



ESMPU

REVISTA

DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

RESMPU

VOLUME 3 · NÚMERO 1 · JAN./JUN. 2025

ISSN 2965-3061





ESMPU

REVISTA

DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

RESMPU

VOLUME 3 • NÚMERO 1 • JAN./JUN. 2025

ISSN-L 2965-3061



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Paulo Gustavo Gonet Branco
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Hindenburg Chateaubriand Pereira Diniz Filho
VICE-PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento
DIRETORA-GERAL

Manoel Jorge e Silva Neto
DIRETOR-GERAL ADJUNTO

COMITÊ CIENTÍFICO CONSULTIVO

Manoel Jorge e Silva Neto
SUBPROCURADOR-GERAL DO TRABALHO
COORDENADOR DO CCIC

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen
SUBPROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

Antonio do Passo Cabral
PROCURADOR DA REPÚBLICA

Carlos Bruno Ferreira da Silva
PROCURADOR DA REPÚBLICA

Gisele Santos Fernandes Góes
PROCURADORA REGIONAL DO TRABALHO

Adriana Santos Imbrosio
PROCURADORA DE JUSTIÇA MILITAR

Kedyma Cristiane Almeida Silva
PROMOTORA DE JUSTIÇA

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO



ESMPU

REVISTA

DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

RESMPU

VOLUME 3 • NÚMERO 1 • JAN./JUN. 2025

ISSN-L 2965-3061

Brasília, 2025

REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO – RESMPU

A *Revista da Escola Superior do Ministério Público da União – RESMPU* é periódico especializado, de natureza técnico-científica, que veicula semestralmente, em acesso aberto e fluxo contínuo, textos inéditos, com a missão de promover o progresso da ciência, do desenvolvimento científico do País e da inovação nos temas afetos ao Ministério Público brasileiro.

EDITORA-CHEFE: Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento

SECRETARIA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO: Renata Souza Mendes Salgueiro

SUBSECRETARIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA: Allana de Albuquerque Sousa Silva

COORDENADORIA DE COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA: Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

DIVISÃO DE EDITORAÇÃO: Sarah do Nascimento Araújo

NÚCLEO DE PREPARAÇÃO E REVISÃO TEXTUAL: Sandra Maria Telles

NÚCLEO DE DESIGN EDITORIAL: Sheylise Rhoden

SUPERVISÃO EDITORIAL: Allana de Albuquerque Sousa Silva

PRODUÇÃO EDITORIAL: Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

PREPARAÇÃO DE ORIGINAIS E REVISÃO DE PROVAS GRÁFICAS: Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles e Mariana Georg

CAPA: Rossele Curado

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO: Natali Andrea Gomez Valenzuela

TRADUÇÃO: Kelly Medrado Passos

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista da Escola Superior do Ministério Público da União. – v. 3, n. 1 (jan./jun.2025 -).
– Brasília - DF : ESMPU, 2025 -
v. ; 25 cm.

Semestral
Sigla da publicação: RESMPU
Publicado também online
ISSN-L 2965-3061

1. Ministério Público (Brasil) - periódicos. 2. Direito - periódicos. I. Título.

CDD 341.413

Elaborada por Vinícius Cordeiro Galhardo – CRB-1/2840

2025. Todos os direitos reservados.

Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS L2 Sul Quadra 603, Lote 22 | CEP 70200-630 | Brasília-DF

www.escola.mpu.mp.br

 CC BY-NC 4.0

Os textos estão sob Licença Creative Commons – Atribuição-Não Comercial 4.0.

É autorizada a reprodução total ou parcial para fins não comerciais, desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto.

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as.

EQUIPE EDITORIAL

COMITÊ DE POLÍTICA EDITORIAL

Manoel Jorge e Silva Neto (Coordenador e Subprocurador-Geral do Trabalho)
Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (Subprocuradora-Geral da República)
Antonio do Passo Cabral (Procurador da República)
Carlos Bruno Ferreira da Silva (Procurador da República)
Gisele Santos Fernandes Góes (Procuradora Regional do Trabalho)
Adriana Santos Imbrosio (Procuradora de Justiça Militar)
Kedyma Cristiane Almeida Silva (Promotora de Justiça)

CORPO EDITORIAL CIENTÍFICO

Adegmar José Ferreira (Universidade Federal de Goiás – UFG)
Adriana Campos Silva (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)
Adriano Marteleto Godinho (Universidade Federal da Paraíba – UFPB)
Alessandra Lehmen (Ordem dos Advogados do Brasil – Rio Grande do Sul – OAB/RS)
Alessandro Geremia (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS)
Alexander Cambraia Nascimento Vaz (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP)
Ana Carolina Figueiró Longo (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB)
Antonio Henrique Graciano Suxberger (Universidad Pablo de Olavide, Espanha)
Bethania Itagiba Aguiar Arifa (Procuradoria-Geral da República – PGR)
Bianca Larissa Soares de Jesus Roso (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS)
Bruna Bastos (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS)
Carlos Roberto Gomes dos Santos (Universidade Católica de Brasília – UCB)
Ciani Sueli das Neves (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)
Clara Maria Roman Borges (Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Clara Moura Masiero (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS)
Cláudia Taís Siqueira Cagliare (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS)
Claudio Smirne Diniz (Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG)
Cleiton Lixieski Sell (Universidade de Burgos, Espanha)
Cleucio Santos Nunes (Universidade de Brasília – UnB)
Cristina Veloso de Castro (Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG)
Dalila Martins Viol (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – MPIL, Alemanha)
Daniella Maria dos Santos Dias (Universidade Federal do Pará – UFPA)
Danny de Castro Soares (Ministério Público da União – MPU)
David Francisco Lopes Gomes (Universidade Nacional de La Pampa – UNLPAM, Argentina)
Edérson dos Santos Alves (Universidade de Salamanca, Espanha)
Éderson Garin Porto (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS)
Edson Medeiros Branco Luiz (Universidade Federal Fluminense – UFF)
Eduardo Bittencourt Cavalcanti (César Freitas Advogados Associados)
Elcio Nacur Rezende (Faculdades Milton Campos – FMC)
Elizete Lanzoni Alves (Escola de Governo Fundação ENA Brasil Santa Catarina – ENA)
Emerson Ademir Borges de Oliveira (Universidade de Marília – UNIMAR)
Emílio Peluso Neder Meyer (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)
Fabio Luiz Gomes (Universidade de Salamanca, Espanha)
Fabiola Vianna Morais (Universidade Federal Fluminense – UFF)
Fabricia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira (Universidade Federal do Ceará – UFC)

Felipe Luciano Pires (Demarest Advogados)
Fernanda Bersanetti Barbieri (Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Fernando Goya Maldonado (Universidade de Brasília – UnB)
Fernando Rodrigues Martins (Universidade Federal de Uberlândia – UFU)
Fernando Sérgio Tenório de Amorim (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)
Flavia Danielle Santiago Lima (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)
Flavio Carneiro Guedes Alcoforado (Fundação Getulio Vargas – FGV-RJ)
Flavio Jose Roman (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP)
Francieli Iung Izolani (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI)
Galtiênio da Cruz Paulino (Universidade do Porto, Portugal)
George Geraldo Gomes de Magalhães (Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina – FACAPE)
Graziela Martins Palhares de Melo (Ministério Público Federal – MPF)
Heitor de Carvalho Pagliaro (Universidade Federal de Goiás – UFG)
Helbert Vinícios Coelho (Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE)
Igor De Lucena Mascarenhas (Universidade Federal da Bahia – UFBA)
Ilton Norberto Robl Filho (Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Janaina Rigo Santin (Universidade de Caxias do Sul – UCS)
Janny Carrasco Medina (Faculdade do Alto São Francisco – FASF-LUZ)
Jean Carlos Dias (Centro Universitário do Pará – CESUPA)
Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (Universidade Estadual de Londrina – UEL)
João Francisco da Mota Júnior (Universidade de Salamanca, Espanha)
João Gilberto Belvel Fernandes Júnior (Universidade de São Paulo – USP)
João Pedro Seefeldt Pessoa (Universidade Federal de Santa Maria – UFSM)
João Victor Nascimento Martins (Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira – FUNCESI)
Jonatas Dutra Sallaberry (Universidade Federal do Paraná – UFPR)
José Arthur da Silva Sedrez (Instituto de Desenvolvimento Educacional do Alto Uruguai – IDEAU)
José Sérgio da Silva Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC)
José Welhington Cavalcante Rodrigues (Universidade Federal da Paraíba – UFPB)
Laura Girardi Hypolito (Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF)
Leonardo Gonçalves Juzinskas (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS)
Liliane Cunha de Souza (Universidade de Brasília – UnB)
Luana Esteche Nunes (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP)
Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – MPIL, Alemanha)
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC)
Marcella da Costa Moreira de Paiva (Instituto Brasileiro de Mercados de Capitais – IBMEC)
Marcelo Buzaglo Dantas (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALE)
Marcelo Ivan Melek (Universidade Positivo)
Marcelo Ribeiro de Oliveira (Fundação Getulio Vargas – FGV)
Marcelo Rodrigues Mazzei (Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP)
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino (Universidade Federal do Maranhão – UFMA)
Mariana Thorstensen Possas (Universidade Federal da Bahia – UFBA)
Mario Luiz Ramidoff (Unicuritiba)
Mário Márcio Saadi Lima (Fundação Getulio Vargas – FGV)
Osmir Antonio Globekner (Ministério Público Federal)
Plínio Pacheco Clementino de Oliveira (Universidade de Coimbra, Portugal)
Priscilla Cardoso Rodrigues (Universidade Federal de Roraima – UFRR)
Rafael de Alencar Araripe Carneiro (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP)

Rafael Lamera Giesta Cabral (Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA)
Rafael Silveira e Silva (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP)
Rebecca Groterhorst (Faculdade Estácio de Carapicuíba – FEC)
Renata Santa Cruz Coelho (Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP)
Ricardo de Macedo Menna Barreto (Universidade do Minho, Portugal; Universidade Federal da Bahia – UFBA)
Roberto D’oliveira Vieira (Universidade Católica Portuguesa – UCP, Lisboa)
Robson Martins (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ)
Rodrigo da Costa Vasconcellos (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC)
Rodrigo Wasem Galia (Universidade Federal de Santa Maria – UFSM)
Rogerio do Nascimento Carvalho (Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP)
Rosilene Cruz de Araújo (Universidade do Estado da Bahia – UNEB)
Rowana Camargo (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS)
Samara Taiana de Lima Silva (Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN)
Saulo Cerqueira de Aguiar Soares (Universidade Federal do Piauí – UFPI)
Sonia Elizabeth Ramos-Medina (Universidad Autónoma de Sinaloa, México)
Tânia Maria dos Santos (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS)
Têmis Limberger (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS)
Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Estadual do Maranhão – UEMA)
Thiago Pinheiro Corrêa (Fundação Getulio Vargas – FGV)
Ulisses Schwarz Viana (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP)
Valter Moura do Carmo (Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA)
Victor Hugo de Almeida (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP)
Vinnie Mayana Lima Ramos (Universidade de São Paulo – USP)
Vitalínio Lannes Guedes (Universidade de Buenos Aires, Argentina)
Vitor Souza Cunha (Universidade de São Paulo – USP)
Vladmir Oliveira da Silveira (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS)
Wagner Artur de Oliveira Cabral (Senado Federal)
Wilson José Figueiredo Alves Junior (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
--------------	----

ARTIGOS

Das Justizsystem und die Verteidigung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit <i>O sistema judiciário e a defesa da democracia e do Estado de Direito</i> Rhona Fetzner	17
Die Rolle der Staatsgewalten und rechtliche Anreize für eine demokratische Kultur <i>A atuação dos Poderes e estímulos jurídicos a uma cultura democrática</i> Thomas Offenloch	37
Explorando fronteiras jurídicas entre o público e o privado no direito à liberdade: diálogos constitucionais com o ministro alemão Thomas Offenloch <i>Die rechtlichen Grenzen zwischen öffentlichen und privaten Interessen: Verfassungsdialoge mit Herrn Richter am Bundesverfassungsgericht</i> <i>Thomas Offenloch über verfassungsrechtliche Freiheitsrechte</i> Pedro Rubim Borges Fortes	55
Zugang zu höheren Gerichten in Deutschland: Beschränkungen für Rechtsmittel im deutschen Zivilverfahrensrecht im Spannungsfeld zwischen Effizienz der Justiz und Verfahrensgrundrechten <i>Acesso a tribunais superiores na Alemanha: restrições a recursos na lei processual alemã na tensão entre eficiência judicial e direitos processuais fundamentais</i> Michael Stöber	87
Das System des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland <i>O sistema da tutela coletiva de direitos na Alemanha</i> Astrid Stadler	149
Musterverfahren, Pilotverfahren und Leitentscheidungsverfahren im deutschen Recht <i>Procedimentos-modelo, causas-piloto e procedimentos de decisão paradigmática no Direito alemão</i> Michael Stürner	151

APRESENTAÇÃO

O marco do início das atividades acadêmicas na ESMPU, em 2025, foi o “Seminário Internacional Brasil-Alemanha: defesa da democracia e dos direitos fundamentais”. Durante dois dias, juristas e acadêmicos do Brasil e da Alemanha trocaram experiências sobre direitos fundamentais em temas transversais na defesa da democracia e discutiram avanços, recuos e ressignificações dos institutos jurídicos pilares do Estado Democrático de Direito em ambos os países.

E é com grande satisfação e alegria que fechamos o ano acadêmico com a publicação de uma edição especial da *Revista da Escola Superior do Ministério Público da União* (v.3, n.1/2025 – Edição Especial), composta por artigos produzidos por renomados palestrantes desse importante Seminário, ocorrido nos dias 24 e 25 de fevereiro de 2025, na sede da instituição, em Brasília-DF.

Esta edição da Revista presenteia o leitor com artigos que discutem temas constitucionais e infraconstitucionais atuais, sob a perspectiva da atuação de ministros do Tribunal Constitucional Federal alemão e de acadêmicos do Brasil e da Alemanha, os quais contribuem, com os seus ensaios jurídicos, para solução de problemas complexos da sociedade mundial, vivenciados nas mais diferentes democracias liberais.

O primeiro artigo, de autoria da ministra alemã Rhona Fetzter, trata do sistema judiciário e da defesa da democracia e do Estado de Direito. O texto analisa, entre outros aspectos, as graves situações recentemente vivenciadas em democracias consolidadas que sofreram ataques sistêmicos a instituições democráticas e o papel crucial das Cortes Constitucionais na garantia dos pilares do Estado Democrático de Direito, inclusive por meio dos mecanismos da democracia defensiva. Também destacou a necessidade de fortalecimento das regras de independência e harmonia entre os Poderes e que “a independência dos tribunais, sobretudo dos tribunais constitucionais, representa um bem valioso, que deve ser moldado para a resiliência”. Abordou ainda as alterações legislativas ocorridas no final de 2024, justamente para elevar ao patamar constitucional regras que fortalecem a autonomia e o funcionamento do Tribunal Constitucional Federal alemão sem pressões de outros Poderes.

O segundo texto do volume especial da RESMPU é a reprodução da palestra de Thomas Offenloch, ministro alemão, sob o título “Atuação dos Poderes e estímulos jurídicos a uma cultura democrática”, em que defendeu a necessidade de fortalecimento da cultura da democracia e da paz, sobretudo diante do cenário de grave violação do Direito Internacional, representada pela invasão da Ucrânia pela Rússia. Assim como enfatizado pela ministra Rhona, o ministro Thomas Offenloch reforça que a independência do Poder Judiciário e a separação entre os Poderes funcionam na Alemanha e constituem a base da efetiva proteção da liberdade de expressão e de imprensa e dos valores e princípios democráticos. Também enfatiza que as garantias constitucionais e jurídicas não podem se distanciar da realidade da vida, devendo produzir efeitos e, para que isso ocorra, é necessário garantir

a autonomia do Poder Judiciário. Por fim, trata da complexidade de se efetivar o exercício do direito à liberdade de expressão e o necessário equilíbrio das Cortes na interpretação e aplicação desse valor constitucional, a fim de conciliar o direito de personalidade aos princípios democráticos do debate público.

Na sequência, o professor e constitucionalista Pedro Rubim Borges Fortes constrói um diálogo constitucional com o ministro alemão Thomas Offenloch sobre as fronteiras jurídicas entre o público e o privado e sobre a ponderação de valores no que diz respeito à liberdade de expressão. Partindo do chamado "Caso Lüth", também analisado por Offenloch, o autor afirma que esse precedente da jurisprudência constitucional alemã e, portanto, do direito comparado, foi o marco, no Brasil, para a aplicação do constitucionalismo também à esfera do Direito Civil. Rubim compartilha do entendimento do ministro Thomas Offenloch quanto à conexão dos direitos fundamentais relativos à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa com a democracia e aponta que a desconstrução desses direitos representa, justamente, o ponto de partida de regimes autocráticos. O autor destaca aspectos da doutrina conhecida como democracia defensiva, praticada nos sistemas constitucionais alemão e brasileiro e revela que o jurista Karl Loewenstein, ao comparar o regime do "Estado Novo", da Era Vargas, com os regimes nazista e fascista da época, concluiu que existe uma diferença entre totalitarismo e autoritarismo.

Saindo um pouco da esfera puramente constitucional para também discutir o sistema jurídico-processual civil, o professor alemão Michael Stöber, da Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, discorre sobre o acesso a Tribunais Superiores na Alemanha e as restrições a recursos existentes na legislação processual alemã, sob a ótica da tensão resultante dos valores da eficiência judicial e dos direitos processuais fundamentais. O autor expõe o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão, lastreado pela doutrina, no sentido de que a norma jurídica constitucional não obriga a existência de várias instâncias recursais, sendo, portanto, uma atribuição legislativa infraconstitucional, e compara essa restrição com a legislação constitucional de países da América Latina que garantem a dupla jurisdição recursal. Michael Stöber defende que a garantia do direito ao acesso à justiça vincula-se à existência de, pelo menos, uma instância recursal e analisa as restrições aos recursos de revisão, existentes na legislação processual civil alemã, sob o ponto de vista constitucional.

A professora Astrid Stadler, da Universität Konstanz, tratou do sistema da tutela coletiva de direitos na Alemanha, trazendo importante e aprofundada reflexão sobre os aspectos processuais das ações coletivas naquele país, a partir da incorporação, pela Comissão Europeia, do *private enforcement* dos Estados Unidos. A autora aponta que, na Alemanha, esse debate tardio decorre da desconfiança do sistema jurídico em relação às ações coletivas para defesa tanto de consumidores quanto de interesses públicos, e de uma vinculação normativa estrutural a uma abordagem puramente de natureza cível. Destaca que o modelo da *class actions* norte-americana era visto com muita restrição no sistema jurídico alemão. Nesse cenário, Stadler esclarece que o sistema europeu de defesa dos direitos coletivos restringiu a sistemática do financiamento existente no modelo americano e, com isso, também se inviabilizou que associações privadas pudessem exercer a defesa em juízo desses direitos. Em uma segunda parte do seu artigo, a autora analisa aspectos do acesso

à justiça e das ações judiciais em massa em contraponto aos possíveis benefícios das ações coletivas e a iniciativa do legislador alemão, que instituiu um modelo de ações para casos envolvendo mercado de capitais, mas que ainda não surtiu o resultado esperado de desafogar o Judiciário. Também discute casos em que houve danos em massa sem a devida indenização, pela pulverização de situações que envolvem danos de menor valor, e o reflexo dessa falta de reparação no incentivo econômico à transgressão pelos agentes violadores. Ainda aborda aspectos processuais dos modelos de ações coletivas hoje incorporadas ao ordenamento jurídico alemão, para afirmar que esse sistema ainda está em construção, necessitando de diferenciações mais adequadas quanto à natureza das ações, aos seus legitimados e ao modelo de financiamento.

Por fim, o professor da Universität Konstanz Michael Stürner, no artigo “Procedimentos-modelo, causas-piloto e procedimentos de decisão paradigmática no direito alemão”, analisa a evolução da prática processual civil no direito alemão nos últimos vinte anos, antes firmada nos conceitos tradicionais de parte individual e da participação de terceiros apenas nas hipóteses de litisconsórcios, para o atual cenário jurídico, que resulta, em parte, das diretrizes da União Europeia para o fortalecimento dos direitos do consumidor. Afirma o autor que houve uma consolidação do entendimento no sentido de que as regras processuais civis, pautadas na legitimidade individual, não são adequadas para proteção, em juízo, dos interesses coletivos, sobretudo de consumidores lesados. Stürner faz um paralelo entre a evolução jurisprudencial e normativa sobre o tema e discute, especificamente, cada uma dessas tipologias de ações coletivas, inclusive no direito comparado de outros países da Europa. A leitura desse texto é uma oportunidade ímpar de estudo do direito comparado quanto às hipóteses de ações coletivas ou de procedimentos processuais adotados pelos Tribunais alemães visando uma repercussão jurídica coletiva de suas decisões. Importa dizer que alguns desses procedimentos mantêm características semelhantes à sistemática processual do Tema ou Recurso Repetitivo aqui no Brasil.

Os textos de autores alemães estão em língua alemã, com a respectiva tradução em língua portuguesa ao final. O texto em língua portuguesa, por sua vez, apresenta versão alemã ao final.

Importante também registrar o nosso agradecimento à Embaixada da República Federal da Alemanha no Brasil e à tradutora Kelly Medrado Passos, que, gentilmente, traduziu os textos aprovados para compor esta edição especial.

Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento

EDITORA-CHEFE
DIRETORA-GERAL DA ESMPU



ARTIGOS



DAS JUSTIZSYSTEM UND DIE VERTEIDIGUNG VON DEMOKRATIE UND RECHTSSTAATLICHKEIT¹

Rhona Fetzer

Richterin des Bundesverfassungsgerichts

I. VORBEMERKUNGEN

Das Leben in einer Demokratie ist – wie wir verstärkt in den letzten Jahren erfahren mussten – ständigen Anfechtungen ausgesetzt. Dies gilt nicht nur für das Verhalten in den sozialen Medien, in denen Nutzer andere Personen, die einen abweichenden Standpunkt vertreten oder einer anderen Gruppe angehören, verunglimpfen oder gar mit unvorstellbaren Hasstiraden überziehen. Vielmehr werden auch vermehrt Hetzkampagnen und Angriffe gegen den freiheitlich-demokratischen Staat selbst oder seine Repräsentanten gestartet. Denken wir beispielsweise an die Stürmung des amerikanischen Kapitols vor mehr als vier Jahren oder an den Sturm von Anhängern des ehemaligen brasilianischen Präsidenten Bolsonaro auf das Regierungsviertel in Brasilia im Januar 2023.

Es kommt jedoch auch vermehrt zu Störungen und Angriffen im Binnenbereich der demokratischen Institutionen. Ein extremes Beispiel ist das aus Anlass eines Haushaltsstreits vor einigen Monaten erfolgte Ausrufen des Kriegsrechts durch den südkoreanischen Präsidenten und die damit verbundene Anweisung, das Parlament an einer Zusammenkunft zu hindern. Von diesem extremen Vorfall abgesehen muss allgemein besorgt machen der in vielen demokratischen Ländern zu beobachtende wachsende Einfluss von rechtsextremen oder rechtspopulistischen Parteien, die zwar nach außen häufig betonen, das demokratische System zu achten, jedoch dieses letztlich auf die Herrschaft des von ihnen definierten Volkes und damit auf den „Willen der Mehrheit“ beziehungsweise den Willen ihrer Anhänger reduzieren. Der Rechtsstaatlichkeit und der Freiheit in der Vielfalt, die eine Demokratie letztlich auszeichnen, soll dagegen kein oder nur ein deutlich geringerer Stellenwert zukommen. Dabei ist das Rechtsstaatsprinzip das Sicherheitsnetz einer Demokratie. Die Gerichte sind letztlich ein wichtiges Bollwerk gegen Angriffe gegen eine freiheitliche und rechtsstaatliche Demokratie.

¹ Überarbeitete Version des Vortrags von Richterin des Bundesverfassungsgerichts Dr. Rhona Fetzer am 24.2.2025 in Brasilia (Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Defesa da Democracia e dos Direitos Fundamentais) und am 26.2.2025 in Rio de Janeiro (Debates Germano-Brasileiros: Democracia e Poder).

