse meio tempo, já são utilizados também modelos de inteligência artificial em projetos-piloto, os quais deverão auxiliar na verificação da vasta documentação dos autos, bem como na redação de decisões.

IV. QUESTÕES PROCESSUAIS – EM ESPECIAL, O DIREITO DE SER OUVIDO NO PROCESSO COLETIVO

Permitam-me por fim – *last but not least* – , em razão do contexto geral do nosso encontro, tratar ainda de uma questão processual que se coloca na configuração de ações coletivas.

40 DRiZ 2025, caderno 1.

41 Sobre esse modelo de negócios e seus problemas, cf. Hiss, H., Die Bündelung von Kartellschadensersatzansprüchen im Lichte des Rechtsdienstleistungsgesetzes (A reunião de demandas indenizatórias por danos causados por cartéis à luz da Lei sobre Serviços Jurídicos), tese de doutorado, Konstanz, 2022, Nomos 2023.

42 Os demandados costumam contestar a eficácia da cessão sob diversos aspectos, de maneira que ações sobre essa questão preliminar às vezes tramitam ao longo de anos.

1. UM ANTIGO DILEMA: *OPT-IN VERSUS OPT-OUT*

Discutiu-se na Alemanha (e em toda a Europa), ao longo de anos, se procedimentos de tutela coletiva de direitos deveriam adotar o mecanismo de inclusão (*opt-in*) ou de exclusão (*opt-out*)⁴³. A questão é saber se consumidores devem optar ativamente pela participação em um processo dessa natureza e se registrar de alguma forma ou se a associação legitimada para a ação pode impetrá-la em nome de todos os lesados, que ficam vinculados aos resultados, caso não emitam uma manifestação de exclusão dentro de determinado prazo. Em relação à tradicional ação inibitória associativa alemã, o problema nunca se colocou porque os consumidores não podem ou devem de forma alguma tomar parte nessa ação. Se a ação tiver êxito e a conduta ilícita da empresa demandada cessar no futuro, todos serão automaticamente beneficiados. Não surgiriam, portanto, os típicos problemas que ocorrem na *class action* depois da notificação dos membros da classe e de uma manifestação *opt-in* ou *opt-out*. A ação inibitória proposta por uma associação também não produz os efeitos abrangentes do trânsito em julgado para consumidores individuais. Em termos positivos, esses podem se referir à ação inibitória *procedente*, caso queiram processar uma empresa mais tarde⁴⁴. Porém, a improcedência da ação associativa não lhes traz desvantagens⁴⁵. Ou seja, sob esse aspecto, não cabe a questão de uma possível violação do direito de ser ouvido.

A *class action* americana foi vista de forma crítica e rejeitada na Alemanha não apenas devido à ganância dos advogados dos demandantes, mas também porque ela trabalha – na sua versão mais importante praticamente – com um sistema *opt-out*⁴⁶. Quem, entre os membros da classe, não quiser ficar vinculado ao resultado do processo, deve se excluir atempadamente. Daí derivaram receios quanto ao rito processual na Alemanha, não sem razão, pelo fato de uma exclusão fora do prazo de pessoas que simplesmente são incluídas em uma ação conjunta sem ser previamente consultadas acabar levando a uma anuência fictícia a esse processo. Tendo em vista que o resultado do processo – seja uma decisão ou

43 Cf. Rinck, K., *Streuschadensbekämpfung in Anwendung der cy-pres-Doktrin* (Combate a danos dispersos na aplicação da doutrina *cy-près*), tese de doutorado, Konstanz, Tübingen 2023, p. 383 ss.; Stadler, A., *Group Actions as a remedy to enforce consumer interests*, in: Cafaggi/Micklitz, *New Frontiers of Consumer Protection – the Interplay Between Private and Public Enforcement*, intersentia, 2009, p. 305 ss.; Stadler, A., *Die internationale Anerkennung von Urteilen und Vergleichen aus Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes mit opt-out Mechanismen* (O reconhecimento internacional de decisões e acordos em procedimentos da tutela coletiva de direito com mecanismos *opt-out*), **FS Rolf Schütze**, München 2015, p. 561 ss.