1. GERICHTLICHE ÜBERPRÜFUNG VON WAHLEN

Das wird besonders deutlich bei der **gerichtlichen Überprüfung der Zulassung von Bewerbern zu einer Parlamentswahl oder Präsidentenwahl und der gerichtlichen Kontrolle der Wahlabläufe**. Die freie, gleiche und faire Wahl ist ein Kernelement der Demokratie. Der Minderheit von heute soll die Chance zukommen, die Mehrheit von morgen zu werden, aber nach rechtsstaatlichen Spielregeln. Deswegen kommt dem Zugang von Parteien und unabhängigen Einzelbewerbern sowie den Bedingungen, unter denen eine Wahl stattfindet, sehr große Bedeutung zu. Das rumänische Verfassungsgericht hat im Dezember 2024 die dortige Präsidentenwahl unter Verweis auf eine einseitige Beeinflussung durch die sozialen Medien annulliert. Auch in der Bundesrepublik Deutschland sind das Wahlrecht und die Wahlen selbst – in diesem Fall die Wahlen zum Deutschen Bundestag – häufig Gegenstand von verfassungsgerichtlichen Verfahren. In den vergangenen zwei Jahren hatte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts nicht nur über Verfassungsbeschwerden / Organstreitverfahren und Normenkontrollverfahren gegen Änderungen des Wahlrechts im Jahr 2020² und im Jahr 2023³ zu befinden. Vielmehr hatte er auch über eine sehr große Anzahl von Wahlprüfungsbeschwerden im Hinblick auf die Bundestagswahl 2021 zu entscheiden. Die Besonderheit dieser Wahl bestand darin, dass es in einigen Wahlbezirken im Land Berlin zu einer erstaunlichen Vielzahl von organisatorischen Mängeln gekommen war. Der Deutsche Bundestag ordnete daher im Wahlprüfungsverfahren eine Wiederholung der Wahl in etwa 1/6 der Wahlkreise an. Die Opposition verlangte eine Wahlwiederholung in ganz Berlin. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte nach umfangreichen Ermittlungen im Wesentlichen die Entscheidung des Bundestags.

2. GEWÄHRLEISTUNG VON MEINUNGS-, PRESSE- UND VERSAMMLUNGSFREIHEIT

Die Aufgabe der Gerichte, vor allem der Verfassungsgerichte, die Demokratie zu schützen und zu stärken, geht aber weit über die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Wahlen hinaus. Es obliegt den Gerichten, **zur Gewährleistung des politischen Diskurses** unzulässige Beschränkungen der Meinungsfreiheit, der Pressefreiheit und der Versammlungsfreiheit entgegen zu wirken. Ohne eine öffentliche und im Grundsatz freie Debatte verschiedener Standpunkte geht ein wesentlicher Aspekt der Demokratie, nämlich die **informierte Teilhabe aller Bürger an der politischen Meinungsbildung verloren**. Dieser Aspekt setzt sich im gewählten Parlament fort. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schützt das freie Mandat der Abgeordneten deren Recht, an der Willensbildung des Parlaments und dessen Ausschüssen angemessen teilzuhaben. Dabei ist auch sicherzustellen, dass die Abgeordneten, die nicht den Regierungsparteien angehören, ihre Opposition effektiv ausüben können, etwa durch entsprechende Redebeiträge oder durch die Einbringung von Anträgen und Anfragen.

² Urteil vom 29. November 2023 - 2 BvF 1/21, BVerfGE 168, 71 - 192.

³ Urteil vom 30. Juli 2024 - 2 BvF 1/23 u.a., NJW 2024, 3201 ff., für BVerfGE 169 vorgesehen.

3. WEHRHAFTE DEMOKRATIE

Die Meinungsfreiheit, Presse- und Versammlungsfreiheit des deutschen Grundgesetzes findet aber Grenzen. Sie endet nicht nur dort, wo Grundrechte anderer (insbesondere deren allgemeines Persönlichkeitsrecht) betroffen sind, sondern dann, wenn durch sie die **freiheitlich demokratische Grundordnung** bekämpft wird. Die Verfasser des Grundgesetzes sahen aufgrund der historischen Erfahrungen mit dem NS-Unrechtsstaat die dringende Notwendigkeit, die Demokratie der Bundesrepublik Deutschland wehrhaft auszugestalten. Das Grundgesetz sieht daher Vorkehrungen gegen verfassungswidriges Verhalten sowohl Einzelner als auch politischer Parteien vor.

So ordnet das Grundgesetz (in Art. 18 GG) an, dass **derjenige, der die genannten Grundrechte und bestimmte weitere Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, also gegen Menschenwürde, Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip, missbraucht, diese Grundrechte verwirkt**. Dies kann allerdings nur das Bundesverfassungsgericht aussprechen. Bislang kam es nicht zum Ausspruch einer Grundrechtsverwirkung.

In Ergänzung hierzu sieht **Art. 21 Abs. 2 GG vor, dass eine politische Partei, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgeht, die freiheitlich demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, verfassungswidrig ist**. Auch dieser Ausspruch obliegt dem Bundesverfassungsgericht. Dabei ist stets zu beachten, dass es sich bei dem verfassungsgerichtlichen Parteiverbot um die „schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde“ handelt.⁴ Bisher hat das Gericht zwei politische Parteien für verfassungswidrig erklärt. Bezüglich der ebenfalls als verfassungsrechtlich eingestuften Partei NPD (neuerdings: Die Heimat) scheiterte ein Antrag zweimal, zunächst an verfahrensrechtlichen Problemen und später (im Jahr 2017) an der Bedeutungslosigkeit der Partei,⁵ die nur noch über wenige Mitglieder und Anhänger verfügte. Allerdings entzog das Bundesverfassungsgericht der NPD (Die Heimat) vor etwa einem Jahr für die Dauer von sechs Jahren die staatliche Finanzierung.⁶ Diese Möglichkeit wurde im Jahr 2017 in Form des Art. 21 Abs. 3 GG in die Verfassung aufgenommen. Die Vorschrift hat mit Ausnahme der Potentialität einer Partei die gleichen Voraussetzungen wie ein Parteiverbot. Das Verhalten der Partei muss also darauf ausgerichtet sein, die freiheitlich demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen bzw. den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden.

4. SCHUTZ VON GRUNDRECHTEN - SCHUTZDIMENSIONEN

Ein besonderes Gewicht für den Schutz der Demokratie und des Rechtsstaats kommt dem Bundesverfassungsgericht insbesondere auch deswegen zu, weil **es den Grundrechten**

4 BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 <159 Rn. 405>.

5 Urteil vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 - 369.

6 Urteil vom 23. Januar 2024 - 2 BvB 1/19, BVerfGE 168, 193 - 371.

zur Durchsetzung verhilft und so die individuelle **Freiheit der Bürgerinnen und Bürger schützt**. Das Grundgesetz beginnt mit der Aufzählung der Grundrechte, allen voran der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG. Es gewährleistet, dass sich jeder Grundrechtsträger, zu denen auch inländische juristische Personen gehören, mit Hilfe einer grundsätzlich an keine bestimmte Form gebundenen **Verfassungsbeschwerde** an das Bundesverfassungsgericht mit der Behauptung wenden kann, er sei durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt worden. Diese Verfahrensart macht mit etwa rund 90 % aller Verfahrenseingänge den größten Teil der verfassungsgerichtlichen Arbeit aus – sie ist sozusagen die „**Königin der Wege zum Bundesverfassungsgericht**“.⁷

Gerade durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entfalteten sich die Grundrechte in den vergangenen Jahrzehnten zu „**kraftvollen Garantien individueller Freiheit**“⁸ und lieferten weitreichende Maßstäbe für die Gestaltung der Rechtsordnung. In erster Linie gewähren die Grundrechte **Abwehrrechte des Bürgers** gegen den Staat. In seinem viel beachteten „Klimabeschluss“ vom 24. März 2021⁹ hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts der Abwehrfunktion von Freiheitsrechten zusätzlich eine zeitliche Dimension zum Schutz künftiger Generationen verliehen. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde machten die Beschwerdeführer unzureichende Klimaschutzmaßnahmen durch die Bundesrepublik Deutschland geltend. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts entschied daraufhin, dass die Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung auch vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG als Klimaschutzziel aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft schützen, und hat eine Verletzung von Freiheitsrechten durch den Staat bejaht.

Um den grundrechtlichen Garantien vollumfänglich Geltung zu verschaffen, entnimmt das Bundesverfassungsgericht den Grundrechten aber noch weitere Aspekte. Bereits im sogenannten Lüth-Urteil aus dem Jahr 1958¹⁰ betonte das Gericht, dass sich „in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes (...) auch eine **objektive Wertordnung** (verkörpert), die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.“¹¹ Die Grundrechte strahlen daher insbesondere auch auf das einfache Recht (Strafrecht, Zivilrecht, öffentliches Recht) aus und müssen bei dessen Auslegung durch die Fachgerichte beachtet werden.

Besondere Bedeutung hat in den vergangenen Jahren die schutzrechtliche Dimension der Grundrechte erfahren. Hiernach kann der Bürger unter Inanspruchnahme seiner Grundrechte den Staat unter besonderen Voraussetzungen zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen verpflichten. In Abgrenzung zur abwehrrechtlichen Dimension zeichnet

7 Peter Häberle, Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR), Neue Folge, Bd. 45, <1997>, S. 89 <112>.

8 Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 9. Aufl. 2023, Rn. 2.

9 1 BvR 2556/18 u.a., BVerfGE 157, 30 - 177.

10 Urteil vom 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 - 230.

11 BVerfGE 7, 198 <Leitsatz 1>.

sich diese Fallgestaltung dadurch aus, dass die **Beeinträchtigung eines grundrechtlich geschützten Schutzguts nicht der deutschen Staatsgewalt zugerechnet werden kann, sondern die Gefährdung von Dritten ausgeht**. In dem bereits erwähnten Klimabeschluss hat das Bundesverfassungsgericht neben den beschriebenen Abwehrrechten gegen den Staat zusätzlich **auch das Bestehen einer Schutzpflicht im Falle von Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter, insbesondere des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit**, gegenüber in Deutschland lebenden Beschwerdeführern, auch in Bezug auf künftige Generationen bejaht, letztlich aber eine Verletzung verneint.¹² Hinsichtlich im Ausland lebender Beschwerdeführer hat er wegen der insoweit eingeschränkten Handlungsmöglichkeiten des deutschen Staats die Frage des Bestehens einer Schutzpflicht offengelassen.¹³ Mit der Problematik, ob und inwieweit Schutzpflichten sogar dann zum Tragen kommen können, wenn **Menschen im Jemen völkerrechtswidrig** durch den Einsatz von US-Drohnen unter Nutzung technischer Einrichtungen auf einer sich in Deutschland befindenden US-Air Base getötet werden, befasst sich aktuell der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts. Eine Entscheidung steht noch aus.

5. GEWALTENTEILUNG UND RICHTLICHE KONTROLLE DER ÖFFENTLICHEN GEWALT

Besteht eine grundrechtliche Schutzpflicht, stellt sich im nächsten Schritt die Frage nach deren **Inhalt** – also welche Maßnahmen der Gesetzgeber zur Erfüllung dieser Pflichten ergreifen muss. Als Antwort auf diese Frage gibt es häufig verschiedene Lösungen. Das Grundgesetz, welches die staatliche Gewalt mit der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung auf drei Organe verteilt, weist die Aufgabe der politischen „Lösungsfindung“ nicht der Rechtsprechung, sondern der Legislative und der Exekutive zu. Während nach dem in einem Rechtsstaat unverzichtbaren **Grundsatz der Gewaltenteilung** dem demokratisch legitimierten Parlament die verfassungsrechtliche Aufgabe der Normsetzung zukommt, obliegt der Exekutive die Regierung und Verwaltung.¹⁴ Die Gerichte im Allgemeinen und das Bundesverfassungsgericht im Besonderen sollen diese beiden Gewalten kontrollieren und ihre Macht begrenzen und mäßigen,¹⁵ wobei bezüglich Gesetzen des Deutschen Bundestages allein dem Bundesverfassungsgericht ein Verwerfungsmonopol zukommt.

Dabei billigt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen weiten **Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum** zu; es prüft nicht, ob die getroffenen Maßnahmen vernünftig, zweckmäßig oder gerecht sind.¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht setzt daher gerade nicht eine eigene Sachkompetenz an die Stelle der des Gesetzgebers oder ersetzt eine

12 BVerfGE 157, 30 <110 Rn. 143 ff.>.

13 BVerfGE 157, 30 <124 Rn. 173 ff.>.

14 Vgl. etwa BVerfGE 159, 223 <286 f. Rn. 140>.

15 BVerfGE 159, 223 <286 f. 140>.

16 BVerfGE 123, 1 <20 f.>; 149, 1 <22 Rn. 46>; 162, 178 <186 Rn. 19>.

vertretbare gesetzgeberische Entscheidung durch eine eigene Entscheidung. Allein der Gesetzgeber entscheidet, auf welche Weise er seine staatlichen Aufgaben erfüllt. Das Bundesverfassungsgericht ist kein Ersatzgesetzgeber.

Dem weiten Spielraum des Gesetzgebers steht somit eine nur zurückhaltende verfassungsgerichtliche Kontrolle gegenüber. Dieser Aspekt kam auch in dem das Handeln der Bundesregierung finanziell stark einschränkenden Urteil vom 15. November 2023 zum Zweiten Nachtragshaushaltsgesetz 2021¹⁷ im Hinblick auf die im Grundgesetz verankerte Begrenzung zur Aufnahme von Schulden – der sogenannten Schuldenbremse – zum Ausdruck. In diesem Urteil hat der Zweite Senat zwar die nach Abschluss des Haushaltsjahres 2021 erfolgte nachträgliche Verlagerung von – für die Coronabekämpfung nicht mehr benötigten – 60 Milliarden Euro Kreditermächtigungen in einen Nebenhaushalt, nämlich in einen Klimaschutz- und Transformationsfonds, für nichtig erklärt. Im Ausgangspunkt hat es aber dem Gesetzgeber bezüglich der Anforderungen an eine Ausnahme von der verfassungsrechtlichen Schuldenbremse, also für eine Notlage, durchaus Spielräume gesichert. Es hat ausgeführt, dass es

in erster Linie Sache des Gesetzgebers (ist), abzuwägen, ob und in welchem Umfang zur Erhaltung demokratischer Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume auch für die Zukunft Bindungen in Bezug auf das Ausgabeverhalten geboten und deshalb (...) eine Verringerung des Gestaltungs- und Entscheidungsspielraums in der Gegenwart hinzunehmen ist.¹⁸

Auch bei der Erfüllung von staatlichen Schutzpflichten greift das Bundesverfassungsgericht erst ein, wenn der Gesetzgeber die Schutzpflicht offensichtlich verletzt hat, das heißt, er überhaupt keine Schutzvorkehrungen getroffen hat, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.¹⁹ Aus diesem Grund hatte die dem Klimabeschluss zugrundeliegende Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf das Vorliegen einer Schutzpflichtverletzung keinen Erfolg.

6. RECHTSSTAATLICHE VERFAHRENSGARANTIEEN

Eine wichtige Rolle bei der Gewährung von Rechtsschutz kommt jedoch nicht nur den Verfassungsgerichten zu, sondern auch den Fachgerichten. In einer rechtsstaatlichen Ordnung, die dem Staat das Gewaltmonopol zuweist, sind Bürgerinnen und Bürger auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz angewiesen, um ihre Rechte zu schützen und auch durchzusetzen. Für zivilrechtliche Verfahren entnimmt das Bundesverfassungsgericht aus Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG ein Recht auf effektiven Rechtsschutz. Dieses gewährt jedermann ein „Recht auf Zugang zu den Gerichten und eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands sowie eine

¹⁷ 2 BvF 1/22, BVerfGE 167, 86 - 163.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 167, 86 <134 Rn. 141>.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 157, 30 <114 Rn. 152> m.w.N.

verbindliche Entscheidung durch den Richter."²⁰ Bei Rechtsakten der öffentlichen Gewalt ist dieser Rechtsschutz sogar ausdrücklich in Art. 19 Abs. 4 GG vorgesehen.

Eine besondere Ausprägung hat der Justizgewährungsanspruch in den Art. 101 Abs. 1 GG und 103 Abs. 1 GG gefunden. Um im Hinblick auf die schrecklichen Vorgänge in der NS-Zeit zu verhindern, dass durch eine auf den Einzelfall bezogene gezielte Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richterinnen und Richter Einfluss auf den Inhalt der Entscheidung genommen wird, muss der jeweilige Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG **nach abstrakt generellen Regelungen** bestimmt werden (sog. gesetzlicher Richter).²¹ Der in Art. 103 Abs. 1 GG normierte Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt den Prozessparteien die Möglichkeit, Einfluss auf gerichtliche Entscheidungen nehmen zu können, indem sie vor der Entscheidung informiert und angehört werden sowie ihr Vorbringen zur Kenntnis genommen und erwogen werden muss.²² Dies bedeutet aber nicht, dass die Gerichte letztlich das Vorbringen der jeweiligen Partei auch als maßgeblich für ihre Entscheidung ansehen müssen: Die Parteien müssen gehört, aber nicht erhört werden.

7. STELLUNG UND AMTSVERSTÄNDNIS DER RICHTERINNEN UND RICHTER

Untrennbar mit der Bedeutung der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat verbunden ist die **Stellung und das Amtsverständnis der Richterinnen und Richter** – unabhängig davon, ob sie an den Fachgerichten oder an den Verfassungsgerichten tätig sind. Den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg kann in diesem Zusammenhang immer wieder folgende Aussage entnommen werden: „justice must not only be done; it must also be seen to be done.“²³ Die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege setzt zwingend das gesellschaftliche Vertrauen von Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die **Objektivität und Neutralität der Gerichte und die Richterpersönlichkeit** voraus.²⁴ Nur durch eine unvoreingenommene und unparteiische Ausübung des Richteramts kann dieses hohe Rechtsgut gesichert werden. Die **sachliche und persönliche Unabhängigkeit des Richters**, welche eine Grundvoraussetzung für dessen Unvoreingenommenheit darstellt und in Art. 97 GG verfassungsrechtlich niedergelegt ist, bildet daher einen institutionellen Kern des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips.

Dabei ist nicht zu verkennen, dass richterliche Entscheidungen, insbesondere diejenigen der Verfassungsgerichte, zwangsläufig eine politische Dimension haben,²⁵ weil die Sachverhalte, die den Entscheidungen zugrunde liegen, politische Bezüge aufweisen und

20 Vgl. Beschluss vom 12. Februar 1992 - 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337 <345 f.>; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 13. April 2023 - 1 BvR 667/22 Rn. 15.

21 Vgl. Beschluss des Plenums des BVerfG vom 8. April 1997 - 1 PBvU 1/95, BVerfGE 85, 333 <327 f.>.

22 Vgl. etwa Beschluss vom 8. Juni 1993 - 1 BvR 878/90, BVerfGE 85, 28 <35 f.>.

23 EGMR (Kammer), De Cubber v. Belgium, Urteil vom 26. Oktober 1984, Nr. 9186/80, Rn. 26.

24 Vgl. Beschluss vom 14. Januar 2020 - 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, 1 <40 Rn. 91>.

25 Voßkuhle in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 93 Rn. 31.

die Entscheidungen – zu denken ist hierbei etwa an die Nichtigkeitserklärung von Gesetzen oder die Verletzung von Schutzpflichten – durchaus auch Bedeutung und Tragweite in den politischen Bereich hinein haben können. Dies darf aber nicht dazu führen, dass Richter „politisch“ – also rechtlich ungebunden²⁶ – entscheiden. Bereits der Philosoph Immanuel Kant hat das Verhältnis von Recht und Politik zutreffend folgendermaßen charakterisiert: „Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.“²⁷ Alleiniger Maßstab der Prüfung durch den Richter ist und bleibt das Recht.

Zur **Unabhängigkeit der Justiz** gehört aber auch, diese Unabhängigkeit gegenüber den anderen Gewalten **einzufordern und zu verteidigen**. Dies gilt in besonderem Maße für die Verfassungsgerichte. So war in den Anfängen des Bundesverfassungsgerichts seine Stellung **als Verfassungsorgan** (und nicht nur als eines von mehreren Bundesgerichten) nicht zwingend vorgezeichnet. Es schrieb sich diese Stellung in seiner berühmten Denkschrift vom 27. Juni 1952²⁸ aus rechtlichen Gründen zu. In der besagten Denkschrift heißt es: „Das Bundesverfassungsgericht als der oberste Hüter der Verfassung ist nach Wortlaut und Sinn des Grundgesetzes und des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht zugleich ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan.“

Ähnliche Entwicklungen lassen sich auch in anderen Ländern beobachten. Der Supreme Court der USA beanspruchte bereits im Jahr 1803 in der Entscheidung *Marbury versus Madison*²⁹ die Befugnis zur Überprüfung von Bundesgesetzen und führte damit letztlich das Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit ein. Der belgische Verfassungsgerichtshof wurde 1984 zunächst nur als Schiedshof eingesetzt, der lediglich in Kompetenzstreitigkeiten entscheiden sollte. Im Laufe der Zeit kam es zunächst zu einer Erweiterung des Prüfungsumfangs auf den Gleichheitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot, bevor das Gericht dann zu einem vollwertigen Verfassungsgericht mit vollständiger Prüfungskompetenz im Hinblick auf die Einhaltung der Grundrechte umgestaltet wurde.³⁰ Auch der indische Supreme Court stärkte 1973 in einer wegweisenden Entscheidung³¹ seine eigene Position als Hüter der Verfassung, indem es sich die Befugnis zusprach, Verfassungsänderungen zu überprüfen und diese im Falle eines Verstoßes gegen die Grundprinzipien der Verfassung – „the basic structure“ – für verfassungswidrig zu erklären.³²

26 Isensee in: Isensee/Kirchhof, HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 268 Rn. 24.

27 Kant, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, 1797, S. 429, zitiert nach Huber, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, VerfassungsR-HdB, 1. Aufl., 2021, § 6 Rn. 6.

28 Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR), Neue Folge, Bd. 6 <1957>, S. 144.

29 Urteil vom 24. Februar 1803, Citations: 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L.Ed. 60 (1803).

30 Der Verfassungsgerichtshof Belgien, „Vorstellung des Verfassungsgerichtshofs“, von 2014, abgerufen unter <https://www.const-court.be/de/court/publications/brochures>, S. 5 f.

31 Supreme Court of India, Urteil vom 24. April 1973 - Kesavananda Bharati vs. State of Kerala, 1973 Supp. (1) S.C.R. 1.

32 Schusser, Judicial Activism in a Comparative Perspective - The Supreme Court of India vs. the Bundesverfassungsgericht, 1. Aufl. 2019, S. 74.

Mit Sorge muss es erfüllen, dass in der heutigen Zeit eine gegenläufige Tendenz festzustellen ist. Immer wieder lassen sich in Ländern Versuche beobachten, die **unabhängige Stellung** der Verfassungsgerichte und der Justiz wieder **einzuschränken oder gar zu unterlaufen**. Im Juli 2023 beschloss beispielsweise die israelische Regierung ein Gesetz, mit welchem dem dortigen Supreme Court untersagt werden sollte, die Angemessenheit von Entscheidungen der Regierung anhand von Maßstäben zu überprüfen, die in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelt worden waren.³³ Letztendlich erklärte das oberste israelische Gericht dieses Gesetz Anfang 2024 für verfassungswidrig.³⁴ Ähnliche Entwicklungen lassen sich auch in Europa beobachten. Hierzu bedarf es nur eines Blickes nach Polen und Ungarn. In den Jahren zwischen 2015 bis 2023 ergriff die polnische Regierung mehrere Maßnahmen, die sich gegen die Unabhängigkeit des Verfassungsgerichtshofs richteten. Neben der Ernennung von regierungstreuen Richtern wurde das Gericht insbesondere durch die Änderung seiner Arbeitsweise in seiner Unabhängigkeit eingeschränkt. Diesbezüglich ist insbesondere die Erhöhung des Entscheidungsquorums auf zwei Drittel oder an die Vorgabe zu erwähnen, dass mindestens 13 der insgesamt 15 Richterinnen und Richter an jeder Entscheidung mitwirken müssen. Gleiches gilt für die Pflicht, die Verfahren chronologisch nach ihrem Eingang abzuarbeiten.³⁵ Ähnliches ereignete sich auch in Ungarn. Durch eine Absenkung des Renteneintrittsalters und die Erhöhung der Anzahl der Verfassungsrichterinnen und -richter wurden Stellen geschaffen, die wiederum mit Regierungstreuen besetzt wurden.³⁶ Beide Länder wurden mittlerweile für ihre Justizreformen durch den Gerichtshof der Europäischen Union wegen Verletzung der Rechtsstaatlichkeit verurteilt.³⁷

8. RESILIENZ DER JUSTIZ

Diese Entwicklungen zeigen mehr denn je, dass die Unabhängigkeit der Gerichte, insbesondere der Verfassungsgerichte, ein hohes Gut darstellt, welches **resilient auszugestalten** ist. Es müssen Vorkehrungen dagegen getroffen werden, dass verfasste Institutionen wie die Justiz personell und prozedural schrittweise so umgebaut werden, dass sie ihre Aufgabe

33 Esser, „Gesetzesvorhaben der Regierung Netanjahus“, Legal Tribune Online, vom 26.07.2023, abgerufen unter: <https://tinyurl.com/y4r7rm6f>.

34 Esser, „Gesetzesvorhaben der Regierung Netanjahus“, Legal Tribune Online, vom 26.07.2023, abgerufen unter: <https://tinyurl.com/y4r7rm6f>.

35 Kellermann, „Polen - Entmachtung des Verfassungsgerichts?“, Deutschlandfunk, vom 23.12.2015, abgerufen unter: <https://tinyurl.com/v3mf8sn2>.

36 Steinbeis, „Ungarns neue Verfassung“, Legal Tribune Online, vom 18.04.2011, abgerufen unter: <https://tinyurl.com/bdxxday2>.

37 Vgl. zu Polen nur: EuGH (Große Kammer), Urteil vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (Herabsetzung des Ruhestandsalters für Richter des Obersten Gerichts); EuGH (Große Kammer), Urteil vom 5. Juni 2023, Kommission/Polen, C-204/21 (Disziplinarkammern); vgl. zu Ungarn nur: EuGH (1. Kammer), Urteil vom 6. November 2012, Kommission/Ungarn, ECLI:EU:C:2012:687 (Herabsetzung des Ruhestandsalters).

– nämlich die wirksame Kontrolle öffentlicher Gewalt – nicht mehr wahrnehmen können.³⁸ Vor diesem Hintergrund ist auch der deutsche Gesetzgeber aktiv geworden. Ende des vergangenen Jahres wurden viele Regelungen, die für das Bundesverfassungsgericht statusprägend sind und bislang lediglich einfachgesetzlich geregelt waren, beispielsweise zur Anzahl der Senate und der Zahl der Richterinnen und Richter, zum Besetzungsverfahren, zur Amtszeit der Richterinnen und Richter, zum Ausschluss einer Wiederwahl sowie zur Arbeitsweise des Gerichts (Geschäftsordnungsautonomie), in das Grundgesetz aufgenommen.³⁹ Folglich bedarf es künftig einer verfassungsändernden Mehrheit, um diese Regelungen zu ändern – also gemäß Art. 79 Abs. 2 GG der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates.

9. FAZIT

Den Gerichten, insbesondere den Verfassungsgerichten, kommt bei der Wahrung und Verteidigung einer freiheitlichen und rechtsstaatlichen Demokratie eine nicht zu überschätzende Rolle zu. Sie schützen und stärken die Demokratie, indem sie unabhängig von jeglicher politischen Einflussnahme einen politischen Diskurs ermöglichen, die individuellen Rechte der Bürgerinnen und Bürger garantieren sowie Regierung und Parlament kontrollieren und ihnen Grenzen aufzeigen. Gleichzeitig ist festzustellen, dass dieses hohe Gut keine Selbstverständlichkeit darstellt. Es bedarf daher Schutzmechanismen, die die Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit der Gerichte auch zukünftig gewährleistet.

³⁸ Vgl. Gärditz, NJW 2024, S. 407 <408>.

³⁹ Vgl. BTDrucks 20/12977, S. 2, 5.

Rhona Fetzter

Ministra do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A vida em uma democracia está exposta a contendas permanentes – como tivemos de vivenciar intensamente nos últimos anos. Isso não diz respeito apenas ao comportamento nas mídias sociais, cujos usuários caluniam ou despejam discursos inconcebíveis de ódio contra pessoas que defendam um ponto de vista divergente ou pertençam a um outro grupo. Ao contrário, cada vez mais, campanhas de difamação e ataques são lançados contra o próprio Estado liberal-democrático ou contra os seus representantes. Recordemos, por exemplo, a invasão ao Capitólio americano, há mais de quatro anos, ou o ataque de apoiadores do ex-presidente brasileiro Bolsonaro à Praça dos Três Poderes em Brasília, em janeiro de 2023.

Cada vez mais frequentes, contudo, são também distúrbios e ataques no seio das instituições democráticas. Um exemplo extremo ocorreu, há poucos meses, quando, por ocasião de uma disputa orçamentária, o presidente sul-coreano decretou a lei marcial e, a ela associada, uma ordem para impedir uma sessão do Parlamento. Independentemente desse caso extremo, deve suscitar preocupação, de modo geral, a crescente influência, perceptível em muitos países democráticos, exercida por partidos de extrema direita ou populistas de direita que, embora enfatizem frequentemente, para fora, que respeitam o sistema democrático, reduzem-no, em última instância, à soberania do povo como por eles definido e, assim, à "vontade da maioria", ou melhor, à vontade dos seus apoiadores. O que se pretende, ao contrário, é atribuir ao Estado de Direito e à liberdade na diversidade, que, afinal, caracterizam uma democracia, nenhum ou apenas um grau de importância muito menor. Entretanto, o princípio do Estado de Direito é a rede de segurança de uma democracia. As Cortes são, na verdade, um importante bastião contra ataques à democracia liberal e baseada no Estado de Direito.

¹ Versão revisada da palestra proferida pela ministra do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Dra. Rhona Fetzter, em 24.02.2025, em Brasília (Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Defesa da Democracia e dos Direitos Fundamentais), e em 26.02.2025, no Rio de Janeiro (Debates Germano-Brasileiros: Democracia e Poder). Tradução: Kelly Medrado Passos, Embaixada da Alemanha em Brasília.

1. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL DE ELEIÇÕES

Isso fica particularmente evidente na **averiguação judicial da habilitação de candidatos a uma eleição parlamentar ou presidencial e no controle judicial dos processos eleitorais**. Eleições livres, igualitárias e justas são um elemento-chave da democracia. É preciso conceder à minoria de hoje a chance de tornar-se a maioria de amanhã, porém, segundo as regras do jogo do Estado de Direito. Por essa razão, revestem-se de grande importância o acesso de partidos e de candidatos individuais independentes às eleições, assim como as condições sob as quais um pleito é realizado. Em dezembro de 2024, o Tribunal Constitucional da Romênia anulou a eleição presidencial do país apontando uma interferência unilateral exercida pelas mídias sociais. Na República Federal da Alemanha, o Direito Eleitoral e as próprias eleições – neste caso, as eleições para o Parlamento Alemão (*Bundestag*) – também têm sido constantemente objeto de ações constitucionais. Nos últimos dois anos, a Segunda Turma do Tribunal Constitucional Federal não precisou julgar apenas recursos constitucionais/lides entre órgãos estatais e ações de controle de constitucionalidade contra alterações de 2020² e 2023³ na legislação eleitoral. Coube à Segunda Turma apreciar ainda uma série de ações de investigação eleitoral relacionadas às eleições de 2021 para o *Bundestag*. A peculiaridade dessa eleição residiu na quantidade surpreendente de falhas de organização em alguns distritos eleitorais do estado de Berlim. Portanto, no âmbito do processo de investigação eleitoral, o *Bundestag* ordenou a realização de novas eleições em cerca de um sexto dos distritos eleitorais. A oposição exigia uma repetição das eleições em todo o estado de Berlim. Após extensas apurações, o Tribunal Constitucional Federal confirmou, em essência, a decisão do *Bundestag*.

2. GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, IMPRENSA E ASSOCIAÇÃO

A atribuição das Cortes, sobretudo dos tribunais constitucionais, de defender e fortalecer a democracia estende-se muito além da averiguação da legitimidade de eleições. Cabe aos tribunais, **para a garantia do debate político**, impedir restrições ilícitas à liberdade de expressão, de imprensa e de associação. Sem um debate entre pontos de vista diversos, público e fundamentalmente livre, perde-se um aspecto crucial da democracia, a saber, a **participação informada de todos os cidadãos na formação da opinião política**. Esse aspecto subsiste no Parlamento eleito. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o mandato livre dos deputados protege o seu direito de tomar parte, de maneira apropriada, na formação da vontade do Parlamento e das suas comissões. Nesse contexto, deve-se igualmente assegurar que os deputados que não pertençam aos partidos do governo possam exercer a sua oposição de forma efetiva, por exemplo, por meio de discursos com esse fim ou da apresentação de requerimentos e solicitações.

2 Decisão de 29.11.2023 – Processo 2 BvF 1/21, BVerfGE (coletânea de acórdãos do Tribunal Constitucional Federal) v. 168, p. 71-192.

3 Decisão de 30.07.2024 – Processo 2 BvF 1/23, entre outros, **Neue Juristische Wochenschrift** (NJW) 2024, p. 3201 ss., previstas para BVerfGE, v. 169.

3. DEMOCRACIA DEFENSIVA

Todavia, a liberdade de expressão, de imprensa e de associação estabelecida na *Grundgesetz* (GG), a Lei Fundamental alemã, encontra limites. Ela termina não apenas onde os direitos fundamentais dos outros (em especial, seu direito geral de personalidade) são afetados, mas também quando é usada para combater a **ordem constitucional livre e democrática**. Em razão das experiências históricas com o *Unrechtsstaat*, o Estado de Injustiça nacional-socialista, os redatores da Lei Fundamental enxergaram a necessidade premente de moldar **defensivamente** a democracia da República Federal da Alemanha. Por isso, a Lei Fundamental prevê medidas de precaução contra a conduta anticonstitucional tanto de indivíduos como de partidos políticos.

Assim, a Lei Fundamental determina (art. 18 GG) que deve **ser destituído dos direitos básicos aquele que abuse dos citados direitos e de outros direitos fundamentais específicos para combater a ordem constitucional livre e democrática, ou seja, a dignidade humana, o princípio do Estado de Direito e o princípio da democracia**. Mas apenas o Tribunal Constitucional Federal pode proferir tal decisão, o que até hoje não aconteceu.

Complementando-o, o **art. 21, § 2º GG, prevê que é inconstitucional um partido que pretenda, por seus objetivos ou pela conduta dos seus adeptos, prejudicar ou abolir a ordem constitucional livre e democrática ou ameaçar a existência da República Federal da Alemanha**. Eis uma decisão que também compete ao Tribunal Constitucional Federal. Nesse contexto, cumpre sempre considerar que a proibição partidária prevista na Constituição é a "arma mais contundente e, além disso, de dois gumes, do Estado democrático de Direito contra os seus inimigos organizados"⁴. Até hoje, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de dois partidos políticos. Em relação ao Partido Nacional Democrático, NPD (renomeado recentemente de A Pátria), também julgado constitucional, uma petição fracassou duas vezes. Inicialmente, por problemas processuais e, mais tarde, em 2017, dada a irrelevância do partido⁵, ao qual restavam somente poucos membros e apoiadores. Porém, há cerca de um ano, o Tribunal Constitucional Federal excluiu o NPD (A Pátria) do financiamento estatal por um período de seis anos⁶. Essa possibilidade foi introduzida na Constituição em 2017, em seu art. 21, § 3º. A norma contém os mesmos requisitos para uma proibição partidária, com exceção do critério de potencialidade de um partido. A conduta do partido deve estar direcionada para prejudicar ou abolir a ordem constitucional livre e democrática ou ameaçar a existência da República Federal da Alemanha.

4. PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIMENSÕES DA PROTEÇÃO

Atribui-se ao Tribunal Constitucional Federal um peso especial com vistas à proteção da democracia e do Estado de Direito, sobretudo, porque ele contribui para que **os direitos**

4 Tribunal Constitucional Federal, decisão de 17.01.2017 – Processo 2 BvB 1/13, BVerfGE v. 144, p. 20 <159 nº de margem 405>.

5 Decisão de 17.01.2017 – Processo 2 BvB 1/13, BVerfGE v. 144, p. 20-369.

6 Decisão de 23.01.2024 – Processo 2 BvB 1/19, BVerfGE v. 168, p. 193-371.

fundamentais se imponham, **protegendo**, assim, a **liberdade individual das cidadãs e dos cidadãos**. A Lei Fundamental começa com a enumeração dos direitos fundamentais, à frente de todos, a dignidade humana, no art. 1º, § 1º GG. A Constituição garante que todo titular de direitos fundamentais, incluindo as pessoas jurídicas nacionais, possa interpor um **recurso constitucional** no Tribunal Constitucional Federal, que, em princípio, não está vinculado a forma específica alguma, com a alegação de ter sofrido uma violação dos seus direitos fundamentais ou direitos equivalentes por parte do Poder Público. Essa modalidade de ação, perfazendo aproximadamente 90% de todos os processos impetrados na Corte, é responsável pela maior parte do trabalho judicial constitucional – ela é, digamos, a **“rainha dos caminhos que conduzem ao Tribunal Constitucional Federal”**⁷.

Foi exatamente em virtude da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal que os direitos fundamentais evoluíram, nas últimas décadas, para se tornar **“garantias poderosas da liberdade individual”**⁸, fornecendo parâmetros abrangentes para a configuração do ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais outorgam **ao cidadão direitos de defesa** contra o Estado. A Primeira Turma do Tribunal Constitucional Federal, em sua respeitadíssima “Decisão do Clima”, de 24 de março de 2021⁹, acrescentou à função de defender os direitos à liberdade uma dimensão temporal destinada à proteção de futuras gerações. Em seu recurso constitucional, os requerentes arguíram que a República Federal da Alemanha adotara medidas insuficientes contra as mudanças climáticas. A Primeira Turma decidiu que os direitos fundamentais, como garantia intertemporal de liberdade, também protegem contra uma transferência unilateral, para o futuro, do ônus de redução dos gases de efeito estufa, estabelecido pelo art. 20a da Lei Fundamental como meta de proteção climática, confirmando uma violação de direitos à liberdade por parte do Estado.

Contudo, a fim de validar plenamente as garantias fundamentais, o Tribunal Constitucional Federal extrai dos direitos fundamentais ainda outros aspectos. Já no chamado Julgamento de Lüth de 1958¹⁰, o Tribunal ressaltou que “nas disposições da Lei Fundamental sobre os direitos fundamentais [...] também (se materializa) uma **ordem objetiva de valores**, que se aplica, como decisão fundamental constitucional, a todas as áreas do Direito”¹¹. Portanto, os direitos fundamentais também se irradiam, principalmente, sobre o Direito Comum (Direito Penal, Direito Civil, Direito Público) e, na interpretação deste, precisam ser considerados pela Justiça Especializada.

Nos últimos anos, adquiriu especial relevância a **dimensão de proteção jurídica** dos direitos fundamentais. Por conseguinte, ao pleitear os seus direitos fundamentais, o cidadão pode obrigar o Estado a adotar medidas protetivas, sob determinadas condições. Em delimitação à dimensão de defesa jurídica, essa hipótese distingue-se pelo fato de

7 Peter Häberle, **Jahrbuch des öffentlichen Rechts** (JöR), Neue Folge, v. 45, 1997, p. 89 <112>.

8 Bumke, C./Voßkuhle, A., **Casebook Verfassungsrecht**, 9. ed., 2023, n° 2.

9 Processo 1 BvR 2556/18, entre outros, BVerfGE v. 157, p. 30-177.

10 Decisão de 15.01.1958 – Processo 1 BvR 400/51, BVerfGE v. 7, p. 198-230.

11 BVerfGE v. 7, p. 198 <Ementa 1>.

que **o dano ao bem tutelado como direito fundamental emana da ameaça de terceiros e não pode ser imputado ao Poder Público alemão**. Na Decisão do Clima já mencionada, além dos direitos de defesa contra o Estado descritos, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu ainda **a existência de um dever de proteção em caso de danos a bens tutelados como direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida e à integridade física**, perante reclamantes domiciliados na Alemanha e mesmo perante futuras gerações, mas acabou por negar que houvesse uma violação desse dever¹². No que se refere a reclamantes domiciliados no exterior, a decisão deixou em aberto a questão da existência de um dever de proteção, em razão das possibilidades limitadas de atuação do Estado alemão nesse sentido¹³. Atualmente, a Segunda Turma do Tribunal Constitucional Federal ocupa-se em avaliar se, e em que medida, deveres de tutela podem produzir efeitos até mesmo quando **pessoas no Iêmen** são mortas por drones americanos, **em violação ao Direito Internacional**, com o uso de equipamentos instalados em uma base militar americana na Alemanha. A decisão ainda não foi prolatada.

5. DIVISÃO DE PODERES E CONTROLE JUDICIAL DO PODER PÚBLICO

Se existe um dever de proteção, o próximo passo é saber qual o seu **teor** – ou seja, quais medidas o legislador deve adotar para o cumprimento desses deveres. Como resposta a essa questão, surgem frequentemente soluções diversas. A Lei Fundamental, que distribui o Poder Público em três órgãos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, não atribui ao Judiciário a tarefa de “busca de solução” política, mas, sim, ao Legislativo e ao Executivo. Enquanto, segundo o **princípio da divisão dos Poderes**, que é imprescindível em um Estado de Direito, compete ao Parlamento democraticamente legitimado a atribuição constitucional de legislar, o Executivo exerce o governo e a administração¹⁴. Os tribunais, de modo geral, e o Tribunal Constitucional Federal, especificamente, devem fiscalizar esses dois Poderes, limitar e moderar o seu poder¹⁵. No que diz respeito a leis do *Bundestag* Alemão, cabe, porém, exclusivamente ao Tribunal Constitucional Federal a prerrogativa de rejeitá-las.

Nesse âmbito, o Tribunal Constitucional Federal permite ao legislador uma ampla **margem de concepção e decisão**; a Corte não avalia se as medidas adotadas são razoáveis, condizentes com a sua finalidade ou justas¹⁶. Logo, o Tribunal Constitucional Federal não instaura, de modo algum, uma competência própria em razão da matéria no lugar daquela do legislador nem substitui uma decisão legislativa justificável por uma decisão própria. Cabe unicamente ao legislador decidir como cumprir suas atribuições públicas. O Tribunal Constitucional Federal não é um legislador substituto.

12 BVerfGE v. 157, p. 30 <110 n° 143 ss.>.

13 BVerfGE v. 157, p. 30 <124 n° 173 ss.>.

14 Conf., por exemplo, BVerfGE v. 159, p. 223 <286 n° 140>.

15 BVerfGE v. 159, p. 223 <286 s. 140>.

16 BVerfGE v. 123, p. 1 <20 s.>; 149, 1 <22 n° 46>; 162, 178 <186 n° 19>.

À ampla margem de atuação do legislador faz frente, assim, um controle constitucional apenas comedido. Esse aspecto evidenciou-se também na decisão sobre a Segunda Lei Orçamentária Suplementar de 2021, de 15 de novembro de 2023¹⁷, a qual restringiu significativamente a ação do governo federal alemão, do ponto de vista financeiro, quanto à limitação constitucional de contratação de dívidas – o chamado freio da dívida. Nessa decisão, a Segunda Turma declarou a nulidade da transferência *a posteriori*, após o término do exercício financeiro de 2021, de créditos no valor de sessenta bilhões de euros para um orçamento suplementar, um fundo destinado à proteção climática e à transformação. No ponto de partida, entretanto, a Segunda Turma garantiu ao legislador margens de manobra em relação aos requisitos para uma exceção ao freio da dívida previsto na Constituição, ou seja, em caso de emergência. Ela elucidou que,

em primeiro lugar, [é] da competência do legislador ponderar se, e em que medida, visando a também assegurar a futura preservação das margens de concepção e decisão democráticas, cabem liames em relação ao comportamento dos gastos e, por isso, [...] deve-se admitir uma redução dessas margens no presente¹⁸.

Mesmo quando se trata do cumprimento de deveres públicos de proteção, o Tribunal Constitucional Federal intervém apenas se o legislador tiver claramente infringido o dever de tutela, isto é, se não tiver adotado precauções, se as regulamentações e medidas adotadas forem claramente inapropriadas para alcançar o objetivo de proteção cabível ou estiverem muito aquém do objetivo de proteção¹⁹. Por esse motivo, o recurso constitucional que embasou a Decisão do Clima não logrou êxito no que tange à existência de uma violação do dever de tutela.

6. GARANTIAS PROCESSUAIS NO ESTADO DE DIREITO

O importante papel de oferecer proteção jurídica não cabe, todavia, exclusivamente às Cortes Constitucionais, mas também aos **juízos especializados**. Em um ordenamento de Estado de Direito, que confere ao Estado o monopólio do poder, as cidadãs e os cidadãos dependem de uma **proteção judicial eficaz** para defender e também impor os seus direitos. Em processos cíveis, o Tribunal Constitucional Federal infere um direito à proteção jurídica efetiva do art. 20, § 3º, em combinação com o art. 2º, § 1º, GG. Este assegura a cada indivíduo o "direito de acesso aos tribunais e a uma apreciação de fato e de direito, fundamentalmente abrangente, do objeto do litígio, bem como a uma decisão vinculante proferida pelo magistrado"²⁰. Em relação a atos jurídicos do Poder Público, essa proteção jurídica está até mesmo consignada, no art. 19, § 4º, GG.

17 Processo 2 BvF 1/22, BVerfGE v. 167, p. 86-163.

18 Cf. BVerfGE v. 167, p. 86 <134 n° 141>.

19 Cf. BVerfGE v. 157, p. 30 <114 n° 152>, com referências adicionais.

20 Cf. decisão de 12.02.1992 – Processo 1 BvL 1/89, BVerfGE v. 85, p. 337 <345 s.>; decisão da Segunda Câmara da Primeira Turma de 13.04.2023 – Processo 1 BvR 667/22, n° 15.

O direito de acesso à Justiça encontra uma expressa manifestação constitucional no art. 101, § 1º, e 103, § 1º, GG. A fim de evitar, como era a terrível prática à época do nacional-socialismo, que se exerça ingerência sobre o teor da decisão com uma escolha direcionada ao caso concreto do magistrado responsável pela decisão, o juiz competente deve ser designado de acordo com **regras gerais de cunho abstrato** (o chamado juiz natural), consoante art. 101, § 1º, 2ª sentença, GG²¹. O direito a uma audiência justa, regulamentado no art. 103, § 1º, GG, faculta às partes processuais a possibilidade de influência nas decisões judiciais na medida em que são informadas e ouvidas antes da sentença e suas alegações têm de ser consideradas e sopesadas²². Porém, isso não significa que os tribunais devam considerar as arguições da respectiva parte como determinantes para a sua decisão. As partes devem ser ouvidas, mas não obedecidas.

7. POSICIONAMENTO E ENTENDIMENTO DA FUNÇÃO PELOS MAGISTRADOS

O posicionamento e o entendimento da sua função pelos **magistrados** estão indissociavelmente ligados à importância da jurisdição no Estado de Direito – quer atuem em juízos especializados, quer em Cortes Constitucionais. Nesse contexto, nas sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em Estrasburgo, encontra-se constantemente a seguinte declaração: “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*” (a justiça não deve apenas ser feita, ela também deve ser vista para ser feita)²³. O funcionamento da Justiça pressupõe forçosamente a confiança social por parte dos que buscam o Direito e da opinião pública **na objetividade e neutralidade dos juízos, bem como na personalidade do magistrado**²⁴. Esse bem jurídico valioso só pode ser resguardado pelo exercício imparcial e isento da magistratura. A **autonomia pessoal e objetiva do juiz**, que representa um requisito básico para a sua imparcialidade, está consagrada no art. 97, GG, constituindo, portanto, um cerne institucional do princípio constitucional do Estado de Direito.

Nesse ponto, não se pode ignorar que decisões judiciais, sobretudo aquelas das Cortes Constitucionais, possuem inevitavelmente uma dimensão política²⁵, pois os fatos subjacentes às decisões apresentam relações políticas, e as deliberações – pensemos aqui, por exemplo, na declaração de nulidade de leis ou na violação de deveres de proteção – também podem absolutamente ganhar relevância e alcance no campo político. Isso, no entanto, não pode fazer com que juízes decidam de forma “política” – ou seja, descomprometida com o Direito²⁶. O filósofo Immanuel Kant já havia caracterizado acertadamente a relação entre Direito e política, da seguinte forma: “O Direito jamais deve adaptar-se à política, mas a

21 Cf. decisão do Plenário do Tribunal Constitucional Federal de 08.04.1997 – 1 PBvU 1/95, BVerfGE v. 85, p. 333 <327 s.>.