44 Art. 11 UKlaG (Lei da Ação Inibitória).

45 Art. 11 UKlaG.

46 Cf. Mertens, **ZHR** 1975, p. 438, p. 470; Gsell, B., **BKR** 2021, p. 521; Bruns, A., **ZZP** 125 (2012), p. 399, p. 409; Deutmoser, R., *Die Büchse der Pandora: Kollektiver Rechtsschutz in Europa* (A caixa de Pandora: tutela coletiva de direitos na Europa), **EuZW** 2013, p. 652; Wendt, D., *Kollektiver Rechtsschutz in Europa* (Tutela coletiva de direitos na Europa), **EuZW** 2011, p. 616, p. 621; Rinck, K., *Streuschadensbekämpfung in Anwendung der cy-pres-Doktrin* (Combate a danos dispersos na aplicação da doutrina *cy-près*), tese de doutorado, Konstanz, Tübingen 2023, p. 385-391. De modo geral, cético em relação às ações associativas e coletivas, Woopen, H., **IWRZ** 2018, p. 160.

um acordo – vincula todos os membros da classe que não tenham prestado uma declaração *opt-out*, isso poderia, à luz das condições gerais do Direito alemão, violar o princípio dispositivo⁴⁷, constitucionalmente protegido, bem como o direito de ser ouvido⁴⁸. Em primeiro lugar, cada indivíduo deve decidir se deseja pleitear suas demandas cíveis. Em segundo lugar, qualquer um que fique pessoalmente sujeito a uma decisão judicial (principalmente, se a sua demanda for julgada improcedente ou for reduzida) deve ter, em princípio, a possibilidade de influir nessa decisão por meio de suas próprias alegações.

Agora também existe na Alemanha o consenso de que lesados podem ser representados por uma associação em um processo coletivo, sendo o direito de ser ouvido concedido à associação, a título de representação. Para tal, no entanto, é necessária uma base segura para o exercício da representação pela associação – ela deve ser autorizada por lei ou pelos afetados. A anuência fictícia dos lesados pela omissão em manifestar a sua exclusão é problemática, pois nenhum sistema processual, mesmo a *class action* norte-americana, pode garantir que todos os afetados realmente fiquem sabendo da propositura da ação e sejam informados a tempo sobre seu direito ao *opt-out*. Nem grandes campanhas nas mídias nem a internet podem assegurar-lo.

Por isso, na Alemanha, o sistema *opt-out* sempre foi majoritariamente rejeitado, embora, evidentemente, se tenha percebido que, em caso de danos irrisórios, ele é a única possibilidade de abarcar um grande número de afetados em uma ação conjunta ou coletiva. As experiências nos Estados Unidos sempre mostram baixos índices de *opt-out* – a apatia consciente dos afetados os leva a não agir e, assim, a sua demanda é incluída na decisão⁴⁹. Desse modo, no final, é possível provocar uma decisão aplicável a inúmeros afetados. No interesse de uma ampla defesa dos direitos e da sanção ao demandado, portanto, o princípio *opt-out* é – ao menos, à primeira vista – vantajoso.

No âmbito europeu, por fim, prevaleceu uma linha que leva em conta os receios em relação aos dispositivos constitucionais. A Diretiva sobre ações associativas deixa a critério dos Estados-Membros a escolha entre *opt-in* e *opt-out*, no entanto, prescreve de maneira vinculante que os lesados não domiciliados no Estado do foro, mas, sim, em outro país, somente podem tomar parte na ação por meio de uma declaração *opt-in* ativa. Antes disso, a Dinamarca e a Inglaterra já haviam optado por essa solução. Ela considera que, em uma situação processual transnacional, a notificação sobre o direito ao *opt-out* pode acarretar problemas enormes.

Na Alemanha, a solução *opt-out* nem chegou a ser seriamente cogitada na implementação da Diretiva sobre ações associativas. A meu ver, com razão. As experiências com ações conjuntas *opt-out* nos Estados Unidos e na Inglaterra sempre evidenciaram que elas permitem

47 Rosenberg/Schwab/Gottwald, **Zivilprozessrecht**, 18ª edição, 2018, § 76, nº de margem 1; Rinck, K., *Streuschadensbekämpfung in Anwendung der cy-pres-Doktrin*, tese de doutorado, Konstanz, Tübingen 2023, p. 385.

48 Art. 103 Grundgesetz (Lei Fundamental Alemã).

49 Dados em Rinck, K., *Streuschadensbekämpfung in Anwendung der cy-pres-Doktrin*, tese de doutorado, Konstanz, Tübingen 2023, p. 330.

incluir no processo um grande número de consumidores apenas em uma primeira etapa. Se a ação conjunta tem sucesso e um fundo de ressarcimento precisa ser distribuído, isso não funciona sem a participação ativa dos lesados. Porém, pela experiência, mesmo nesse caso são poucos os afetados que reivindicam ativamente os seus direitos. Isso pode ter muitas razões⁵⁰. Logo, apenas à primeira vista, as ações *opt-out* são apropriadas para compensar um número maior de prejudicados.