22 Cf. decisão de 08.06.1993 – Processo 1 BvR 878/90, BVerfGE v. 85, p. 28 <35s.>.

23 TEDH (Câmara), caso De Cubber vs. Bélgica, decisão de 26.10.1984, nº 9186/80, nº 26.

24 Cf. decisão de 14.01.2020 - Processo 2 BvR 1333/17, BVerfGE v. 153, p. 1 <40 nº 91>.

25 Voßkuhle, A. In: Huber/Voßkuhle, **Grundgesetz**, 8. ed., 2024, art. 93, nº 31.

26 Isensee, J. In: Isensee/Kirchhof, **Handbuch des Staatsrechts** XII, 3. ed., 2014, § 268, nº 24.

política deve a todo momento adaptar-se ao Direito"²⁷. A única régua da apreciação do juiz é e continuará sendo o Direito.

A **autonomia da Justiça** também envolve, no entanto, **reivindicar e defender** essa autonomia perante os outros Poderes. Isso se aplica, em especial medida, às Cortes Constitucionais. Assim, em princípio, a posição do Tribunal Constitucional Federal como **órgão constitucional** (e não apenas como um dentre vários tribunais federais) não estava estritamente delimitada. O Tribunal atribuiu-se essa posição, por razões legais, em seu famoso memorando de 27 de junho de 1952²⁸, o qual declara: "O Tribunal Constitucional Federal é, como o supremo guardião da Constituição, ao mesmo tempo um órgão constitucional dotado da máxima autoridade, segundo a letra e o sentido da Lei Fundamental e da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal."

Evoluções semelhantes podem ser observadas também em outros países. A *Supreme Court* dos Estados Unidos já reclamava para si o poder de examinar leis federais em 1803, na decisão *Marbury vs. Madison*²⁹, e acabou, assim, por introduzir o conceito de jurisdição constitucional. A Corte Constitucional da Bélgica foi instituída inicialmente em 1984, apenas como corte de arbitragem, destinada a deliberar unicamente sobre conflitos de competência. Com o tempo, em primeiro lugar, sua competência de apreciação passou a abranger o princípio da igualdade e a proibição de discriminação, até que o tribunal fosse reestruturado como Corte Constitucional inteiramente apta, com plena competência para julgar o cumprimento dos direitos fundamentais³⁰. Da mesma forma, em 1973, o *Supreme Court* indiano, em uma decisão inovadora³¹, fortaleceu sua própria posição como guardião da Constituição, atribuindo-se o poder de averiguar alterações constitucionais e de declará-las inconstitucionais³², em caso de violação dos princípios básicos da Constituição – "the basic structure".

Deve ser motivo de preocupação que uma tendência oposta seja constatada nos dias de hoje. Tentativas de **limitar a posição independente** dos tribunais constitucionais e da Justiça, **ou mesmo de miná-la**, são vistas frequentemente em países. Em julho de 2023, por exemplo, o governo israelense aprovou uma lei que permitiria proibir a Suprema Corte do país de revisar a razoabilidade de decisões do governo com base em parâmetros desenvolvidos ao longo de décadas de jurisprudência³³. Por fim, no início de 2024, a Suprema Corte

27 Kant, I. **Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen**, 1797, p. 429, citado por Huber, P., in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, **Handbuch des Verfassungsrechts**, 2021, § 6, n° 6.

28 **Jahrbuch des öffentlichen Rechts** (JöR), Neue Folge, v. 6 <1957>, p. 144.

29 Decisão de 24.02.1803, citações: 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L.Ed. 60 (1803).

30 Suprema Corte da Bélgica, "Vorstellung des Verfassungsgerichtshofs" (apresentação da Suprema Corte), 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckdn87u>, p. 5 s.

31 Supreme Court of India, decisão de 24.04.1973 - Kesavananda Bharati vs. State of Kerala, 1973 Supp. (1) S.C.R. 1.

32 Schusser, Judicial Activism in a Comparative Perspective - The Supreme Court of India vs. the Bundesverfassungsgericht, 2019, p. 74.

33 Esser, E. "Gesetzesvorhaben der Regierung Netanjahus" (Projetos de lei do governo Netanyahu), Legal Tribune Online, de 26.07.2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/y4r7rm6f>.

de Israel declarou a inconstitucionalidade dessa norma³⁴. Processos semelhantes também podem ser observados na Europa. Basta olhar para a Polônia e a Hungria. Entre os anos de 2015 e 2023, o governo polonês adotou várias medidas contra a autonomia da Suprema Corte. Além da nomeação de ministros fiéis ao governo, a Corte teve a sua autonomia cerceada por meio da alteração dos seus procedimentos. Neste ponto, é digno de menção, em especial, o aumento do quórum para dois terços ou a exigência da participação de, no mínimo, 13 dos 15 juízes em cada decisão. Da mesma forma, foi instituída a obrigatoriedade de apreciação dos processos em ordem cronológica, a partir da sua entrada³⁵. Algo similar ocorreu também na Hungria. Com a diminuição da idade de aposentadoria e o aumento do número de ministros da Suprema Corte, foram criadas vagas que, por sua vez, foram preenchidas com apoiadores do governo³⁶. Nesse ínterim, o Tribunal de Justiça da União Europeia condenou ambos os países pela violação do Estado de Direito em suas reformas do Judiciário³⁷.

8. RESILIÊNCIA DA JUSTIÇA

Essas tendências evidenciam, mais do que nunca, que a independência dos tribunais, sobretudo dos tribunais constitucionais, representa um bem valioso, que **deve ser moldado para a resiliência**. É necessário adotar providências para evitar que instituições constituídas como a Justiça sofram uma reestruturação gradual dos seus membros e processos, de tal maneira que não possam mais exercer suas atribuições – ou seja, o controle eficaz do Poder Público³⁸. Diante desse cenário, o legislador alemão também agiu. No fim do ano passado, foram consignadas na Constituição diversas disposições decisivas para o status do Tribunal Constitucional Federal, que, até então, eram regulamentadas apenas por lei ordinária; por exemplo, o número de turmas e de ministras e ministros, o processo de nomeação, a duração do mandato dos magistrados, a impossibilidade de reeleição, bem como os procedimentos do Tribunal (autonomia quanto ao regimento interno)³⁹. Por consequência, futuramente, para que essas disposições sejam alteradas, será necessária a maioria prevista para emendas constitucionais – ou seja, a aprovação por dois terços dos membros do Parlamento e dois terços do Conselho Federal (*Bundesrat*), nos termos do art. 79, § 2º, GG.

34 Esser, E. "Gesetzesvorhaben der Regierung Netanjahus" (Projetos de lei do governo Netanyahu), Legal Tribune Online, de 26.07.2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/y4r7rm6f>.

35 Kellermann, F. "Polen - Entmachtung des Verfassungsgerichts?" (Polônia – Desempoderamento do Tribunal Constitucional?), Deutschlandfunk, de 23.12.2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/v3mf8sn2>.

36 Steinbeis, M. "Ungarns neue Verfassung" (A nova Constituição da Hungria), Legal Tribune Online, de 18.04.2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdzxday2>.

37 Cf. somente sobre a Polônia: Tribunal de Justiça da União Europeia, TJUE (Grande Câmara), decisão de 24.06.2019, Comissão/Polônia, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 (diminuição da idade de aposentadoria dos ministros da Suprema Corte); TJUE (Grande Câmara), decisão de 05.06.2023, Comissão/Polônia, C-204/21 (Câmaras Disciplinares); cf. apenas sobre a Hungria: TJUE (Primeira Câmara), decisão de 06.11.2012, Comissão/Hungria, ECLI:EU:C:2012:687 (diminuição da idade de aposentadoria).

38 Cf. Gärditz, K., *Neue Juristische Wochenschrift*, 2024, p. 407 <408>.

39 Cf. BTDrucks 20/12977, p. 2, 5.

9. CONCLUSÃO

Cabe aos tribunais, sobretudo às Cortes Constitucionais, um papel cuja importância para a preservação e defesa de uma democracia liberal e de Estado de Direito dificilmente pode ser superestimada. Eles protegem e fortalecem a democracia ao possibilitar um debate político isento de qualquer influência política, ao garantir os direitos individuais das cidadãs e dos cidadãos, fiscalizar o governo e o Parlamento, mostrando-lhes limites. Ao mesmo tempo, cumpre constatar que esse bem valioso não é algo óbvio. São necessários, portanto, mecanismos preventivos que também assegurem a autonomia e o funcionamento dos tribunais no futuro.

DIE ROLLE DER STAATSGEWALTEN UND RECHTLICHE ANREIZE FÜR EINE DEMOKRATISCHE KULTUR¹

Thomas Offenloch

Richter des Bundesverfassungsgerichts

Sehr geehrte Damen und Herren!

Herzlichen Dank für die Einladung! Herzlichen Dank für die freundliche Begrüßung! Ich bin das erste Mal in Brasilien und gerade einmal den zweiten Tag hier. Schon jetzt bin ich ganz begeistert, von Brasilien, vor allem aber auch von Ihrer großartigen Gastfreundschaft. Herzlichen Dank!

„Die Rolle der Staatsgewalten und rechtliche Anreize für eine demokratische Kultur“

- so lautet mein Thema. Ein weites Thema. Ich befürchte: Ich werde es nicht erschöpfend behandeln können in den rund dreißig Minuten, die mir hier zur Verfügung stehen. Ich möchte deshalb einen Bereich herausgreifen und schlaglichtartig beleuchten, der mir besonders wichtig erscheint: Frau Kollegin Dr. Fetzter hat ihn bereits benannt: Die Meinungs- und Pressefreiheit, ihre Bedeutung für die Demokratie und ihren Schutz durch die dritte Gewalt, gerade auch in Deutschland und in Europa.

Gewiss haben Sie es mitbekommen. Vorletzte Woche in Deutschland: Die Münchener Sicherheitskonferenz. Sie stand natürlich im Zeichen des völkerrechtswidrigen Angriffskriegs Russlands gegen die Ukraine. Dieser Tage jährt sich der Überfall im Jahr 2022 ja zum dritten Mal. Aber eigentlich dauert der schreckliche Krieg schon viel länger. Nämlich seit Februar 2014, als Putin begann, sich die Krim einzuverleiben - mit militärischer Gewalt. Uns alle, für die ein friedliches und konstruktives Miteinander von Völkern und Staaten mit zu den wichtigsten Zielen von Politik und Recht überhaupt gehört, uns alle besorgt das zutiefst. Ganz besonders natürlich uns in Deutschland und Europa. Rund 1.500 Kilometer von Deutschland entfernt tobt ein Krieg, begonnen von einem Staat, der mit allem bricht, was wir bislang unter einer regelbasierten Ordnung verstanden haben. Man kann es gar nicht deutlich genug sagen: Die Sicherheit Europas ist in Gefahr! Eigentlich Stoff genug für ein Gipfeltreffen wie die Münchener Sicherheitskonferenz.

Offenbar nicht so für den US-amerikanischen Vizepräsidenten. Er führte in seiner Rede am Freitag vor einer Woche aus. Ich zitiere:

¹ Bei diesem Beitrag handelt es sich um den - nur geringfügig geänderten und ergänzten - Vortrag, der vom Verfasser auf der brasilianisch-deutschen Tagung vom 24. und 25. Februar 2025 in Brasília mit dem Titel *„Defesa da Democracia e dos Direitos Fundamentais“* gehalten wurde. Die Vortragsform wurde aus Gründen der Dokumentation beibehalten.

Die Bedrohung, die mich in Bezug auf Europa jedoch am meisten besorgt, ist nicht Russland, nicht China, nicht irgendein anderer externer Akteur. Was mich besorgt, ist die Bedrohung von innen. Der Rückzug Europas von einigen seiner grundlegendsten Werte. Werte, die es mit den Vereinigten Staaten von Amerika teilt.²

Und dann legte Vizepräsident Vance dar, dass und warum er Meinungsfreiheit und Demokratie in Europa und auch in Deutschland in Gefahr sieht.

Eine aus dem Innern kommende Gefahr für Meinungsfreiheit und Demokratie, die größer ist als die Gefahr, die von der russischen Militärmaschinerie unter Putin ausgeht? Ist das ein realistisches Bild für Europa, für Deutschland? Nein! Gewiss nicht! Mein persönlicher Eindruck: Ein ganz schön schiefes Bild auch von Deutschland, ein Zerrbild, das Vizepräsident Vance da an die Wand gemalt hat. Natürlich: Auch in Deutschland hört man immer wieder, man dürfe hier nichts mehr sagen, die Meinungsfreiheit sei eingeschränkt. Meine Antwort: Das stimmt nicht. Dafür sorgen im Übrigen schon unsere Gerichte, die dem Recht auf Meinungsfreiheit großes Gewicht beimessen. Unabhängige Gerichte übrigens. Und diese Unabhängigkeit steht nicht nur auf dem Papier. Aus eigener Erfahrung kann ich Ihnen sagen: Ich bin seit vielen Jahren Richter in Deutschland. Ich war in allen Instanzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit tätig, jetzt auch noch beim Bundesverfassungsgericht. Ich habe an zahlreichen Entscheidungen mitgewirkt, die ganz erhebliche Auswirkungen hatten. Auch an Entscheidungen, die für die Bundesregierung erhebliche Probleme mit sich brachten. Ich kann Ihnen berichten: Es gab keinen einzigen Fall, in dem ich auch nur das Gefühl gehabt hätte, die Exekutive wolle auf mich in unlauterer Weise Einfluss nehmen oder gar Druck ausüben. Gewaltenteilung und Rechtsstaat funktionieren in Deutschland. Und sie schützen auch und gerade Meinungsfreiheit und Demokratie!

Meine Damen und Herren, die Ausgangslage ist recht einfach. Die Meinungsfreiheit - und dazu gehört natürlich auch die Pressefreiheit - ist zentral für unsere Demokratie. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im Jahr 1958 im berühmten „Lüth-Urteil“³ treffend formuliert:

Ich zitiere:

Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l'homme nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 [205]). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom (Cardozo).⁴

² Vgl. <https://tinyurl.com/fpvshvte>, zuletzt abgerufen am 6. April 2025.

³ BVerfGE 7, 198.

⁴ BVerfGE 7, 198 <208>.

Zum Ausdruck kommt darin jedenfalls zweierlei. Erstens: Das Recht auf freie Meinungsäußerung entspringt unmittelbar der menschlichen Persönlichkeit. Wer – wie das deutsche Grundgesetz – die Persönlichkeit jedes Menschen ernst nimmt, kommt an ihr also gar nicht vorbei. Der Mensch ist im demokratischen Staat kein Untertan, sondern hat das Recht - ich meine im Übrigen auch die Aufgabe - die Geschicke seines Landes mit-zusteuern. Auch und gerade dadurch, dass er seine Meinung nicht für sich behält, sondern sie anderen mitteilt. Und dieses Recht wird ihm nicht etwa zugeteilt, es kommt direkt aus seiner Persönlichkeit, aus seinem Wesen als Mensch. Das ist – wenn man so will – der subjektive Aspekt der Aussage.

Ich zitiere nochmal:

Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt [...]. Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist [...].⁵

- darin steckt aber auch noch ein zweiter, objektiver Aspekt. Nämlich ein Bekenntnis zum Wert geistiger Auseinandersetzungen an sich, zum Wert des Kampfs der Meinungen. Demokratinnen und Demokraten sind davon überzeugt,

- dass im Wege der geistigen Auseinandersetzung,
- dass durch den Kampf der Meinungen, an dem sich jeder und jede beteiligen kann,
- dass dadurch erst die besten Lösungen für unsere Probleme gefunden werden. Vielleicht – das mag man zugeben – nicht immer die schnellsten Lösungen. Aber die tragfähigsten. Im Übrigen – auch das ist wichtig – auf friedlichem Weg.

Diese große Bedeutung der Meinungsfreiheit für unsere freiheitlich-demokratisch verfassten Staaten spiegelt sich in ihren positiv-rechtlichen Ausprägungen wider. Verzeihen Sie mir jetzt bitte den europäischen Blick: Wir Deutsche verstehen uns als Teil des europäischen Verfassungsverbundes. Und hier finden wir das Recht auf Meinungsfreiheit nicht nur in Artikel 5 des Deutschen Grundgesetzes und entsprechenden Vorschriften anderer europäischer Staaten, sondern eben auch in Artikel 11 der EU-Grundrechte-Charta und in Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Meine Damen und Herren! Rechtliche Gewährleistungen sollen nicht nur auf dem Papier stehen. Sie sollen tatsächlich Wirkung entfalten. Um das sicherzustellen, dazu bedarf es unabhängiger Gerichte. Gerichte, an die sich wenden kann, wer sich in einem Recht verletzt sieht. Gerichte, an die sich jeder wenden kann, der sein Recht gegen Widerstände durchsetzen will. Und gerade rund um die Meinungs- und Pressefreiheit werden Gerichte in besonderer Weise gefordert. Das zeigt schon die nahezu unüberschaubare Anzahl gerichtlicher Entscheidungen, die sich mit der Meinungs- und Pressfreiheit und ihrer Reichweite befassen: Zivilgerichtliche

⁵ BVerfGE 7, 198 <208>.

Entscheidungen, strafgerichtliche Entscheidungen, verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, auf nationaler Ebene, aber auch Entscheidungen übernationaler Gerichte wie des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Die Dritte Gewalt, die Judikative, sie prägt Inhalt und Reichweite der Meinungsfreiheit also in ganz erheblichem Maße. Gerichte sind unverzichtbare Schiedsrichter im Kampf der Meinungen – inhaltlich freilich – das gehört sich für einen guten Schiedsrichter – neutral. Eine unabhängige Justiz – sie für unsere demokratische Kultur damit essenziell.

Die Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen rund um die Meinungsfreiheit verrät aber auch: Die Wahrnehmung des Rechts auf Meinungsfreiheit kann zu Konflikten führen. Und natürlich ist auch die Meinungsfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet. Artikel 5 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes enthält sogar einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt. Danach findet das Recht auf freie Meinungsäußerung seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und im Recht der persönlichen Ehre. In der politischen Auseinandersetzung ist gerade das Recht der persönlichen Ehre von Bedeutung – oder vielleicht etwas weiter: das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Denn natürlich werden politische Meinungskämpfe in der Demokratie bisweilen scharf ausgetragen. Sie können auch die persönliche Ebene erreichen – das lässt sich gar nicht immer vermeiden. Da ist es wichtig, dass Gerichte den richtigen Ausgleich finden. Denn auch ein unzureichender Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bringt Probleme für die Demokratie mit sich. Etwa, wenn sich aus Furcht vor persönlichen Angriffen immer weniger Menschen dazu bereit erklären, politische Verantwortung zu übernehmen. In Deutschland sehen wir entsprechende Tendenzen insbesondere – aber nicht nur – auf kommunalpolitischer Ebene.

Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht sind beides grundrechtliche Gewährleistungen von Verfassungsrang. Und deshalb ist auch das Vorgehen der Gerichte bei der Suche nach dem Ausgleich zwischen den beiden Verfassungsgütern im konkreten Fall verfassungsrechtlich determiniert. Wohlgemerkt: Das Vorgehen, nicht das Ergebnis. Die erste Kammer unseres Ersten Senats⁶ hat die diesbezüglichen Grundsätze erst im Januar nochmals zusammengefasst. Eine Frau hatte einen Rechtsanwalt heftig kritisiert und war deshalb wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde begehrte sie nun die Aufhebung dieser Verurteilung. Begründung: Die Verurteilung verletze sie in ihrer Meinungsfreiheit. Sie hatte Erfolg. Die Kammer teilte diese Einschätzung. Interessant für uns ist hier aber weniger der konkrete Fall. Interessant sind vielmehr die verfassungsrechtlich vorgegebenen Prüfungsschritte, die die Kammer hier noch einmal wiedergegeben hat. Zwei davon möchte ich herausgreifen:

Im ersten Schritt haben die Gerichte zu prüfen, ob die betroffene Äußerung überhaupt dem Schutzbereich des Artikel 5 Absatz 1 Grundgesetz unterfällt. Dieser Schutzbereich ist weit. Artikel 5 Absatz 1 Grundgesetz schützt jede Verbreitung von Meinungen und weitestgehend auch die Verbreitung von Tatsachen – im Übrigen ohne Rücksicht auf das jeweils in Anspruch genommene Kommunikationsmittel. Auf dieser Ebene der Prüfung spielt keine Rolle, ob die

6 Beschluss vom 16. Januar 2025 - 1 BvR 1182/24, juris.

Äußerung die Ehre eines anderen beeinträchtigt. Auch polemisch oder verletzend formulierte Aussagen fallen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Fällt die in Rede stehende Äußerung danach in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit und wird sie unterbunden oder sanktioniert, dann liegt darin ein Grundrechtseingriff, der gerechtfertigt werden muss.

Das erfordert in einem weiteren Schritt im Normalfall eine Abwägung im konkreten Einzelfall, eine Abwägung zwischen den Beeinträchtigungen, die der Meinungsfreiheit auf der einen Seite drohen und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf der anderen Seite. Nur wenn die Waage danach nicht zugunsten der Meinungsfreiheit ausschlägt, kommt eine Unterbindung oder Sanktionierung der Äußerung in Betracht. Ein ganz besonders wichtiger Gesichtspunkt bei dieser Abwägung ist die Frage: Geht es bei der Äußerung nur um eine private Auseinandersetzung zur Verfolgung von Eigeninteressen oder wird von der Meinungsfreiheit im Zusammenhang mit einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage Gebrauch gemacht? Zwar sind auch rein privatnützige Äußerungen von der Meinungsfreiheit nicht ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung, insbesondere auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, haben Beiträge zur öffentlichen Meinungsbildung aber größeres Gewicht. Das Bundesverfassungsgericht sagt sogar – ich zitiere: „Handelt es sich bei der umstrittenen Äußerung um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung, so spricht eine Vermutung zu Gunsten der Freiheit der Rede.“⁷

- Gerichte machen die Meinungsfreiheit also gerade dann besonders stark, wenn es um deren Bedeutung für die Demokratie geht!

Das Bundesverfassungsgericht hat aber auch gesagt: Eine Abwägung, bei der Äußerungen im politischen Kontext besonderes Gewicht zukommt, hat nur im Normalfall stattzufinden. Ausnahme, auch das ist anerkannt: Äußerungen, die sich als Angriff auf die Menschenwürde, als Formalbeleidigung oder als Schmähung darstellen.⁸ Sie können ohne eine solche Abwägung sanktioniert werden. Im Meinungskampf müssen zwar auch persönliche Angriffe hingenommen werden. Tritt die Sachaussage aber völlig in den Hintergrund und geht es nur noch um eine persönliche Herabsetzung, nur noch um die Diffamierung eines anderen, dann sind Grenzen erreicht. Ich meine: Auch das dient dem Schutz demokratischer Werte. Denn ein konstruktiver Kampf um die in der Sache richtige Meinung wird unmöglich, wenn der Gegenüber nur noch persönlich diffamiert wird. Aber, klar muss sein: Das ist die absolute Ausnahme. Die Hürden sind hoch!

Meine Damen und Herren, vielleicht drei konkrete Fallbeispiele aus Deutschland:

Erster Fall:⁹ Ein strafrechtliches Verfahren, das im vergangenen Jahr vor einem kleinen deutschen Amtsgericht geführt wurde. In der Eingangsinstanz also. Trotzdem hat es große Aufmerksamkeit auf sich gezogen:

7 BVerfGE 7, 198 <212>; 61, 1 <11>; 93, 266 <294 f.>; ständige Rechtsprechung.

8 BVerfGE 82, 43 <51>; 85, 1 <16>; 90, 241 <248>; 93, 266 <293 f.>; 99, 185 <196>; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 16. Januar 2025 - 1 BvR 1182/24 Rn. 21, juris; ständige Rechtsprechung.

9 Vgl. AG Miesbach, Urteil vom 21. März 2024 - 62 Cs 11 Js 36474/23, juris.

Der Angeklagte, ein Unternehmer, hatte auf seinem Grundstück ein Plakat aufgestellt. Darauf zu sehen: Vier in Deutschland sehr bekannte Politikerinnen und Politiker der Partei BÜNDNIS 90/Die Grünen. Satirisch verfremdet. Von links nach rechts: der Bundesminister für Ernährung und Landwirtschaft Cem Özdemir mit einer Möhre aus dem Ohr, die damalige Co-Parteivorsitzende Ricarda Lang auf einer Dampfwalze, der Bundesminister für Wirtschaft und Klimaschutz und Vizekanzler Dr. Robert Habeck mit leeren, nach außen gestülpten Taschen und die Bundesaußenministerin Annalena Baerbock als kleines Kind. Darüber der Satz: *„Wir machen alles platt.“* Darunter ein - angebliches - Zitat von Dr. Robert Habeck: *„Vaterlandsliebe fand ich stets zum Kotzen.“* Die Bundesaußenministerin stellte wohl Strafantrag wegen Beleidigung. Die Staatsanwaltschaft beantragte einen Strafbefehl gegen den Angeklagten, der vom Amtsgericht zunächst auch erlassen wurde. Dagegen der Einspruch des Angeklagten. Es kam zur Verhandlung. Und hier wurde der Angeklagte freigesprochen.

Begründung des Amtsgerichts,¹⁰ zusammengefasst:

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit erlaube diese Darstellung. Es handele sich um eine Meinungsäußerung. Kritisiert werde die Politik der Grünen. Und – wir erinnern uns: Das Plakat mag polemisch oder verletzend sein, das spielt bei seiner Einordnung als Meinungsäußerung aber keine Rolle. Auch polemische und ehrschmälernde Äußerungen sind vom Grundrecht der Meinungsfreiheit umfasst. Eine Schmähung, in der ausnahmsweise nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache im Vordergrund steht – wir erinnern uns: dann keine Abwägung – eine solche Schmähung liege nicht vor. Und jetzt die Abwägung: Überwiegt hier das natürlich ebenfalls betroffene Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Politikerinnen und Politiker das berechnigte Interesse des Angeklagten an der Äußerung seiner Meinung in der konkreten Form? Nein! Zwei vom Amtsgericht dabei bemühte Gesichtspunkte: Es handele sich um Kritik an Spitzenpolitikern, die mehr hinzunehmen hätten als Privatpersonen oder Lokalpolitiker. Eine Auffassung, die im Übrigen auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertreten. Und zweitens: Es gehöre gerade zum Recht auf Meinungsfreiheit, dass Kritik nicht nur sachlich-differenziert, sondern auch grundlos, pointiert, polemisch und überspitzt geäußert werden darf.

Meine Damen und Herren, ich halte diese Entscheidung nicht nur für zwingend; ich bin – um es vorsichtig auszudrücken – auch überrascht, dass das Aufstellen des Plakats überhaupt zu einem Strafbefehl geführt hat. Denn das angeklagte Verhalten war in meinen Augen offensichtlich rechtmäßig. Es ging um eine Äußerung im Kernbereich der politischen Auseinandersetzung. Und das sage ich, obwohl ich die angegriffenen Politikerinnen und Politiker persönlich durchaus schätze, und obwohl ich das Plakat nicht für besonders geschmackvoll halte. Aber darum geht es nicht.

¹⁰ AG Miesbach, Urteil vom 21. März 2024 - 62 Cs 11 Js 36474/23, juris Rn. 18 ff.

Zweiter Fall:¹¹ Einer meiner ersten Fälle, die ich beim Bundesgerichtshof zu bearbeiten hatte. Ich war vor meiner Wahl zum Bundesverfassungsgericht neun Jahre in einem Zivilsenat beim Bundesgerichtshof tätig. Zum Fall:

Wir schreiben das Jahr 2012. In Berlin besuchen drei Ehepaare gemeinsam ein Grill-Restaurant. Zunächst einmal nichts Besonderes – möchte man meinen. Für ein Boulevard-Magazin aber doch. Warum? Es waren nicht x-beliebige Paare, die dort gemeinsam speisten, sondern: der damalige deutsche Außenminister und zwei der bekanntesten deutschen Fernsehgrößen, jeweils mit Partnerinnen beziehungsweise Partner. Eine dieser Fernsehgrößen moderierte damals den wohl bekanntesten Politik-Talk im deutschen Fernsehen; die andere hatte gerade eine große Samstagabend-Show verloren. Ein sogenannter Paparazzo schoss Fotos von der Gruppe am Tisch – durch das geschlossene Restaurant-Fenster. Und am 2. Mai 2012 konnte man in dem genannten Magazin lesen:

Überschrift: „DAS PERFEKTE PRIVATE PROMI-DINNER – Nach dem AUS seiner Show: Der Moderator unterwegs in Berlin“.

Darunter ein Bericht, aus dem sich im Wesentlichen ergibt, wer da gemeinsam beim Essen war und was es so zum Essen gab.

Dazu ein Bild der Gruppe am Tisch.

Einer der beteiligten Promis wehrte sich gegen diese Berichterstattung. Und bekam Recht. Zwar war die persönliche Ehre hier nicht betroffen; ein gemeinsamer Restaurantbesuch ist nicht ehrbeeinträchtigend. Aber das Recht am eigenen Bild und die Privatsphäre – ebenfalls Schutzgüter des verfassungsrechtlich verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Auch hier nun die Abwägung zwischen Meinungsfreiheit auf der einen Seite und Persönlichkeitsrecht auf der anderen. Und hier überwog nun das Persönlichkeitsrecht. Entscheidendes Argument: Ein öffentliches Informationsinteresse an dem privaten Treffen und den dabei verzehrten Speisen bestand nicht. Es handelte sich nicht um eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse ging, die Gegenstand des Artikels war. Das hätte sich im Übrigen – möglicherweise – leicht ändern lassen. Stellen wir uns nur einen Moment vor, das Boulevard-Magazin hätte nicht im Wesentlichen über das verzehrte Essen berichtet, sondern hätte sich der Frage gewidmet, ob dem Bundesaußenminister die offensichtlich bestehende Freundschaft zu dem großen Polit-Talker Vorteile in Bezug auf die Talksendung bringt – die Berichterstattung wäre vielleicht zulässig gewesen. Denn dann hätte sich jedenfalls diskutieren lassen, ob daran nicht ein erhebliches öffentliches Informationsinteresse besteht. In diesem Fall wären eben auch Fragen behandelt worden, die den demokratischen Meinungskampf betreffen.

11 Vgl. LG Köln, Urteil vom 21. November 2012 - 28 O 328/12, juris; OLG Köln, Urteil vom 6. August 2013 - 15 U 209/12, juris; BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2014 - VI ZR 418/13, nicht veröffentlicht (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Letzter Fall. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts:¹²

Zum Hintergrund: Vor rund zehn Jahren kam in Deutschland eine Debatte auf, die sich mit der Haltung einer politischen Partei zur Pädophilie während der 80er-Jahre – das war die Anfangszeit dieser Partei – befasste. In diesem Zusammenhang wurde bei Facebook in einem Blogbeitrag über unsere Beschwerdeführerin, eine bis heute bekannte Politikerin der besagten Partei, und eine von ihr im Mai 1986 angeblich getätigte Äußerung berichtet. Unter dem Blogbeitrag wurde viele Kommentare hinterlassen, unter anderem [Schreibweise wie im Original]: „Pädophilen-Trulla“; „Die alte hat doch einen Dachschaden, die ist hol wie Schnittlauch man kann da nur noch“; „Mensch...was bist Du krank im Kopf!!!“; „Die ist Geisteskrank“; „Ich könnte bei solchen Aussagen diese Personen die Fresse polieren“; „Sperrt diese kranke Frau weck sie weiß nicht mehr was sie redet“; „Die sind alle so krank im Kopf“; „Gehirn Amputiert“; „Kranke Frau“; „Sie wollte auch mal die hellste Kerze sein, Pädodreck“.

Die Beschwerdeführerin wollte von Facebook nun Auskunft über die Bestandsdaten der Urheber dieser Bemerkungen. Eine solche Auskunft setzt eine gerichtliche Anordnung voraus, die nach damaligem Recht nur erteilt werden durfte, wenn sie zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte erforderlich war. Berliner Gerichte verneinten dies: Begründung - kurz gefasst: Es handele sich bei diesen Kommentaren nicht nur um Diffamierungen und damit auch nicht um Beleidigungen im strafrechtlichen Sinne. Das Bundesverfassungsgericht hob diese Entscheidungen auf. Warum? Die Berliner Gerichte waren zu kurz gesprungen. Sie hatten das von Verfassungen wegen vorgegebene Prüfungsprogramm nicht korrekt durchlaufen. Dass in den Aussagen keine Diffamierung, keine reine Schmähung liegt, bedeutet nicht automatisch, dass sie zulässig sind. Denn dann ist – wie gezeigt – die Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht im konkreten Fall durchzuführen. Diese Abwägung fehlte. Wie sie im Ergebnis auszufallen hat, ließ das Bundesverfassungsgericht offen. Ich habe es bereits gesagt: Das Ergebnis dieser Abwägung ist – anders als der Abwägungsvorgang als solcher – verfassungsrechtlich nicht in jedem Fall zwingend vorgegeben! Zu berücksichtigen sein dürfte hier auf der Seite der Meinungsfreiheit gewiss wieder der Umstand, dass es mit der Pädophilie und der früheren Haltung einer Politikerin dazu um ein die Öffentlichkeit wesentlich berührendes Thema ging. Auf der Seite des Persönlichkeitsrechts dagegen, dass jedenfalls einige der genannten Äußerungen schon aufgrund der Wortwahl stark ehrbeeinträchtigend sind.

Meine Damen und Herren, die Meinungsfreiheit ist ein für Demokratien unverzichtbares Gut. Das Recht auf Meinungsfreiheit ist aber kein absolut geschütztes Recht. Es kann mit anderen Rechten und Verfassungsgütern in Konflikt geraten, etwa mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Hier ist im konkreten Fall ein Ausgleich zu finden. Kommt es dabei zum Streit, ist das in einem Rechtsstaat die Aufgabe von Gerichten. Ich

12 Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2021 - 1 BvR 1073/20, juris.

meine: Das funktioniert auf der Grundlage des dargestellten Systems bei uns recht gut. Dass gerichtliche Entscheidungen im Einzelfall auch kritikwürdig sein können, steht dem nicht entgegen.

Abschließend vielleicht noch eine kurze Bemerkung zu denen, die – wie nun wohl auch der US-Vizepräsident – dennoch behaupten, in Deutschland sei die Meinungsfreiheit in Gefahr. Sie übersehen entweder, dass auch die Meinungsfreiheit nur ein Verfassungsgut unter mehreren ist, wenn natürlich auch ein besonders wichtiges. Oder – auch das lässt sich immer wieder beobachten – sie missverstehen die Meinungsfreiheit grundsätzlich. Meinungsfreiheit bedeutet natürlich nicht, dass die eigene Meinungsäußerung von anderen kritiklos hingenommen werden muss. Im Gegenteil: Jeder darf seine Meinung äußern, muss aber seinerseits hinnehmen, für diese Meinungsäußerung – auch scharf! – kritisiert zu werden. Jedenfalls in Deutschland meine ich beobachtet zu haben: Bei manchem, der laut schreit, er dürfe seine Meinung nicht sagen – was er dabei im Übrigen genau tut –, liegt das Missverständnis bereits darin, dass er der Ansicht ist, er dürfe für seine Meinungsäußerung nicht kritisiert werden. Das gehört aber nicht zum Gewährleistungsgehalt der Meinungsfreiheit. Es wäre vielmehr genau ihr Gegenteil!

Herzlichen Dank!

A ATUAÇÃO DOS PODERES E ESTÍMULOS JURÍDICOS A UMA CULTURA DEMOCRÁTICA¹

Thomas Offenloch

Ministro do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

Prezadas Senhoras e prezados Senhores,

Meus sinceros agradecimentos pelo convite! Meus sinceros agradecimentos pela cordialidade ao me receber! Estou no Brasil pela primeira vez e este é somente meu segundo dia aqui. Desde agora, já estou muito entusiasmado com Brasil, principalmente por sua extraordinária hospitalidade. Muito obrigado!

"A atuação dos Poderes e estímulos jurídicos a uma cultura democrática" é o meu tema. Um tema amplo. Receio que não poderei esgotá-lo nos cerca de trinta minutos que tenho à disposição aqui. Por isso, gostaria de pinçar e pôr em foco uma área que me parece particularmente relevante. A minha colega Dra. Rhona Fetzter já a abordou: a liberdade de expressão e imprensa, sua importância para a democracia e sua proteção pelo terceiro Poder, especialmente também na Alemanha e na Europa.

Os senhores, com certeza, ouviram falar da Conferência de Segurança de Munique, realizada há duas semanas na Alemanha. Ela aconteceu, evidentemente, sob o signo da guerra de agressão da Rússia contra a Ucrânia, uma violação do Direito Internacional. Nestes dias, o ataque de 2022 completa três anos. Mas, na verdade, essa guerra terrível já dura muito mais tempo. Isso é, desde fevereiro de 2014, quando Putin começou a incorporar a Criméia, com poder militar. Essa guerra preocupa profundamente a todos nós, a todos nós que consideramos um convívio pacífico e construtivo de povos e nações como, de fato, um dos principais objetivos da política e do Direito. Preocupa-nos ainda mais, é claro, na Alemanha e na Europa. Essa guerra é travada a uma distância de aproximadamente 1.500 quilômetros da Alemanha, iniciada por um Estado que rompe com tudo aquilo que nós entendíamos até agora por uma ordem baseada em regras. Toda clareza é pouca ao afirmá-lo: a segurança da Europa está em risco! Sem dúvida, assunto suficiente para uma cúpula como a Conferência de Segurança de Munique.

Aparentemente, não é assim para o vice-presidente americano, como expôs em seu discurso na sexta-feira retrasada. Cito:

A ameaça, contudo, que mais me preocupa em relação à Europa não é a Rússia, não é a China, nem qualquer outro ator externo. O que me preocupa é a ameaça que vem de dentro. O recuo da Europa em alguns dos seus valores mais fundamentais. Valores que ela compartilha com os Estados Unidos da América².

1 Este texto corresponde à palestra proferida pelo autor no Seminário Internacional Brasil-Alemanha "Defesa da Democracia e dos Direitos Fundamentais", realizado nos dias 24 e 25 de fevereiro de 2025, em Brasília.

Tradução: Kelly Medrado Passos, Embaixada da Alemanha em Brasília.

2 Cf. <https://tinyurl.com/fpvshvte>. Acesso em: 6 abr. 2025.

Em seguida, o vice-presidente afirmou, e disse a razão, que vê a liberdade de expressão e a democracia em risco na Europa e também na Alemanha.

Uma ameaça à liberdade de expressão e à democracia que vem de dentro, maior do que a ameaça representada pela máquina militar russa sob Putin? Será que essa é uma imagem realista da Europa, da Alemanha? Não! Com certeza, não! Minha impressão pessoal: é uma imagem muito enviesada da Alemanha também, uma imagem distorcida, a que foi projetada pelo vice-presidente. É óbvio: também na Alemanha, ouvimos dizer constantemente que não se pode falar mais nada lá, que a liberdade de expressão estaria cerceada. Minha resposta: não é verdade. Aliás, quem já cuida disso são os nossos tribunais, que atribuem um grande peso ao direito à liberdade de expressão. Tribunais independentes, aliás. E essa independência não está só no papel. Posso dizer aos senhores por experiência própria, sou juiz na Alemanha há muitos anos. Atuei em todas as instâncias da Justiça Comum e agora estou no Tribunal Constitucional Federal. Participei de inúmeras decisões que tiveram impactos enormes. Da mesma forma, de decisões que acarretaram problemas enormes para o governo federal alemão. Posso lhes contar: não houve um único caso em que eu tivesse nem mesmo a mera impressão de que o Executivo queria exercer influência indevida ou até pressão sobre mim. Separação dos Poderes e Estado de Direito funcionam na Alemanha. E eles protegem também, e sobretudo, a liberdade de expressão e a democracia!

Minhas Senhoras e meus Senhores, o ponto de partida é bastante simples. A liberdade de expressão – e ela inclui, claro, a liberdade de imprensa – é crucial para a nossa democracia. O Tribunal Constitucional Federal já o formulara acertadamente, em 1958, na famosa “Decisão de Lüth”³:

Cito:

O direito fundamental à livre manifestação da opinião é, como expressão direta da personalidade humana na sociedade, um dos direitos humanos mais preciosos (*un des droits les plus précieux de l’homme*, conforme artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ele é, por excelência, constitutivo de uma ordem de Estado liberal democrática, pois permite, antes de tudo, o debate intelectual permanente, o conflito de opiniões, que é o seu elemento vital (BVerfGE v.5, p.85 [205]). Ele é, em certo sentido, o fundamento de toda liberdade, “*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*” (Cardozo)⁴.

Ao menos dois pontos evidenciam-se aqui. Primeiro: o direito à livre manifestação da opinião origina-se diretamente da personalidade humana. Quem, como a Lei Fundamental alemã, leva a sério a personalidade de cada indivíduo não pode contorná-la de forma alguma. O indivíduo no Estado democrático não é um vassalo, mas, sim, tem o direito – quero dizer, inclusive a tarefa – de influir no destino do seu país, e de fazê-lo justamente não guardando a sua opinião para si, mas compartilhando-a com os outros. E esse direito não lhe é atribuído, ele provém diretamente da sua personalidade, da sua essência como indivíduo. Eis, digamos, o aspecto subjetivo do enunciado.

3 BVerfGE (coletânea de acórdãos do Tribunal Constitucional Federal) v. 7, p. 198-230.

4 BVerfGE v.7, p. 198 <208>.

Cito-o novamente:

O direito fundamental à livre manifestação da opinião é, como expressão direta da personalidade humana na sociedade, um dos direitos humanos mais preciosos [...]. Ele é, por excelência, constitutivo de uma ordem de Estado liberal democrática, pois permite, antes de tudo, o debate intelectual permanente, o conflito de opiniões, que é o seu elemento vital [...]⁵.

Nesse direito reside, porém, ainda um segundo aspecto, objetivo; ou seja, um compromisso com o valor dos debates intelectuais em si, com o valor do conflito de opiniões. Democratas estão convictos de que, por via do debate intelectual, pelo conflito de opiniões – do qual cada um e cada uma pode participar –, somente desse modo, as melhores soluções para os nossos problemas podem ser encontradas. Talvez, venhamos a admitir, nem sempre as soluções mais rápidas, mas as mais resistentes. Além disso – o que também é importante –, por via pacífica.

Essa grande importância da liberdade de expressão para os nossos Estados, constituídos de forma liberal democrática, reflete-se em suas manifestações jurídicas positivas. Perdoem-me agora, por favor, a visão europeia. Nós, alemães, nos entendemos como parte da associação constitucional europeia. E, nesse contexto, encontramos o direito à liberdade de expressão não apenas no artigo 5º da Lei Fundamental alemã e em dispositivos correspondentes de outras nações europeias, mas também no artigo 11 da Carta de Direitos Humanos da União Europeia e no artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Minhas Senhoras e meus Senhores, garantias jurídicas não devem ficar apenas no papel. Elas devem realmente produzir efeitos. Para assegurar isso, tribunais independentes são necessários. Tribunais aos quais possa recorrer quem se sentir lesado em seu direito. Tribunais aos quais possa recorrer qualquer um que queira defender o seu direito contra contestações. E os tribunais são particularmente requisitados no que se refere à liberdade de expressão e imprensa. Já o demonstra o volume quase incontável de decisões judiciais relacionadas à liberdade de expressão e imprensa e sua abrangência: decisões cíveis, decisões penais, decisões administrativas, em nível nacional, mas também decisões de tribunais supranacionais, como o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Logo, é o terceiro Poder, o Judiciário, que molda, em larga medida, o teor e a abrangência da liberdade de expressão. Tribunais são juízes de arbitragem indispensáveis no conflito de opiniões – quanto ao seu teor, evidentemente – de maneira neutra, como cabe a um bom juiz de arbitragem. Portanto, uma Justiça independente é essencial para a nossa cultura democrática.

No entanto, o grande número de decisões judiciais sobre a liberdade de expressão também revela que o exercício desse direito pode resultar em conflitos. E é claro que mesmo a liberdade de expressão não está garantida irrestritamente. O artigo 5º, § 3º, da Lei Fundamental alemã até contém uma expressa reserva legal. Ele estabelece que o direito à livre manifestação da opinião encontra limites nas disposições das leis gerais, nos preceitos legais sobre a proteção da juventude e no direito à honra pessoal. No âmbito do debate político, relevante é justamente o direito à honra pessoal ou talvez, de modo mais amplo, o direito geral da personalidade. Afinal, conflitos políticos de opinião são travados às vezes de forma

5 BVerfGE v.7, p. 198 <208>.

aguerrida. Eles também podem atingir a esfera pessoal – o que nem sempre se consegue evitar. Então é importante que os tribunais encontrem o equilíbrio certo, já que uma proteção insuficiente do direito geral da personalidade pode igualmente suscitar problemas para a democracia. Por exemplo, quando um número cada vez menor de pessoas se dispõe a assumir responsabilidade política por receio de sofrer ataques pessoais. Na Alemanha, vemos tais tendências, sobretudo, mas não exclusivamente, na esfera política municipal.

Liberdade de expressão e direito geral da personalidade são, ambos, garantias pertinentes a direitos fundamentais de nível constitucional. E, por isso, o modo de atuação dos tribunais na busca por um equilíbrio entre os dois bens constitucionais no caso concreto também está determinado na Constituição. É preciso ressaltar: o modo de atuação, não o resultado. A Primeira Câmara da nossa Primeira Turma⁶ voltou a sintetizar recentemente, em janeiro, os respectivos princípios. Uma mulher havia feito duras críticas a um advogado e, por essa razão, recebido uma pena pecuniária por injúria. Com o recurso constitucional, ela pretendia obter a suspensão dessa sentença. Justificativa: a condenação violaria a sua liberdade de expressão. Ela conseguiu. A Câmara concordou com essa alegação. Porém, o que nos interessa aqui não é tanto o caso concreto. Mais interessante são as etapas de apreciação constitucionalmente previstas, que a Câmara reiterou nesse caso. Gostaria de abordar duas delas.

No primeiro passo, as Cortes devem avaliar se a manifestação em questão realmente se insere no campo de proteção do artigo 5º, § 1º, da Lei Fundamental. É um campo amplo. O artigo 5º, § 1º, protege qualquer disseminação de opiniões e, em princípio, também a disseminação de fatos, sem levar em conta o meio de comunicação usado para tal. Nesse nível de apreciação, é irrelevante se a manifestação afeta a honra de outra pessoa. Declarações formuladas de modo polêmico ou ofensivo também se enquadram no campo de proteção da liberdade de expressão. Se a manifestação em pauta se inserir no campo de proteção da liberdade de expressão e for proibida ou punida, configura-se uma intervenção em um direito fundamental, a qual deve ser justificada.

Em um segundo passo, por via de regra, isso exige uma ponderação do caso concreto, uma ponderação entre as perdas iminentes para a liberdade de expressão, por um lado, e o direito geral da personalidade, por outro. Somente se, após essa ponderação, a balança não pender a favor da liberdade de expressão, uma proibição ou punição da declaração é cogitada. Um outro aspecto muito importante nessa ponderação é indagar se a manifestação diz respeito apenas a um conflito privado, voltado à consecução de interesses próprios, ou se faz uso da liberdade de expressão no contexto de uma questão que comove substancialmente a opinião pública. É verdade que mesmo declarações em mero proveito pessoal não estão excluídas da liberdade de expressão. Entretanto, de acordo com a jurisprudência, especialmente a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, contribuições para a formação da opinião pública têm maior peso. O Tribunal Constitucional Federal até mesmo afirma: "Caso a manifestação polêmica constitua uma contribuição para a formação da opinião pública, a presunção será a favor da liberdade da fala".

6 Decisão de 16.01.2025 – Processo 1 BvR 1182/24, juris.

7 BVerfGE v. 7, p. 198 <212>; v. 61, p. 1 <11>; v. 93, p. 266 <294 s.>; jurisprudência dominante.

Portanto, os tribunais fortalecem ainda mais a liberdade de expressão quando se trata da sua importância para a democracia!

Contudo, o Tribunal Constitucional Federal também afirmou que uma ponderação na qual seja atribuído maior peso a declarações no contexto político só pode ocorrer no caso comum. A exceção também foi reconhecida: manifestações que se mostrem como ataque à dignidade humana, injúria formal ou insulto⁸. Elas podem ser punidas sem essa ponderação. No confronto de opiniões, é preciso, sim, tolerar também ataques pessoais. No entanto, se a manifestação objetiva passar inteiramente para o segundo plano e o que importar for unicamente a deprecição pessoal, unicamente a difamação de outra pessoa, atingem-se limites. Quero dizer: isso também visa à proteção dos valores democráticos. Pois um confronto construtivo sobre a opinião correta na questão se torna impossível se a outra parte passa apenas a sofrer difamação pessoal. Mas é preciso deixar claro: essa é a exceção absoluta. Há grandes obstáculos!