Mais razoável, especialmente em casos de danos irrisórios, nos quais se pode esperar uma grande passividade consciente dos lesados, é uma ação de restituição de lucro em vez de uma ação de indenização por perdas e danos⁵¹. Nessa ação, em decorrência da infração de um direito, uma associação não pleiteia ressarcimento de perdas e danos, mas a restituição do lucro auferido ilicitamente pela empresa. O uso desse instrumento pode produzir um certo efeito dissuasivo.

Na Alemanha, tais ações de restituição de lucro disponíveis a associações de defesa dos consumidores foram introduzidas no Direito da Concorrência e Antitruste já em 2005. Hoje, o Direito da Concorrência também se aplica, de modo geral, à proteção dos consumidores individuais. No entanto, a configuração dessas ações fazia com que raramente fossem usadas na prática. O risco do processo para as associações legitimadas para a propositura era muito grande. Isso se devia, primeiramente, ao fato de que as associações demandantes precisavam provar uma infração dolosa cometida pelo demandado e, em segundo lugar, de que o lucro auferido ingressava integralmente no orçamento da União. Ou seja, em caso de êxito, a associação demandante não obtinha vantagem alguma, mas era obrigada a arcar com o risco do processo⁵². O instituto deixou de ser usado depois que o Superior Tribunal de Justiça, em 2018⁵³, também proibiu que as associações recorressem ao financiamento processual comercial para tais causas. Mas agora isso pode mudar.

Com a implementação da Diretiva sobre ações associativas, a ação de restituição de lucro foi alterada e fortalecida. Agora, as associações só precisam provar negligência grave e estão autorizadas a obter um financiamento processual comercial⁵⁴ – sem restrições

50 Sobretudo, depois de um processo que se estenda por anos, lesados não conseguem mais comprovar que pertencem ao grupo dos prejudicados, por exemplo, que compraram um certo produto há muito tempo.

51 Já em Stadler, A., *Collective Actions as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law*, in Basedow, *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer 2007, p. 195 ss.: a esse respeito, *Die Umsetzung der Kommissionempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz* (A implementação da Recomendação da Comissão sobre a tutela coletiva de direitos), **ZfPW** 2015, p. 61, p. 81.

52 Stadler, A., *Erfahrungen mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch im deutschen Wettbewerbs- und Kartellrecht* (Experiências com o direito à restituição do lucro no Direito da Concorrência e Antitruste alemão), *Wilhelminenberg Gespräche* (Diálogos de Wilhelminenberg), Viena 2008, Österreichisches Bundesministerium für Soziales und Konsumentenschutz (Ministério Federal dos Assuntos Sociais e da Proteção dos Consumidores da Áustria), palestra proferida em junho de 2008. Publicação em Reiffenstein, M./ Pirker-Hörmann, B., **Defizite kollektiver Rechtsdurchsetzung** (Déficits da defesa coletiva de direitos), volume 38, Verlag Österreich, 2009, p. 93-120.

53 Bundesgerichtshof, **NJW** 2018, 3581.

54 Conforme a nova redação do art. 10 UWG, desde outubro de 2023.

quanto aos honorários advocatícios por êxito. Isso traz esperança de que, para os danos irrisórios, a restituição do lucro se torne o procedimento de predileção das associações, evitando-se os efeitos negativos da necessidade de uma declaração *opt-in* dos consumidores na ação de reparação.

2. O DIREITO DE SER OUVIDO DOS CONSUMIDORES NA AÇÃO DE REPARAÇÃO

Consumidores individuais não participam da ação associativa para reparação. Eles não são parte processual nem têm direito à participação no processo. Caso tenham se incluído em um processo, ficam vinculados à decisão proferida no bojo da ação associativa e também não podem propor ação individual. Apenas no momento da repartição do fundo indenizatório precisam participar ativamente. O vínculo a uma decisão judicial na ação associativa é válido, conforme o Direito alemão, independentemente do desfecho do processo. Se a ação de reparação movida no caso pela associação for considerada improcedente, outra associação não poderá ajuizar nova ação⁵⁵ e os consumidores que se incluíram na ação não poderão pleitear suas pretensões isoladamente. Ou seja, em princípio, eles têm de decidir se querem mover uma ação individual ou participar da ação associativa.

Atualmente, não existe clareza dogmática sobre como deve ser moldada a relação entre a associação demandante e os consumidores registrados⁵⁶. No caso de uma reclamação de direito alheio, restaria evidente que a associação representa os consumidores registrados na ação de reparação e basta que o direito de ser ouvido lhe seja concedido a título de representação.