Minhas Senhoras e meus Senhores, seguem-se três casos concretos da Alemanha:

*Primeiro caso*⁹

Trata-se de uma ação penal que tramitou em um pequeno *Amtsgericht* alemão, um Tribunal de Comarca, ou seja, na primeira instância. Apesar disso, despertou grande atenção:

O réu, um empresário, havia instalado uma placa no seu terreno que mostrava quatro políticos muito conhecidos na Alemanha, do partido BÜNDNIS 90/Die Grünen (Aliança 90/Os Verdes), distorcidos satiricamente. Da esquerda para a direita: o ministro da Agricultura e Alimentação, Cem Özdemir, com uma cenoura saindo da orelha; a então copresidente do partido, Ricarda Lang, sobre um rolo compressor; o ministro da Economia e Ação Climática e vice-primeiro-ministro, Dr. Robert Habeck, com bolsos vazios, virados para fora; e a ministra das Relações Exteriores, Annalena Baerbock, como uma criança. Acima deles, a frase: "Nós acabamos com tudo". Abaixo, uma suposta citação do Dr. Robert Habeck: "Sempre achei o amor à pátria um nojo". A ministra das Relações Exteriores apresentou uma representação penal por injúria. O Ministério Público requereu um mandado de prisão contra o réu, que inicialmente foi expedido pelo Tribunal da Comarca. O réu contestou-o. Houve a audiência. E, neste caso, o réu foi absolvido.

A Justificação do Tribunal da Comarca¹⁰, em síntese foi: o direito fundamental da liberdade de expressão permitiria essa forma de representação, que seria uma manifestação de opinião. O alvo da crítica seria a política de Os Verdes. E nós lembramos: seja o cartaz polêmico ou ofensivo, isso não tem relevância alguma para a sua classificação em termos de manifestação de opinião. Manifestações polêmicas ou desonrosas também são contempladas pelo

8 BVerfGE v. 82, p. 43 <51>; v. 85, p. 1 <16>; v. 90, p. 241 <248>; v. 93, p. 266 <293 s.>; v. 99, p. 185 <196>; decisão da Primeira Câmara da Primeira Turma de 16.01.2025 – Processo 1 BvR 1182/24, n. de margem 21, juris; jurisprudência dominante.

9 Cf. *Amtsgericht* (AG) Miesbach, sentença de 21.03.2024 – Processo 62 Cs 11 Js 36474/23, juris.

10 *Amtsgericht* Miesbach, sentença de 21.03.2024 – Processo 62 Cs 11 Js 36474/23, juris, n. de margem 18 ss.

direito fundamental da liberdade de expressão. Um insulto, no qual, excepcionalmente, o conflito sobre a questão não mais ocupasse o primeiro plano – recordemos: então, exclui-se a ponderação – não estaria configurado. E agora a ponderação: o direito da personalidade dos políticos retratados, evidentemente também afetado, se sobrepuja aqui ao justo interesse do réu na manifestação da sua opinião de forma concreta? Não! Dois aspectos destacados pelo Tribunal da Comarca no caso: em primeiro lugar, tratava-se de críticas a políticos de alto escalão, que deveriam tolerar muito mais do que pessoas físicas ou políticos locais – um entendimento que também é defendido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pelo Tribunal Constitucional Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, em jurisprudência dominante. E, em segundo lugar: faz parte exatamente do direito à liberdade de expressão que críticas possam ser manifestadas não apenas de forma objetiva, criteriosa, mas também infundada, contundente, polêmica e exacerbada.

Minhas Senhoras e meus Senhores, não considero essa decisão vinculante. Fico – expressando-o com cautela – até surpreso que a colocação do cartaz tenha resultado em um mandado de prisão, porque a conduta denunciada era, a meu ver, claramente legítima. Tratava-se de uma manifestação no cerne do conflito político. E eu afirmo isso, embora estime muito, pessoalmente, os políticos atacados e não ache o cartaz de muito bom gosto. Mas não é disso que se trata.

*Segundo caso*¹¹

Refere-se a uma das primeiras causas que tive de examinar no Superior Tribunal de Justiça. Antes de ser escolhido para o Tribunal Constitucional Federal, atuei durante nove anos em uma turma cível do Superior Tribunal de Justiça. Segue-se o caso.

Estamos no ano de 2012. Em Berlim, três casais se reúnem em uma churrascaria. A princípio, nada de especial, pode-se dizer. Porém, é especial para uma revista sensacionalista. Por quê? Não eram quaisquer casais que ceavam juntos, mas o então ministro alemão das Relações Exteriores e duas das maiores estrelas da televisão, com os respectivos parceiros. Uma dessas estrelas comandava, à época, o *talk show* político de maior sucesso da televisão alemã; a outra tinha acabado de perder um grande programa de sábado à noite. Um chamado *paparazzo* fez fotos do grupo à mesa, através da janela fechada do restaurante. E, no dia 2 de maio de 2012, estava estampado na revista: "O PERFEITO JANTAR VIP PRIVADO – Depois do FIM do seu programa, apresentador circula por Berlim". Abaixo seguia-se um relato que basicamente descrevia quem estava presente e o que estavam comendo. Acompanhando, uma foto do grupo à mesa.

Um dos VIPs envolvidos defendeu-se contra essa reportagem. E teve ganho de causa. A honra, na verdade, não foi atingida neste caso; um encontro em um restaurante não afeta a honra. Afetados foram o direito à própria imagem e à privacidade – da mesma forma, bens tutelados do direito geral da personalidade consagrado na Constituição. Aqui, também, a ponderação entre, por um lado, a liberdade de expressão e, por outro, o direito da

11 Cf. Landgericht (LG) Köln, sentença de 21.11.2012 – Processo 28 O 328/12, juris; Oberlandesgericht (OLG) Köln, sentença de 06.08.2013 – Processo 15 U 209/12, juris; Bundesgerichtshof (BGH), decisão de 09.12.2014 – VI ZR 418/13, não publicado (recurso contra inadmissibilidade desprovido).

personalidade. E, aqui, prevaleceu o direito da personalidade. Argumento decisivo: não havia um interesse público de informação a respeito do encontro privado e dos pratos consumidos. O artigo não versava sobre um assunto de interesse público. Aliás, isso poderia talvez ser facilmente modificado. Vamos imaginar, por um instante, que a revista sensacionalista não tivesse, basicamente, relatado sobre a comida consumida, mas se concentrado em questionar se a amizade aparentemente existente entre o ministro das Relações Exteriores e o grande apresentador de política traria vantagens ao político no programa de debate – a reportagem teria sido, talvez, legítima. Pois, com certeza, teria sido possível discutir se não haveria aí um considerável interesse público de informação. Neste caso, também teriam sido levantadas questões relativas ao conflito democrático de opiniões.

Terceiro caso

Cuida-se de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal¹². O contexto: há cerca de dez anos, surgiu uma controvérsia na Alemanha a respeito do posicionamento de um partido político sobre a pedofilia nos anos 1980, a fase inicial desse partido. Em meio à discussão, um artigo de um *blog* no Facebook tratava da nossa reclamante, uma política que até hoje é membro desse partido, e de uma declaração supostamente dada por ela em maio de 1986. A postagem no *blog* recebeu muitos comentários, entre eles: "Baranga pedófila"; "A velha não bate bem da cabeça mesmo, ela é oca como uma cebolinha, só resta [...]"; "Nossa... Como você é doente da cabeça!!!"; "Ela é doente mental"; "Eu seria capaz de amassar a cara dessas pessoas por essas declarações"; "Trancafie essa mulher doente, ela não sabe mais o que está dizendo"; "Eles são todos muito doentes da cabeça"; "Cérebro amputado"; "Mulher doente"; "Ela queria ser a maior esperta, porcaria pedófila".

A reclamante exigia que o Facebook informasse os dados dos autores dos comentários. Tal informação requer uma ordem judicial que, segundo a legislação então vigente, somente poderia ser expedida se fosse necessária para atender a pretensões na esfera cível em decorrência da violação de direitos plenamente tutelados. Tribunais de Berlim o negaram. A justificativa, resumida: não se trataria, nesses comentários, de difamações e, portanto, nem de injúrias no sentido do Direito Penal. O Tribunal Constitucional Federal suspendeu essas decisões. Por quê? Os tribunais de Berlim tinham deixado a desejar. Eles não haviam seguido corretamente o protocolo de análise prescrito na Constituição. O fato de não haver difamação ou mero insulto nas manifestações não significa automaticamente que sejam lícitas. Porque, como exposto, no caso concreto deve haver a ponderação entre liberdade de expressão e direito geral da personalidade. Tal ponderação inexistiu. O Tribunal Constitucional Federal deixou em aberto qual deveria ser o seu resultado. Como eu já disse: o resultado dessa ponderação – diferentemente do processo de ponderação em si – não está, em todo o caso, obrigatoriamente determinado pela Constituição! Aqui, certamente deveria ser considerado mais uma vez, no que concerne à liberdade de expressão, o fato de o tema da pedofilia e o antigo posicionamento de uma política a respeito causarem profunda comoção na opinião pública. Quanto ao direito da personalidade, por sua vez,

12 Decisão da Segunda Câmara da Primeira Turma de 19.12.2021 – Processo 1 BvR 1073/20, juris.

caberia considerar que algumas das declarações citadas são, sem dúvida, extremamente desonrosas, já a começar pelo vocabulário escolhido.

Minhas Senhoras e meus Senhores, a liberdade de expressão é um bem imprescindível para democracias. O direito à liberdade de expressão, contudo, não é um direito tutelado de forma absoluta. Ele poderá colidir com outros direitos e bens constitucionais, por exemplo, com o direito geral da personalidade. Nesse ponto, cumpre encontrar um equilíbrio no caso concreto. Se daí decorre um litígio, ele é da competência dos tribunais no Estado de Direito; quero dizer: isso funciona bastante bem no nosso país, com base no sistema descrito. Mas não impede que decisões judiciais também sejam passíveis de críticas no caso específico.

Para concluir, talvez ainda uma breve observação sobre aqueles, como o vice-presidente americano, que insistem em afirmar que a liberdade de expressão estaria em risco na Alemanha. Ou eles ignoram que a liberdade de expressão também é apenas um bem constitucional entre muitos – ainda que, evidentemente, de especial importância – ou, o que também se observa constantemente, entendem equivocadamente a liberdade de expressão. Naturalmente, a liberdade de expressão não significa que a manifestação da própria opinião deve ser tolerada pelos outros sem críticas. Ao contrário: cada um pode manifestar a sua opinião, mas, por sua vez, deve tolerar ser criticado por expressar a sua opinião – até mesmo severamente criticado! Na Alemanha, em todo o caso, penso ter observado o seguinte: quem esbraveja que não teria direito a dizer a sua opinião – aliás, justamente ao fazê-lo – já comete um equívoco por achar que não deveria ser criticado pela manifestação da sua opinião. Isso não faz parte do teor da garantia da liberdade de expressão. Na verdade, seria exatamente o seu oposto!

Muito obrigado!

EXPLORANDO FRONTEIRAS JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO DIREITO À LIBERDADE: DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS COM O MINISTRO ALEMÃO THOMAS OFFENLOCH¹

Pedro Rubim Borges Fortes

Doutor em Direito pela Universidade de Oxford. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Master of Laws (LL.M.) pela Harvard Law School. Master of Juridical Science (J.S.M.) pela Stanford Law School. Bacharel em Administração pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pós-Graduado em Meio Ambiente (M.B.E.) pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito e Desenvolvimento do Programa de Mestrado da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Promotor de Justiça Ministério Público do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

As histórias da Alemanha e do Brasil se cruzam, tratando-se de duas nações que possuem relações extremamente intensas devido aos dois séculos de imigração de alemães para o Brasil, o que ampliou o nosso intercâmbio cultural e estabeleceu um canal permanente de troca de ideias entre brasileiros e alemães. Em um período em que novamente temos uma situação extraordinária de guerra na Europa, como salientado pelo ministro Thomas Offenloch em seu trabalho (2025), torna-se importante valorizar o contraponto de uma extraordinária relação de cordialidade e de relações internacionais de amizade históricas, tal como é o caso entre a Alemanha e o Brasil. Exemplo pródigo advém da relação entre a migração alemã para o Brasil e a fundação da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, na medida em que o seu fundador, o professor Luiz Frederico Sauerbronn Carpenter, era neto de um dos primeiros imigrantes alemães para o Brasil, Friedrich Oswald Sauerbronn, o primeiro pastor protestante na América do Sul, para onde se mudou em 1824 (Calmon, 1945).

O presente artigo tem como ponto de partida a visita acadêmica realizada por um grupo de juristas alemães ao Brasil e, mais especificamente, à Escola Superior do Ministério Público da União para estabelecer um diálogo constitucional com o ministro Alemão Thomas Offenloch, explorando fronteiras jurídicas entre o público e o privado no direito à liberdade. Em sua apresentação de trabalho durante a visita acadêmica de fevereiro de 2025, o ministro Thomas Offenloch apresentou uma importante reflexão sobre o papel do Tribunal Constitucional da Alemanha com relação à defesa da democracia e do direito fundamental à liberdade (Offenloch, 2025).

1 O presente artigo foi elaborado no contexto da visita de dois Ministros do Tribunal Constitucional da Alemanha, Magistrada Rhona Fetzter e do Magistrado Thomas Offenloch, a Brasília e ao Rio de Janeiro, em fevereiro de 2025, quando participaram de eventos acadêmicos e apresentaram palestras na Escola Superior do Ministério Público da União e no Centro Cultural da Procuradoria-Geral do Estado no Rio de Janeiro. Por ocasião da apresentação do Magistrado Thomas Offenloch, tivemos a oportunidade de atuar como debatedor de sua palestra, elaborando comentários e questões para a sua reflexão, que foram então transformadas no presente artigo para que o debate seja registrado e tornado acessível para o grande público através da publicação na Revista da Escola Superior do Ministério Público.

O presente artigo pretende problematizar os contornos do debate proposto por ele, através da apresentação de casos geradores distintos que se situam em uma outra dimensão da questão, tendo transposto a fronteira entre o privado e o público, de maneira que a solução jurídica para a questão se transforma de modo significativo (Fortes; Kampourakis, 2019). Em termos de questão-problema, o presente artigo pretende explorar o seguinte ponto: como o posicionamento de um caso jurídico em lados distintos das fronteiras jurídicas entre o público e o privado influencia a proteção do direito fundamental à liberdade?

O presente artigo é original, pois consiste em produto de um debate recente e realizado durante a visita acadêmica de juristas alemães ao Brasil nesse ano de 2025, ainda não tendo sido publicado em nenhum periódico jurídico brasileiro ou internacional. O estudo é relevante para a nossa reflexão sobre teoria constitucional e sobre direito constitucional comparado, contribuindo para a literatura sobre a eficácia dos direitos fundamentais, a proteção à democracia constitucional e a defesa do direito à liberdade.

A estrutura do artigo é a seguinte: além desta introdução, a seção 1 irá apresentar sucinatamente os argumentos jurídicos e os casos concretos apresentados pelo ministro Alemão Thomas Offenloch em seu trabalho. A seção 2 apresentará nuances que desvelam outra dimensão da questão sobre as fronteiras jurídicas dos limites da comunicação. A seção 3 irá explorar ainda o tema das fronteiras jurídicas, refletindo sobre os limites entre o espaço privado e o espaço público. A última irá apresentar as considerações finais.

1 A DEFESA DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em sua palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público da União em Brasília e no Centro Cultural da Procuradoria-Geral do Estado no Rio de Janeiro, o ministro Thomas Offenloch mencionou o direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de imprensa como centrais para a democracia constitucional alemã, referindo-se ao icônico caso Lüth (Offenloch, 2025). Trata-se de um caso inevitavelmente considerado como parte integrante do cânone de direito constitucional comparado, visto que se cuida de uma decisão convencionalmente considerada como um marco do constitucionalismo global, que indica um modo normativo relevante de raciocinar sobre o constitucionalismo e nos ensina a cultivar uma perspectiva instrumentalmente útil sobre como aplicar a constituição (Law, 2025). Ao se referir a um conjunto de decisões judiciais particulares, doutrinas, instituições e exemplos ou espécimes de fenômenos variados, o caso Lüth emerge invariavelmente como uma decisão icônica que integra o cânone dos materiais obrigatórios que um constitucionalista deve conhecer (Law, 2025).

Não por acaso, nossos principais constitucionalistas também adotam as lições extraídas do caso Lüth para explicar o fenômeno da constitucionalização do direito. Por exemplo, Luís Roberto Barroso explica que Erich Lüth teve assegurado seu direito de convocar um boicote ao filme de Veit Harlan, cineasta ligado ao regime nazista, porque o Tribunal Constitucional Alemão considerou que a regra do Código Civil que vedava manifestação atentatória aos bons costumes estava em dissonância com o direito fundamental à liberdade de expressão (Barroso, 2025). Para Barroso, trata-se do primeiro grande precedente a definir que as "normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito,

público ou privado, e vinculam os poderes estatais” (Barroso, 2025). Na visão do renomado constitucionalista, tal decisão foi o ponto de partida para uma verdadeira revolução de ideias e para a constitucionalização do direito civil, que teve uma série de normas invalidadas e moldadas em conformidade com a Constituição (Barroso, 2025).

No direito constitucional brasileiro, a constitucionalização do direito civil é marcada por uma série de mudanças radicais de paradigmas interpretativos, que incluem a ideia da função social da propriedade e do contrato, a proteção do consumidor, a igualdade entre cônjuges e entre filhos, a boa-fé e o efetivo equilíbrio contratual (Barroso, 2025). Em contraste com a visão clássica do direito constitucional estadunidense, que tradicionalmente prevê a existência de efeitos verticais da Constituição com relação aos atos públicos infra-constitucionais, o caso *Lüth* também inova através do reconhecimento da possibilidade de efeitos horizontais do direito constitucional com relação às relações privadas entre particulares (Michelman, 2003). Essa transformação de perspectiva da relação entre o direito constitucional e o direito civil também foi decisiva para a construção da Escola de Direito Civil-Constitucional no Brasil, especialmente pela valorização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (Tepedino, 2000).

Em termos mais específicos de casos concretos, o ministro Thomas Offenloch nos brindou com exemplos de decisões interessantes proferidas no exercício da jurisdição constitucional da Alemanha. O primeiro caso tratou de um cartaz satírico com críticas dirigidas a políticos alemães, tendo sido discutido se o conteúdo humorístico das expressões poderia ensejar um eventual processo penal (Offenloch, 2025). O segundo caso dizia respeito à divulgação em meios de comunicação da Alemanha de um jantar em um restaurante de um jornalista e um político alemão, tendo sido discutido se existiria interesse público a justificar a divulgação ampla de um encontro privado pela imprensa (Offenloch, 2025). O terceiro caso dizia respeito a uma série de comentários negativos expostos com relação a uma política nas redes sociais, tendo-se discutido se estaríamos diante de expressão difamatória proibida ou livre nos termos da Constituição (Offenloch, 2025).

A conexão dos direitos fundamentais relativos à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa com a democracia é evidente. Não por acaso, os governantes políticos com projetos autoritários e de desconstrução da ordem constitucional pavimentam o caminho para a erosão do Estado Democrático de Direito através da redução da liberdade de imprensa e de expressão (Chilton; Versteeg, 2020). O primeiro alvo de Vladimir Putin na Rússia foi a rede independente de televisão NTV, que sofreu com investigações da receita federal e acusações criminais, vindo a ser vendida para uma outra rede de televisão estatal e ficando sob o controle direto do governo russo (Chilton; Versteeg, 2020). Com a mudança da programação e de uma orientação favorável ao governo, muitos jornalistas pediram demissão e se transferiram para a outra rede de televisão independente – TV-6 –, que também viria a ser controlada pelo governo russo menos de um ano após a posse de Vladimir Putin, acabando com a imprensa livre no país (Chilton; Versteeg, 2020). Em seguida, o governo aprovaria legislação restringindo discurso “extremista”, reintroduzindo a criminalização de certos discursos e buscaria também controlar o protesto e a expressão proferida na internet e nas mídias sociais (Chilton; Versteeg, 2020).

Outro exemplo pródigo diz respeito à liberdade de imprensa e de expressão na Polônia. Após a vitória legislativa, em outubro de 2015, do Partido do Direito e da Justiça – *Prawo i Sprawiedliwość* ou PiS –, um partido populista de direita, o novo governo buscou obter o controle dos meios de comunicação através de chamadas com questionamentos sobre a programação e com uma estratégia de intimidação para causar uma autocensura aos jornalistas (Chilton; Versteeg, 2020). Apenas alguns meses após a posse do novo governo, foi aprovada uma legislação que permitia que o Ministério das Finanças contratasse e demitisse livremente os chefes das rádios estatais e das estações de televisão, o que representava uma clara violação à independência das emissoras e às atribuições do órgão constitucional de proteção da liberdade de expressão – o Conselho Nacional Independente das Emissoras de Rádio e Televisão –, a quem cabiam essas nomeações das chefias dos meios de comunicação (Chilton; Versteeg, 2020).

A nova legislação causou um impacto imediato e profundo, tendo resultado na saída de 225 jornalistas dos meios de comunicação em 2016, merecendo registro especial a suspensão imposta ao popular comentarista esportivo Tomasz Zimoch pelo fato de ter criticado o PiS como sendo “pior do que sob o regime comunista” (Chilton; Versteeg, 2020). Além do controle dos meios de comunicação e de o noticiário jornalístico ter-se tornado em geral pró-governo, o PiS também mobilizou uma série de legislações relativas à difamação e ao desacato, exigindo a sua aplicação para a punição dos críticos ao governo, o que levou a uma profunda erosão da liberdade de expressão na Polônia (Chilton; Versteeg, 2020).

Um aspecto importante do debate sobre a democracia é que se trata de um conceito essencialmente contestado, já que sua própria definição carrega uma agenda política, social e moral (Crick, 2002; Fortes, 2023). Aliás, diante da complexa discussão conceitual, Giovanni Sartori inicia seu tratado sobre a teoria da democracia com a provocação de que talvez estejamos vivendo uma era da democracia confusa e nos indaga sobre se a democracia pode ser qualquer coisa (Sartori, 1994). O aprofundamento do debate conceitual nos remete a uma série de concepções diferentes da democracia, tal como a teoria competitiva de Joseph Schumpeter, que enfatiza o seu caráter procedimental e o método de um arranjo institucional que possibilita aos indivíduos tomar as decisões políticas após sagrarem-se vencedores em uma luta competitiva realizada através do voto do povo (Schumpeter, 2013). Em contraste com essa concepção, existe uma tradição de pensamento democrático que enfatiza o papel das associações no processo de deliberação política, cujas origens podem ser traçadas nas observações de Alexis de Tocqueville sobre a democracia estadunidense e cuja versão contemporânea pode ser identificada com a teorização da democracia como uma poliarquia, conforme o magistério de Robert Dahl (2008).

Particularmente relevante para o contexto contemporâneo tanto no Brasil quanto na Alemanha é a concepção de democracia militante (Loewenstein, 1937a, 1937b). Tal concepção de democracia foi desenvolvida pelo jurista alemão Karl Loewenstein no contexto da ascensão ao poder de regimes totalitários na Europa na década de 1930 e preconiza justamente a necessidade de a democracia ser proativa na defesa do próprio Estado Democrático de Direito (Loewenstein, 1937a, 1937b). A tese de Karl Loewenstein é de que a legislação nos países democráticos deve estabelecer uma série de medidas restritivas antitotalitárias que impeçam a ascensão de partidos políticos totalitaristas ao poder justamente para proteger a própria democracia (Loewenstein, 1937a, 1937b).

Uma curiosidade interessante é que o jurista alemão também estudou o direito constitucional brasileiro durante o regime do "Estado Novo" sob a Era Vargas, tendo estabelecido uma distinção entre totalitarismo e autoritarismo a partir das diferenças encontradas entre o regime brasileiro e os regimes nazista e fascista da mesma época (Loewenstein, 1942). Naquela mesma época, um outro pensador autoexilado que refletiu sobre idêntica questão foi o filósofo Karl Popper, que se referiu ao paradoxo da tolerância para concluir que uma sociedade tolerante deve ser intolerante com os intolerantes que pretendem justamente destruir as suas fundações democráticas liberais (Popper, 2012). Essa concepção de democracia militante é fundamental para o enfrentamento das crises contemporâneas da democracia, em que existem partidos políticos extremistas com projetos autoritários de erosão do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais no Brasil, na Alemanha e noutros países (Przeworski, 2020; Fortes, 2025).

2 EXPLORANDO AS FRONTEIRAS JURÍDICAS DOS LIMITES DA COMUNICAÇÃO

A perspectiva do ministro alemão Thomas Offenloch sobre os direitos fundamentais e a democracia pode ser revisitada a partir de uma exploração sobre as fronteiras jurídicas dos limites da comunicação. Seu trabalho nos convida a refletir sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, que merece proteção preferencial tanto no Brasil quanto na Alemanha. Aliás, os próprios exemplos práticos apresentados por esse ministro do Tribunal Constitucional Alemão evidenciam que o Poder Judiciário eventualmente precisará atuar para liberar comunicação que o governo pretenderia proibir ou para restringir comunicação em conflito com outros direitos fundamentais que é necessário proteger. Por um lado, uma sátira humorística contra políticos não deve, a princípio, ser objeto de uma proibição governamental. Por outro lado, certas comunicações jornalísticas poderão vir a ser judicialmente proibidas por violação a outros direitos fundamentais, tais como a privacidade e a honra, por exemplo.

Não parecem existir muitas dúvidas com relação aos casos fáceis, mas a questão se torna tormentosa diante dos chamados "casos difíceis", ou *hard cases*, em que se torna necessária a leitura moral da Constituição e a ponderação de princípios em busca da resposta certa no caso concreto (Dworkin, 1974, 1986). No próprio "Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Defesa da Democracia e Direitos Fundamentais", realizado na Escola Superior do Ministério Público (ESMPU) nos dias 24 e 25 de fevereiro de 2025, em que o ministro alemão Thomas Offenloch fez sua apresentação, um outro palestrante, o cientista político Fernando Schüller, fez a defesa do direito de liberdade de expressão de um humorista brasileiro conhecido como Monark, que defendeu em um podcast que os nazistas deveriam criar um partido nazista e que tal partido deveria ser protegido pela lei:

É o mesmo caso do youtuber Monark. Em uma conversa meio sem nexos, na internet, ele resolveu "achar" que qualquer agremiação política, mesmo um partido nazista, deveria ter direito à expressão. Foi o que bastou. Banimento, processo, pedido de multa milionário. Do seu jeito tosco, ele defendeu o mesmíssimo princípio consagrado no direito americano. O direito afirmado em decisões históricas, como a tomada pela Suprema Corte em 1978, autorizando uma passeata nazista em Skokie, comunidade judaica, perto de Chicago. O que o youtuber sugeriu, na prática, foi uma mudança na lei brasileira. Da qual discordo, o que é irrelevante. A pergunta

é: vivemos em um país onde os cidadãos não podem defender mudanças nas leis? Defender, por exemplo, algo similar à Primeira Emenda americana? É este o país em que nos transformamos? (Schüler, 2024).

Em primeiro lugar, a análise jurídica do cientista político Fernando Schüler é equivocada em termos descritivos, conceituais e analíticos. É necessário explicar cada uma dessas dimensões de seus equívocos. Inicialmente, é importante ressaltar que a Suprema Corte dos Estados Unidos jamais determinou que o Partido Nacional Socialista da América estava autorizado a realizar uma passeata nazista em Skokie. A leitura atenta do material relativo ao julgamento proferido em *National Socialist Party of America vs. Village of Skokie* 432 US 43 (1977) evidencia que a questão perante a Suprema Corte era meramente processual, a saber, se o Tribunal do Estado de Illinois poderia ter-se recusado a julgar o recurso de apelação do Partido Nacional Socialista da América sem discutir o mérito da questão. Portanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos não proferiu uma decisão sobre o mérito da questão e muito menos autorizou uma passeata nazista em Skokie. Logo, a análise feita por Fernando Schüler é equivocada em sua descrição.

Aliás, é importante salientar que jamais aconteceu a pretendida passeata nazista em Skokie. Após a Suprema Corte dos Estados Unidos determinar que o Tribunal de Illinois viesse a analisar o mérito da questão e o Tribunal Estadual autorizar a passeata, o Partido Nacional Socialista da América desistiu de realizar uma passeata nazista em Skokie antes que a questão fosse enfrentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Explica-se: Skokie era uma municipalidade com 70.000 habitantes, sendo cerca de 40.000 judeus e cerca de 9.000 sobreviventes do holocausto. O pedido para a realização da passeata tinha informado que o grupo de participantes teria entre 30 e 50 pessoas vestidas com uniforme nazista, incluindo faixas com suásticas e que se reuniria em frente ao prédio da Prefeitura Municipal. Em reação à passeata, um outro grupo de manifestantes antinazistas anunciou que iria se reunir no mesmo horário e local, com uma expectativa de 12.000 a 15.000 pessoas e que a potencial presença de pessoas com uniforme nazista poderia levar à violência. O próprio Prefeito Municipal de Skokie declarou que a autorização de uma passeata nazista poderia causar uma violência incontrollável. No final, o Partido Nacional Socialista da América desistiu de sua pretensão inicial diante dos claros riscos de violência. Com a sua desistência, ocorreu a perda superveniente do objeto, e a Suprema Corte dos Estados Unidos jamais julgou o mérito da questão. Como três *Justices* já tinham deliberado contrariamente ao próprio direito ao recurso do Partido Nacional Socialista da América, uma eventual decisão do mérito da questão seria provavelmente dividida, mas somente é possível especular a respeito.

Em segundo lugar, a análise é equivocada em termos de conceito, porque ocorreu uma confusão conceitual. Existem dois diferentes debates no direito constitucional, e que precisam ser analisados de forma distinta e a partir de suas premissas teóricas precisas. O primeiro debate diz respeito à proibição de partido político (*Parteiverbot*), um instituto desenvolvido pelo direito germânico e notabilizado pelas decisões do Tribunal Constitucional Alemão na década de 1950, as quais resultaram na proibição do partido nazista e do partido comunista na Alemanha Ocidental. Não por acaso, com a crise contemporânea da democracia e a ascensão política da extrema direita, o tema da proibição judicial do Partido "Alternativa

para a Alemanha" (*Alternativ für Deutschland*) voltou ao debate acadêmico, jornalístico e político, apesar de ainda não ter sido formalizado nenhum pedido de proibição da AfD no Tribunal Constitucional da Alemanha (Hailbronner, 2024). Existe, portanto, uma discussão teórica própria sobre a possibilidade de proibição de partido político, que é conexa, mas distinta da discussão sobre a liberdade de expressão.

Finalmente, em terceiro lugar, os termos da análise proposta por Fernando Schüller são equivocados porque a defesa de que deveria existir um partido nazista protegido por lei para expressar e disseminar ideias nazistas no Brasil não corresponde a uma defesa de que a liberdade de expressão no Brasil deveria ser maximizada, conforme os padrões estadunidenses. A afirmativa de que "deveria existir um partido nazista protegido por lei para expressar e disseminar ideias nazistas no Brasil" possui um conteúdo normativo específico, recomendando que uma das agremiações político-partidárias organizadas e ativas no debate público brasileiro deveria ser um partido nazista, que iria circular ideias relativas a essa ideologia em nosso debate político. A estrutura argumentativa é muito diferente de um argumento libertário de caráter generalista que defenderia que nenhum partido político deve ser proibido e que nenhuma expressão política deve ser proibida. Defender especificamente a presença ativa na política brasileira de uma agremiação política caracterizada por discurso de ódio racial e étnico e que historicamente foi responsável pelo extermínio de milhões de judeus é bem diferente de defender uma reforma constitucional que eventualmente pudesse excluir da Constituição os direitos fundamentais à privacidade, à honra e à vedação à discriminação, de modo a afastar a necessidade de ponderação da liberdade de expressão no Brasil.

No caso dos Estados Unidos, tendo em vista a proteção quase absoluta dada à liberdade de expressão pela Primeira Emenda da Constituição, não existe ponderação de interesses e nem aplicação da proporcionalidade para proteger também a privacidade, a honra e se evitar a discriminação. Laurence Tribe, professor emérito da Harvard Law School e um dos principais intérpretes da Constituição dos Estados Unidos, considera que a aplicação da ponderação seria uma "ladeira escorregadia" (*slippery slope*), pois permitiria a proibição de expressões que os magistrados não aprovarem, quando seria mais adequado que existissem testes com critérios bem claros para as reduzidas situações em que certas formas de expressão poderiam ser proibidas (Tribe, 1978).

Uma das raras potenciais fontes de restrição à comunicação diz respeito a expressões que podem servir como instrumento para a prática de violência física e que violam o teste constitucional para reconhecer a existência de risco concreto de "perigo claro e imediato" (*clear and immediate danger*). Não por acaso, o termo do debate proposto no caso da controvérsia Skokie era se uma passeata nazista causaria um risco concreto de "perigo claro e imediato" e de violência física generalizada entre os membros do Partido Nacional Socialista da América e os manifestantes antinazistas. Além disso, discutia-se se no contexto de um município com grande população judaica e milhares de sobreviventes do holocausto, a exibição de faixas com a suástica poderia ser considerada como "palavras de convite a luta" ou "*Fighting words*". A arquitetura normativa da comunicação nos Estados Unidos também possui suas fronteiras jurídicas, mas os limites da comunicação são bem diferentes dos do Brasil.

Por outro lado, no direito constitucional brasileiro existem precedentes que reconhecem a possibilidade de realização de passeatas para transformar a legislação. Em resposta à pergunta colocada pelo cientista Fernando Schöler sobre se vivemos em um país onde os cidadãos não podem defender a mudança das leis, nós precisamos lembrar que o Supremo Tribunal Federal tem decidido de modo consistente no sentido de que grupos de pessoas podem se reunir para participar de uma passeata em defesa da descriminalização das drogas na chamada "marcha da maconha". Em uma decisão unânime datada de 2011, o plenário do STF considerou que os direitos fundamentais de livre associação e de liberdade de expressão autorizavam a realização dessa passeata para postular a descriminalização da comercialização e uso de uma substância entorpecente.

Por sua vez, será que o STF deveria admitir a realização de toda e qualquer passeata com postulações de descriminalização? Mais especificamente, deveria o STF admitir a realização de uma passeata nazista com uma postulação de descriminalização do genocídio? Ou deveria o STF admitir a realização de uma passeata racista com uma postulação de descriminalização da escravidão? A rigor, a resposta negativa se impõe, na medida em que nenhuma dessas pretensões seria uma genuína pretensão de se contribuir com o debate público e para o mercado livre de ideias, com uma propositura de mudança de leis. Em verdade, seriam manifestações de discurso de ódio étnico-religioso e racial disfarçadas por uma roupagem formal de uma pretensão de transformação legislativa. No Brasil, a expressão discriminatória é proibida e pode configurar um crime, tal como definido no conhecido julgamento do caso Elwanger pelo STF em 2003.

A questão das fronteiras jurídicas da comunicação também nos remete a uma necessária reflexão sobre os limites do humor. Não restam dúvidas de que a sátira contra as autoridades políticas deve ser permitida, e não proibida, tal como exemplificado pelo julgamento do Poder Judiciário alemão mencionado pelo ministro alemão Thomas Offenloch em sua apresentação. No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, também é possível mencionar uma decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade datada de 2010, em que o STF considerou inconstitucional a norma legal que proibia sátiras e programas que ridicularizassem candidatos políticos no período dos três meses anteriores à data das eleições, por se tratar de uma violação ao direito fundamental à liberdade de expressão.

Por outro lado, isso não significa necessariamente que exista uma liberdade absoluta para toda e qualquer manifestação humorística e que não exista nenhum limite para as expressões proferidas por um humorista no palco durante uma apresentação de um programa humorístico ou mesmo de uma sessão de improviso em uma comédia *stand-up*. A partir da doutrina desenvolvida pelo Professor Adilson Moreira da FGV Direito SP, expressões humorísticas de cunho racista têm sido consideradas ofensivas, discriminatórias e proibidas, caracterizando-se como "racismo recreativo", isto é, manifestações discriminatórias, ofensivas e lesivas disfarçadas pela forma de piadas (Moreira, 2019). O tema será enfrentado em breve pelos tribunais superiores brasileiros a partir do processo penal contra o humorista Léo Lins, condenado criminalmente a oito anos e três meses de prisão pela Justiça Federal de São Paulo devido a piadas de cunho racista e discriminatório.

3 EXPLORANDO AS FRONTEIRAS JURÍDICAS DOS LIMITES DE ESPAÇO PÚBLICO OU PRIVADO

O Ministro Thomas Offenloch também apresentou um outro estudo de caso interessante sobre o tratamento jurídico dado a uma comunicação entre um político e um jornalista na Alemanha. Em contraste com a sátira humorística contra políticos que não deveria ser objeto de proibição governamental, em sua perspectiva, as comunicações jornalísticas de questões eminentemente privadas podem ser judicialmente proibidas por violação a outros direitos fundamentais, tais como a privacidade e a honra, por exemplo. Nesse sentido, uma reportagem jornalística com registros fotográficos que tornaram público um longo jantar em um restaurante entre um importante jornalista político e um conhecido político alemão foi considerada pelo Poder Judiciário como sendo uma questão eminentemente privada e que não poderia ser exposta publicamente para o grande público da sociedade germânica. Portanto, a publicação da reportagem por um tabloide e a divulgação das fotografias feitas por paparazzi foram proibidas judicialmente pelo Poder Judiciário alemão.

Trata-se de um caso extremamente interessante porque as premissas podem ser problematizadas e podemos explorar as fronteiras jurídicas do espaço público ou privado a partir da reflexão sobre o caráter do conteúdo informacional. Por um lado, não resta dúvida que informações sobre as comidas e bebidas consumidas são questões de caráter privado e que não seriam, a princípio, do interesse público. Por outro lado, não parece uma questão privada a informação sobre uma possível proximidade entre um político e um jornalista e mesmo de uma eventual amizade entre uma pessoa que se lança como candidato em processos eleitorais competitivos e um profissional que deveria também submeter o político a questionamentos críticos. Portanto, dependendo da perspectiva do intérprete sobre o caráter do conteúdo informacional, uma determinada informação pode ser considerada pública ou privada.

Um exemplo de como a perspectiva de mundo pode ser diferente e pode levar a uma análise jurídica distinta pode ser evidenciado pela leitura de um artigo publicado por Frank Lübberding no *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, em 12 de outubro de 2012. Intitulado "O Charlatão", o artigo criticou o apresentador de televisão Markus Lanz, que seria um charlatão por ter recebido o ministro das Relações Internacionais, Guido Westerwelle, em seu programa como um estadista e por não ter feito nenhuma pergunta difícil ao político (Lübberding, 2012). Frank Lübberding salienta que não faltavam questões difíceis para serem colocadas, como o risco de guerra próximo do território alemão e a crise econômica ligada à moeda europeia, mas Guido Westerwelle nunca teve uma entrevista tão fácil em toda a sua experiência de vida porque para Markus Lanz nenhum desses assuntos parecia ser um tema relevante (Lübberding, 2012). Ao final do artigo, o anfitrião do programa televisivo é chamado pelo jornalista de "charlatão" (Lübberding, 2012). Parece evidente que tal texto crítico é protegido pela liberdade de expressão e que não pode ser proibido judicialmente. Adicionalmente, podemos aproveitar essa crítica para refletir sobre se o grande público também não teria o direito de saber se existiria uma relação de proximidade e de eventual amizade entre o político e o apresentador de televisão. Diante da constatação de que certos políticos podem receber um tratamento especial de estadista e serem blindados

de perguntas críticas por certos jornalistas, será que a comunicação de que essas pessoas são amigas não deveria ser de conhecimento público?

Aliás, a história recente da política alemã traz um outro exemplo interessante de uma comunicação privada entre um político e um jornalista que foi publicada por um jornal alemão. Trata-se do episódio que resultaria no pedido de renúncia de Christian Wulff, que era então o Presidente da República Federal da Alemanha. No final do ano de 2011, Christian Wulff soube da existência de uma reportagem jornalística em preparação pelo jornal Bild sobre relações entre ele e um empresário chamado Egon Geerkens, a fim de divulgar uma notícia de que o Presidente teria mentido em uma investigação parlamentar ao afirmar que não tinha nenhuma relação de negócios com o empresário, quando, na verdade, teria recebido um empréstimo de cerca de quinhentos mil euros através da mulher do empresário para financiar a compra de sua residência.

Após tomar conhecimento de que existia uma reportagem jornalística em fase de produção, Christian Wulff telefonou pessoalmente para o editor-chefe do jornal, Kai Diekmann, deixando uma mensagem agressiva na secretária eletrônica, ameaçando ruptura total, guerra e medidas legais com relação ao jornal, caso a reportagem fosse publicada. Durante os meses de dezembro de 2011 e janeiro de 2012, o jornal Bild publicou não somente as reportagens sobre as relações suspeitas entre o presidente da República Federal da Alemanha com empresários, mas também informou ao público sobre a comunicação telefônica e a mensagem de Christian Wulff para o editor-chefe do Bild, Kai Diekmann. Após o escândalo, o Presidente deu entrevistas reconhecendo o erro em ter feito a comunicação telefônica, mas procurou minimizar o episódio, alegando que teria apenas pretendido adiar a publicação da reportagem, mas não impedir que ela fosse publicada. Diante da discordância sobre a caracterização da mensagem feita por Christian Wulff, Kai Diekmann pediu permissão para tornar pública a gravação, mas o presidente da República Federal da Alemanha se recusou a autorizar a divulgação do áudio da mensagem (Diekmann, 2023).

Christian Wulff renunciou ao cargo de presidente da República Federal da Alemanha no dia 17 de fevereiro de 2012, após o Ministério Público ter iniciado investigações e realizado uma série de diligências investigatórias para a apuração da prática do crime de corrupção. Contudo, para nossa reflexão sobre as fronteiras jurídicas dos limites entre o espaço público e o privado, é importante analisar se o conteúdo da mensagem poderia ser divulgado e se poderia ser também disponibilizado o áudio da gravação na secretária eletrônica do editor-chefe do Bild. Seria mesmo necessário solicitar uma autorização do presidente da República Federal da Alemanha para divulgar a gravação? Não teria a sociedade germânica, os cidadãos alemães e a opinião pública alemã o direito de ouvir o áudio proferido pelo líder político em comunicação com o jornalista diante do contexto em que a mensagem foi proferida e da possível violação de um dever funcional e de uma responsabilidade política por parte de Christian Wulff?

O fato é que as fronteiras jurídicas dos limites do espaço público e privado não são tão cristalinas. O político é simultaneamente uma personalidade pública e privada, sendo difícil de se isolarem informações sobre sua pessoa que possuam um caráter exclusivamente privado e, por isso, não possam ser tornadas públicas através da imprensa. No caso da

reportagem sobre o jantar entre o político e o jornalista, o Poder Judiciário proibiu a divulgação da reportagem por considerar que se tratava de um ato privado e protegido pelo direito fundamental à privacidade. No caso da reportagem sobre a mensagem proferida pelo político ao jornalista em sua secretária eletrônica, o próprio jornalista considerou que se tratava de um ato privado e solicitou autorização do político para divulgar o áudio gravado, o que acabou não acontecendo.

Assim, a interpretação jurídica depende também da visão de mundo – *Weltanschauung* – de quem interpreta. O intérprete é membro de uma determinada comunidade política e integra uma sociedade civil, sendo inevitável que considere o contexto e a intersubjetividade como partes do processo decisório. Além disso, ao elaborar sua leitura moral da Constituição para buscar a resposta concreta para fins de decisão dos casos difíceis, o intérprete pondera os princípios constitucionais e projeta os melhores valores daquela comunidade política e da sociedade civil para decidir a questão. A interpretação é um processo eminentemente dinâmico, sendo inevitável que o intérprete reflita a partir do direito atual, mas também com consciência sobre os horizontes normativos em contínua transformação.

Aliás, nosso admirável mundo novo também tem sido transformado pelas novas tecnologias, um tema que também foi mencionado pelo ministro alemão Thomas Offenloch em sua palestra e deve ser objeto de nossa reflexão. Como podemos traçar as fronteiras jurídicas dos limites de espaço público ou privado na comunicação realizada nas redes sociais? Embora as redes sociais sejam constituídas por empresas privadas, consistem em espaços virtuais que congregam, não raro, bilhões de usuários regulares em plataformas de comunicação pública. Como é possível considerar que se trata de um espaço eminentemente privado e não público, se as redes sociais se tornaram por excelência as principais plataformas para as ações comunicativas, os discursos políticos e as manifestações de expressão?

Originalmente, existia uma visão libertária sobre a liberdade de expressão na internet. Não por acaso, John Perry Barlow chegou a elaborar e divulgar uma Declaração de Independência do Cyberspaço (Barlow, 1996). Atualmente, existe uma perspectiva de que a liberdade de expressão na internet poderia ser objeto de controle e regulação. Não por acaso, Tim Berners-Lee vem defendendo a promulgação de uma Magna Carta para a internet há mais de uma década (Kiss, 2014). No final do século XX, existia uma perspectiva de que se deveria proteger a internet contra qualquer intervenção estatal, ao passo que gradualmente tem-se percebido a necessidade de controle e de regulação estatal. Aproveitando-se de uma metáfora adotada pelo constitucionalismo brasileiro para se referir aos espaços comunicativos privados e públicos, a imagem original seria de que as redes sociais seriam similares aos jardins e atualmente se verifica que tais espaços são mais parecidos com as praças (Saldanha, 1983).

Também com relação à exploração das fronteiras jurídicas dos limites dos espaços públicos e privados na internet, existe um importante intercâmbio entre Brasil e Alemanha. Um exemplo pródigo advém da estratégia germânica de autorregulação regulada (*selbst reguliert Regulierung*), que tem servido de inspiração para os debates doutrinários e legislativos brasileiros sobre o tema do controle das comunicações na internet (Sarlet, 2019; Campos, 2025). Por outro lado, o Brasil tem sido pioneiro em iniciativas para o exercício

do controle normativo dos algoritmos, com a pretensão de que sejam corrigidas discriminações e injustiças encontradas nos comandos normativos embutidos nas fórmulas matemáticas de programação de processos decisórios computadorizados (Fortes, 2020, 2021; Fortes; Martins; Oliveira, 2021).

Além disso, em termos de discussão no âmbito do controle de constitucionalidade, em junho de 2025, o STF definiu uma série de parâmetros de responsabilidade para as plataformas digitais devido a conteúdo de terceiros por considerar que a proteção jurídica determinada pela legislação era insuficiente para a tutela dos direitos fundamentais e a democracia. Foi estabelecida uma lista de crimes graves que exigem a atuação imediata das plataformas digitais para fins de retirada do conteúdo criminoso: tentativa de golpe de Estado; abolição do Estado Democrático de Direito; terrorismo; instigação à mutilação ou ao suicídio; racismo; homofobia; crimes contra mulheres e crianças. Também ficou definido que os provedores devem estabelecer mecanismos de autorregulação regulada com o estabelecimento de um sistema de notificações, devido processo e relatórios anuais de transparência. A caracterização da questão é similar aos termos do debate colocado pelo ministro alemão Thomas Offenloch em sua palestra, como parte dos desafios contemporâneos para se proteger a democracia e os direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando alguém sofre alguma violação a seus direitos fundamentais e experimenta alguma injustiça na Alemanha, não raro essa pessoa resolve buscar proteção judicial e irá dizer "eu vou até Karlsruhe" (*Ich gehe bis nach Karlsruhe*), cidade em que fica localizada a sede do Tribunal Constitucional Alemão (Lamprecht, 2011). Durante o mês de fevereiro de 2025, por ocasião da realização da visita acadêmica de juristas alemães ao Brasil, que contou com a presença dos ministros Thomas Offenloch e Rhona Fetzner, tivemos o prazer de receber uma parte da corte constitucional de Karlsruhe em uma viagem científica a Brasília e ao Rio de Janeiro. Foi uma grande oportunidade de aprendizado, discussão e intercâmbio sobre a democracia constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. O presente ensaio foi produzido justamente como parte dos diálogos constitucionais deste autor com o ministro alemão Thomas Offenloch, na medida em que tivemos a oportunidade de acompanhar sua palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público da União em Brasília e no Centro Cultural da Procuradoria-Geral do Estado no Rio de Janeiro – participando como seu debatedor –, transformando as anotações para o debate no presente artigo acadêmico.