Parte da doutrina alemã afirma – na ausência de dispositivo legal claro – que a associação demandante pleitearia nesses casos, como na ação inibitória nos moldes alemães – um direito material próprio, atuando apenas indiretamente no interesse dos consumidores. A associação teria, face ao demandado, um direito ao pagamento do valor coletivo total do dano, a ser depositado em um fundo de distribuição; ela não pleitearia os direitos individuais dos consumidores⁵⁷. Essa construção é predominantemente repudiada com o argumento de que o legislador deveria ter regulamentado tal prerrogativa da associação com maior clareza⁵⁸. Contudo, caso se acolha essa abordagem, torna-se muito mais difícil justificar por qual razão os consumidores vinculados ao resultado do processo não teriam direito de ser ouvidos em juízo. Em última análise, o aspecto do direito de ser ouvido pode

55 Art. 8º VDuG.

56 A destacar sobre essa discussão, Musielak/Voit/Stadler, **ZPO-Kommentar** (Comentário ao Código de Processo Civil), 22ª edição, 2025, Vorbemerkungen VduG (Observações Preliminares sobre a VDuG), nº de margem 20 ss.

57 Como em Bruns, A., **ZZP** 137 (2024), p. 3, p. 40; Adolphsen, J., **ZZP** 135 (2022), p. 299, p. 324 e p. 327; Maultzsch, F., **ZZP** 137 (2024) p. 119 (p. 129, p. 131).

58 Thönissen, S., **NJW** 2023, p. 945; Gsell/Meller-Hannich, **JZ** 2022, p. 421 (p. 423); Domej, T., **ZZP** 125 (2012), p. 421; Musielak/Voit/Stadler, **ZPO-Kommentar**, 22ª ed., 2025, Vorbemerkungen VDuG, nº de margem 20.

ser deixado em aberto, já que os consumidores não podem influir no desfecho da ação de reparação, mas podem isentar-se do efeito vinculante, registrando-se muito tarde ou revogando um registro anterior⁵⁹.

No processo legislativo, houve uma longa discussão acerca do prazo admissível para tal registro e a sua revogação. Inicialmente, eles só poderiam ocorrer até o início da audiência. Por fim, um prazo longo para o registro se sobrepôs: consumidores podem se incluir em uma ação de reparação dessa natureza até três semanas após a conclusão da audiência. O encerramento tardio do prazo para o registro acarreta muitas dificuldades, mas apresenta grande vantagem quanto ao direito de ser ouvido dos consumidores. Na verdade, os consumidores podem se retirar novamente até três semanas após o término da audiência e, assim, livrar-se do efeito vinculante da ação associativa em relação à sua pretensão. A essa altura, estarão aptos – desde que se informem a respeito – a prever bastante bem o desfecho da ação associativa. Por isso, caso fique evidente que a associação perderá o processo (com efeito vinculante para os consumidores registrados), consumidores já registrados poderão se excluir antes do proferimento de uma decisão, enquanto outros nem sequer se incluirão. Por conseguinte, eles não ficarão sujeitos, contra a sua vontade, a um resultado negativo do processo, sobre o qual não puderam exercer influência ativamente e para o qual a representação pela associação é, eventualmente, questionável.

V. CONCLUSÃO

A Europa percorreu um caminho árduo e muito longo para estabelecer um *private enforcement* no Direito do Consumidor. Nesse contexto, a *class action* norte-americana foi um exemplo mais dificultoso do que útil. Daí resulta hoje, na Europa, um quadro heterogêneo da tutela coletiva de direitos. Os instrumentos disponíveis nos Estados-Membros distinguem-se consideravelmente, sobretudo, no que se refere à eficiência e aos meios de financiamento. Isso é inconveniente, principalmente porque grandes danos em massa ocorrem em escala transnacional, exigindo uma solução uniforme. Atualmente, estamos muito longe disso. Para esses eventos danosos em massa, o legislador europeu não adotou as regulamentações urgentemente necessárias sobre a competência internacional, sobre o direito aplicável ou a coordenação de processos paralelos em vários Estados-Membros. Caso se questione se, ao menos para casos nacionais na Alemanha, foi criada uma situação satisfatória, a resposta tem de ser negativa: um processamento em larga escala de casos de prejuízos em massa somente ficaria assegurado se lesados individualmente também pudessem ajuizar uma ação coletiva e o financiamento fosse possível por meio de um fundo estatal, tornando supérfluo um financiamento processual comercial no Direito do Consumidor. No momento, contudo, observamos a tendência de sobrecarregar cada vez mais as associações de defesa dos consumidores com tarefas que estas não têm condições de assumir dessa forma. A isso se soma o fato de a Justiça alemã ainda ter muito a alcançar em termos de digitalização e os processos de decisão em ações em massa carecerem de uma completa reorganização.

59 Art. 46 VDuG.