O ponto de partida para a presente reflexão é uma relação bicentenária de profunda amizade histórica entre Brasil e Alemanha, que se reflete não somente pela marcante e decisiva imigração germânica em nosso país, mas também pela importante influência cultural geral, em particular no nosso direito. No cenário atual, juristas alemães e brasileiros reconhecem a necessidade de defesa da democracia e da proteção dos direitos fundamentais. A liberdade de expressão deve permitir comunicações públicas em geral e não podem ser proibidas as críticas humorísticas e as sátiras contra os políticos, apesar de ser necessário ponderar os direitos fundamentais diante da privacidade, da honra e da vedação à discriminação. A partir das reflexões trazidas pelo ministro alemão Thomas Offenloch, e em

diálogo constitucional com o Tribunal Constitucional da Alemanha e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o presente ensaio explorou as fronteiras jurídicas dos limites da comunicação entre o espaço privado e o espaço público de modo original e relevante, a partir de uma série de exemplos concretos do Brasil e da Alemanha.

A questão-problema do presente estudo explica como o posicionamento de um caso jurídico em lados distintos das fronteiras jurídicas entre o público e o privado influencia a proteção do direito fundamental à liberdade. A discussão sobre liberdade de expressão, por exemplo, se torna diferente quando se explica que a pretensão de um grupo neonazista consiste em realizar uma passeata em uma cidade com uma comunidade judaica vibrante como Skokie. Mesmo nos Estados Unidos, com sua visão ampliada de liberdade de expressão definida pela Primeira Emenda da Constituição, existe um limite dado à expressão que pode servir como instrumento para a violência no espaço público.

No caso de Alemanha e Brasil, em que a liberdade de expressão pode ser ponderada com outros valores constitucionais, como a privacidade e a dignidade, por exemplo, deve-se examinar se a pretensão de elaborar uma manifestação pública não serve como mero pretexto para expressar ódio ou discriminação. Uma reflexão idêntica pode ser formulada com relação a situações em que alguém pode se aproveitar de um espaço público especial da nossa cultura – o palco – para, sob a desculpa de que se trata de um espetáculo humorístico, realizar o racismo recreativo, proibido no âmbito das relações privadas. Uma outra maneira de trabalhar com as fronteiras entre o público e o privado na interpretação e ponderação da liberdade de expressão e da privacidade é ampliando o foco da análise, como quando não olhamos somente para o jantar entre um político e um jornalista como um ato privado, mas para como a amizade pode servir para alterar o tratamento dado ao membro do governo pelo comunicador e o potencial impacto para a própria democracia. Também, no caso da comunicação entre o presidente da Alemanha e o editor do jornal Bild, nos parece evidente que a dimensão pública justificaria a divulgação do áudio independentemente do consentimento expresso das partes. Finalmente, no caso da internet e das redes sociais, esses espaços não podem mais ser vistos como privados e regidos por uma lógica libertária, mas sim como públicos e regidos pela lógica da responsabilidade e da democracia constitucional.

A originalidade e relevância do presente estudo está em explorar as dimensões pública e privada no âmbito da ponderação de valores e da interpretação da liberdade de expressão. Em termos de contribuição original para a literatura acadêmica brasileira, existe um importante debate, que contrapõe o princípio da supremacia do interesse público ao princípio da proporcionalidade (Sarmiento, 2007; Pietro; Ribeiro, 2010; Binenbojm, 2019). Nesse sentido, este artigo contribui para uma reflexão sobre como a articulação das dimensões pública e privada dos interesses em jogo integra a própria análise da ponderação de valores. Como o presente estudo foi produzido no âmbito de um diálogo com o ministro alemão Thomas Offenloch durante visita acadêmica de juristas alemães ao Brasil em fevereiro de 2025, os termos do debate e os casos selecionados para a reflexão foram estabelecidos a partir de sua apresentação e em função do papel deste autor como debatedor em sua palestra. Investigações futuras devem ampliar esses termos e selecionar mais casos concretos

para fins de novos estudos sobre as fronteiras entre o público e o privado na análise da democracia fundamental e na proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARLOW, John Perry. A Declaration of independence of cyberspace. **EFF**, San Francisco, 1996. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em: 25 set. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2025.

BINENBOJM, Gustavo. Ainda a supremacia do interesse público. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. [Online].

CAMPOS, Ricardo. A necessary cognitive turn in digital constitutionalism: regulated self-regulation as a regulatory mechanism for artificial intelligence (AI) in comparative law. In: DÖHMANN, Indra Spiecker; SCHERTEL, Laura Mendes; CAMPOS, Ricardo R. **Digital Constitutionalism**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2025. p. 113-136.

CHILTON, Adam; VERSTEEG, Mila. **How constitutional rights matter**. New York: Oxford University Press, 2020.

CRICK, Bernard. **Democracy**: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2002.

DAHL, Robert A. **Polyarchy**: participation and opposition. Connecticut: Yale University Press, 2008.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. Indianapolis: Liberty Fund, 2012.

DIEKMANN, Kai. **Ich war BILD**: Ein Leben zwischen Schlagzeilen, Staatsaffären und Skandalen. Munique: DVA, 2023.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law Review**, Massachusetts, v. 88, p. 1057, 1974.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

FORTES, Pedro Rubim Borges. Crises da democracia e de governo: um ensaio de história constitucional brasileira em defesa da Constituição-Cidadã e da cidadania emancipada. **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 4-16, jan./abr. 2023. DOI: 10.15175/1984-2503-202315101.

FORTES, Pedro Rubim Borges. Democratic crisis in South America? Ten points for debate. In: RICHARD CLARY, Zim Nwokora; GALLIGAN, Denis James (ed.). **Democracy in crisis**: the putney debates 2023. Oxford: Hart Publishing, 2025.

FORTES, Pedro Rubim Borges. Hasta la vista, baby: reflections on the risks of algocracy, killer robots, and artificial superintelligence. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Cidade do México, v. 71, n. 279, p. 45-72, 2021.

FORTES, Pedro Rubim Borges. Paths to digital justice: judicial robots, algorithmic decision-making, and due process. **Asian Journal of Law and Society**, Cambridge, v. 7, n. 3, p. 453-469, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1017/als.2020.12>.

FORTES, Pedro Rubim Borges; KAMPOURAKIS, Ioannis. Exploring legal borderlands: introducing the theme. **Rei-Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 639-655, 2019.

FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. Digital geodiscrimination: how algorithms may discriminate based on consumers' geographical location. **Droit et société**, Paris, v. 107, n. 1, p. 145-166, 2021.

HAILBRONNER, Michaela. Wehrhafte Demokratie light oder doch Verbotsverfahren? **Zeitschrift für Parteienwissenschaften**, Düsseldorf, n. 2, p. 170-176, 2024.

KISS, Jemima. An online magna carta: berners-lee calls for bill of rights for web. **The Guardian**, Londres, 12 mar. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/dktrexxhk>. Acesso em: set. 2025.

LAMPRECHT, Rolf. **Ich gehe bis nach Karlsruhe**: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts-Ein SPIEGEL-Buch. Munique: DVA, 2011.

LAW, David. Canon and Comparative Constitutional Law. In: JACKSON, Vicki C.; KHOSLA, Madhav (ed.). **Redefining Comparative Constitutional Law**: Essays for Mark Tushnet. Oxford: Oxford University Press, 2025.

LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. Nova Iorque: Macmillan, 1942.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. **The american political science review**, Washington-DC, v. 31, n. 3, p. 417-432, 1937a.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, II. **American Political Science Review**, Washington-DC, v. 31, n. 4, p. 638-658, 1937b.

LÜBBERDING, Frank. Der Scharlatan. **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, Frankfurt am Main, 12 out. 2012.

MICHELMAN, Frank I. The bill of rights, the common law, and the freedom-friendly state. **University of Miami Law Review**, Flórida, v. 58, p. 401, 2003.

MOREIRA, Adilson José. **Racismo recreativo**. São Paulo: Polen, 2019.

OFFENLOCH, Thomas. A atuação dos Poderes e estímulos jurídicos a uma cultura democrática. **Revista da Escola Superior do Ministério Público da União – RESMPU**, Brasília-DF, v. 3, n. 1, jan./jul. 2025.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

POPPER, Karl. **The open society and its enemies**. Oxfordshire: Routledge, 2012.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. São Paulo: Schwarcz-Companhia das Letras, 2020.

SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado "privado" e o lado "público" da vida social e histórica. **Ciência & Trópico**, Recife, v. 11, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Rei-Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, 2019.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-116.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: o debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHÜLER, Fernando. A marcha da insensatez. **Veja**, São Paulo, 12 abr. 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/46nksv4n>. Acesso em: set. 2025.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism and democracy**. Oxfordshire: Routledge, 2013.

TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. Nova Iorque: Foundation Press, 1978.

DIE RECHTLICHEN GRENZEN ZWISCHEN ÖFFENTLICHEN UND PRIVATEN INTERESSEN:
VERFASSUNGSDIALOGE MIT HERRN RICHTER AM BUNDESVERFASSUNGSGERICHT
THOMAS OFFENLOCH ÜBER VERFASSUNGSRECHTLICHE FREIHEITSRECHTE ¹

Pedro Rubim Borges Fortes

Professor für Verfassungsrecht an der Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor für Recht und Entwicklung des Masterstudiengangs an der Universidade Cândido Mendes (UCAM) und Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft von Rio de Janeiro (Ministério Público do Rio de Janeiro). Bachelor of Laws (LL.B.) von der Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Bachelor of Arts (B.A.) in Betriebswirtschaftslehre von der Katholischen Universität von Rio de Janeiro (PUC-Rio), Postgraduiertenstudiengang Umweltwissenschaften (M.B.E.) von der Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Master of Laws (LL.M.) von der Harvard Law School, Master of Juridical Science (J.S.M.) von der Stanford Law School und Doctor of Philosophy (DPhil) vom Centre for Socio-Legal Studies, Juristische Fakultät, University of Oxford.

1. EINFÜHRUNG

In einer Zeit, in der Europa erneut mit einer außergewöhnlichen Kriegssituation konfrontiert ist, ist es wichtig, die besonders herzliche und historisch geprägte internationale Beziehung, wie sie zwischen Deutschland und Brasilien bestehen zu würdigen (Offenloch, 2025). Die Geschichten Deutschlands und Brasiliens kreuzen und beeinflussen sich. Sie sind durch die circa die zwei Jahrhunderte andauernde Einwanderung Deutscher nach Brasilien geprägt, die zu einem dauerhaften kulturellen und intellektuellen Austausch zwischen Brasilianern und Deutschen geführt hat, dessen Tradition dieser Artikel folgt.

Ein Beispiel für diesen Austausch ist die Gründung der Rechtsfakultät an der Universität von Rio de Janeiro. Ihr Gründer Professor Luiz Frederico Sauerbronn Carpenter, war Enkel eines deutschen Einwanderers. Sein Großvater, Friedrich Oswald Sauerbronn, zog im Jahre 1924 als erster protestantischer Pfarrer Südamerikas nach Brasilien (Calmon, 1945). Nach wie vor bestehen enger Austausch zwischen Deutschen und Brasilianischen Rechtswissenschaftlern.

¹ Dieser Artikel entstand im Rahmen des Besuchs zweier Richter des deutschen Bundesverfassungsgerichts, Richterin Rhona Fetzter und Richter Thomas Offenloch, in Brasília und Rio de Janeiro im Februar 2025. Sie nahmen an akademischen Veranstaltungen teil und hielten Vorträge an der Hochschule der Bundesanwaltschaft und im Kulturzentrum der Generalstaatsanwaltschaft in Rio de Janeiro. Während des Vortrags von Richter Thomas Offenloch hatte Ich Gelegenheit, seinen Vortrag zu diskutieren und Kommentare und Reflexionsfragen einzubringen. Diese wurden dann in diesen Artikel umgewandelt, sodass die Debatte aufgezeichnet und durch Veröffentlichung im Revista da Escola Superior do Ministério Público da União der breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden konnte. Ich bin den Professoren Antonio do Passo Cabral, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho und Arícia Fernandes Correia äußerst dankbar, dass sie mich eingeladen haben, als Diskussteilnehmer an der Veranstaltung im Convento do Carmo in Rio de Janeiro teilzunehmen. Ich danke außerdem Dr. Raquel Branquinho und dem gesamten ESMPU-Team für die Möglichkeit, an der Veranstaltung in Brasília teilzunehmen. Dieser Artikel wurde ursprünglich auf Portugiesisch verfasst und für die zweisprachige Veröffentlichung ins Deutsche übersetzt. Ich danke Professor Peter Christian Sester und Jan Walbrecht für ihre Hilfe beim Korrekturlesen der Übersetzung.

Dieser Artikel basiert auf einem Besuch einer Gruppe deutscher Rechtswissenschaftler in Brasilien bei der Escola Superior do Ministério Público da União im Februar 2025. Konkret ging es darum, einen verfassungsrechtlichen Dialog mit Herrn Richter am Bundesverfassungsgericht Thomas Offenloch zu führen und die rechtlichen Grenzen zwischen öffentlichen und privaten Interessen im Hinblick auf das Recht auf Freiheit zu erörtern. Herr Offenloch präsentierte seine Überlegungen zur zentralen Rolle des Verfassungsgerichts bei der Gewährleistung und Verteidigung der demokratischer Freiheitsrechte (Offenloch, 2025).

Dieser Artikel zielt darauf ab, die Konturen der von Offenloch vorgeschlagenen Debatte zu skizzieren und spezifische Dimensionen der Problematik zu beleuchten. Untersucht werden konkrete Szenarien, in denen in Grundrechte Dritter eingegriffen und die Grenzen zwischen dem Privaten und dem Öffentlichen Bereich überschritten wurde. Die höchstrichterlichen Entscheidungen zu diesen Fällen haben deren rechtliche Einordnung erheblich verändert (Fortes; Kampourakis, 2019).

Diese Arbeit leistet einen Beitrag für die Überlegungen zur Verfassungstheorie, zum vergleichenden Verfassungsrecht, der Wirksamkeit von Grundrechten, den Schutz der konstitutionellen Demokratie und die Verteidigung des Rechts auf Freiheit. Der Artikel zielt darauf ab, die folgende Fragestellung zu beantworten: Wie beeinflussen höchstrichterliche Entscheidungen die rechtlichen Grenzen zwischen dem Öffentlichen und dem Privaten den Schutz von Grundrechten und insbesondere der allgemeinen Freiheitsrechte?

2. DIE VERTEIDIGUNG DER DEMOKRATIE UND DER GRUNDRECHTE

In seinen Vorträgen an der Escola Superior do Ministério Público da União in Brasília und im Kulturzentrum der Generalstaatsanwaltschaft in Rio de Janeiro bezeichnete Richter am Bundesverfassungsgericht Thomas Offenloch das Recht auf freie Meinungsäußerung und das Recht auf Pressefreiheit als zentrale Elemente der deutschen Verfassungsdemokratie und verwies dabei auf den ikonischen Fall Lüth (Offenloch, 2025). Der Fall ist zentraler Bestandteil des Kanons des vergleichenden Verfassungsrechts und gilt als Meilenstein des globalen Konstitutionalismus. Die Lüth -Doktrin liefert eine normative Argumentationsweise zum Konstitutionalismus und zeigt, wie wir eine instrumentell nützliche Perspektive auf die Anwendung der Verfassung entwickeln können (Law, 2025). Der Fall Lüth ist eine fundamentale Entscheidung und Bestandteil jener Materialien, die jeder Verfassungsrechtler kennen muss (Law, 2025).

Es ist daher kein Zufall, dass auch führende brasilianische Verfassungsrechtler den Fall Lüth heranziehen, um das Phänomen der Konstitutionalisierung des Rechts zu erläutern. So erklärt Luís Roberto Barroso, dass Erich Lüth das Recht zugestanden wurde, zum Boykott des Films von Veit Harlan, einem mit dem Nazi-Regime verbundenen Filmemacher, aufzurufen. Er verweist auf die Begründung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, welches befand, dass die zuvor ergangenen Entscheidungen der einfachen Gerichte, welche Lüth unter Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 138, 826) untersagten sich negativ über Harlan und dessen Nazi-Vergangenheit als Regisseur

des Films *Jud Süß* zu äußern, mit dessen Grundrecht auf freie Meinungsäußerung unvereinbar waren, (Barroso, 2025). Für den Richter am brasilianischen Bundesverfassungsgericht Barroso ist die Lüth Entscheidung der erste wichtige Präzedenzfall, in dem festgelegt wurde, dass „Verfassungsartikel die Auslegung aller Normen des öffentlichen und privaten Rechts bestimmen und alle drei Staatsgewalten binden“ (Barroso, 2025). Er sieht in dieser Entscheidung den Ausgangspunkt für eine wahre Ideenrevolution und die Konstitutionalisierung des Zivilrechts auch in Brasilien, in deren Verlauf eine Reihe von Normen und Entscheidungen des Privatrechts unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten für ungültig erklärt wurden (Barroso, 2025).

Im brasilianischen Recht ist die Konstitutionalisierung des Zivilrechts durch eine Reihe radikaler Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung und der Auslegung der Gesetze gekennzeichnet. Dazu gehört die Idee der sozialen Funktion von Eigentum und Verträgen, Verbraucherschutz, Gleichstellung von Ehepartnern und Kindern, Treu und Glauben und ein effektiver vertraglicher Leistungsaustausch (Barroso, 2025). Im Gegensatz zur klassischen Sichtweise des US-Verfassungsrechts, die traditionell vertikale Auswirkungen der Verfassung auf verfassungswidrige öffentliche Handlungen vorsieht, stellt der Fall Lüth auch insofern eine Weiterentwicklung dar, als er die Möglichkeit horizontaler Auswirkungen des Verfassungsrechts auf die privaten Beziehungen von Einzelpersonen anerkennt (Michelman, 2003). Dieser Perspektivwechsel hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Verfassungs- und Zivilrecht war entscheidend für die Entwicklung der integrierten Lehre für Zivil- und Verfassungsrecht, die dem Verfassungsprinzip der Menschenwürde und der Anwendung der Grundrechte in privaten Beziehungen in Brasilien eine besonders wichtige Rolle zusprechen (Tepedino, 2000).

Richter am Bundesverfassungsgericht Thomas Offenloch stellte im Rahmen seines Vortrags drei wegweisenden Entscheidungen, der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit zu den Grundrechten der Meinungs- und Pressefreiheit und deren Einfluss auf das Zivilrecht und die wehrhaften Demokratie vor. Im ersten Fall ging es um ein satirisches Plakat, das einen bekannten deutschen Politiker kritisierte. Im Raum stand, ob diese privatrechtliche Äußerungen Anlass zu einem öffentlichen Strafverfahren geben könnte (Offenloch, 2025). Im zweiten Fall ging es um die Berichterstattung über eine privates Abendessen zwischen einem deutschen Politiker und einem Journalisten, und es wurde erörtert, ob ein öffentliches Interesse bestand, das die umfassende Berichterstattung der Presse über dieses private Treffen rechtfertigte (Offenloch, 2025). Im dritten Fall ging es um eine Reihe negativer Kommentare über einen Politiker in sozialen Medien, und es wurde erörtert, ob diese die Grenze einer diffamierende Darstellung überschritten und strafrechtliche Konsequenzen hätten haben sollen oder noch dem Recht auf freie Meinungsäußerung unterliegen (Offenloch, 2025).

Es ist kein Zufall, dass autoritäre politische Führer mit der Dekonstruktion der verfassungsmäßigen Ordnung den Weg für die Erosion der demokratischen Rechtsstaatlichkeit ebnen, indem sie gezielt die Presse- und Meinungsfreiheit einschränken (Chilton und Versteeg, 2020). So war Wladimir Putins erstes Ziel der unabhängige russische Fernsehsender NTV, deren Arbeit durch Ermittlungen der Föderalen Steuerbehörde und zahlreicher

strafrechtlichen Anklagen derart unter Druck gesetzt wurde, dass seine Eigentümer den Betrieb schlussendlich an einen staatlichen Fernsehsender verkauften und er somit unter die direkte Kontrolle der russischen Regierung geriet (Chilton und Versteeg, 2020). Mit der Änderung des Programms und einer regierungsfreundlichen Ausrichtung kündigten viele Journalisten und wechselten zu dem verbleibenden privaten und unabhängigen Fernsehsender TV-6, der allerdings kurze Zeit später ebenfalls unter die Kontrolle der russischen Regierung geriet, womit die Berichterstattung der freien Presse im Land effektiv beendet wurde (Chilton und Versteeg, 2020). Die Regierung verabschiedete in der Folge zahlreiche Gesetze, die vorgeblich „extremistische“ Äußerungen einschränkten, bestimmte Äußerungen kriminalisierten und versuchten, die aufkommenden öffentlichen Proteste und Meinungsäußerungen im Internet und den sozialen Medien zu kontrollieren (Chilton und Versteeg, 2020).

Ein weiteres markantes Beispiel betrifft die Presse- und Meinungsfreiheit in Polen. Nach dem Wahlsieg der rechtspopulistischen Partei Recht und Gerechtigkeit (Prawo i Sprawiedliwość, PiS) im Oktober 2015 versuchte die neue Regierung, die Kontrolle über die Medien zu gewinnen, indem sie durch Programmkritiken und eine Einschüchterungsstrategie Journalisten zur Selbstzensur zwang (Chilton und Versteeg, 2020). Nur wenige Monate nach Amtsantritt der neuen Regierung wurde ein Gesetz verabschiedet, das es dem Finanzministerium erlaubte, die Chefs staatlicher Radio- und Fernsehsender im eigenen Ermessen einzustellen oder zu entlassen und somit mittelbar Einfluss auf die Berichterstattung zu erlangen, was ein klarer Verstoß gegen die Unabhängigkeit der Sender und die Befugnisse des Nationalen Unabhängigen Rates der Radio- und Fernsehsender zur Gewährung der Pressefreiheit und einer unabhängigen Berichterstattung durch Eingriffe der Exekutive massiv einschränkte (Chilton und Versteeg, 2020).

Diese Gesetzgebung hatte unmittelbare und tiefgreifende Auswirkungen und führte 2016 zum Ausscheiden von 225 Journalisten aus den öffentlichen Medien. Besonders hervorzuheben ist die Suspendierung des beliebten Sportkommentators Tomasz Zimoch, als unmittelbare Folge seines Kommentars in dem er die PiS als „schlimmer als unter dem kommunistischen Regime“ kritisierte (Chilton und Versteeg, 2020). Neben der Kontrolle der Medien durch die Exekutive die unmittelbar zu einer spürbar regierungsfreundlicheren Berichterstattung führte setzte die regierende PiS auch eine Reihe von als kritisch zu beurteilende Gesetzen gegen Verleumdung und Missachtung durch und forderte öffentlich deren Anwendung zur Disziplinierung und Bestrafung von Regierungskritikern, was zu einer erheblichen Aushöhlung der Meinungsfreiheit in Polen führte (Chilton und Versteeg, 2020).

Ein wichtiger Aspekt der Debatte über Demokratie besteht darin, dass es sich um ein grundsätzlich umstrittenes Konzept handelt, da bereits seine Definition eine politische, soziale und moralische Agenda beinhaltet (Crick, 2002; Fortes, 2023). Angesichts der komplexen konzeptionellen Diskussion beginnt Giovanni Sartori seine Abhandlung über die Theorie der Demokratie mit der Provokation, dass wir möglicherweise in einer Ära der verwirrten Demokratie leben, und fragt, ob Demokratie überhaupt etwas sein kann (Sartori, 1994). Die vertiefte konzeptionelle Debatte über das Wesen der Demokratie führt uns zu einer Reihe unterschiedlicher Auffassungen. So zeigt etwa Joseph Schumpeter mit seiner Wettbewerbstheorie, die den prozeduralen Charakter und die Methode einer institutionellen

Anordnung der Demokratie betont, wie es Individuen ermöglicht wird, politische Entscheidungen zu treffen, nachdem sie einen durch Volksabstimmung geführten Wettbewerbskampf gewonnen haben (Schumpeter, 2013). Im Gegensatz dazu betont eine weitere Tradition demokratischen Denkens die Rolle von Vereinigungen im Prozess politischer Beratungen. Sie beruht maßgeblich auf Alexis de Tocquevilles Beobachtungen zur amerikanischen Demokratie und ihre zeitgenössische Version lässt sich mit der Theorie der Demokratie als Polyarchie identifizieren, wie sie von Robert Dahl gelehrt wird (Dahl, 2008).

Besonders relevant für den gegenwärtigen Kontext der in Brasilien und Deutschland geführten Diskussion ist das auf den deutsche Juristen Karl Loewenstein zurückzuführende Konzept der wehrhaften Demokratie (Loewenstein, 1937-A; Loewenstein, 1937-B). Dieses Demokratiekonzept wurde im Kontext des Aufstiegs totalitärer Regime in Europa in den 1930er Jahren entwickelt und vertritt die Notwendigkeit, dass die Demokratie den demokratischen Rechtsstaat selbst aktiv verteidigt (Loewenstein, 1937-A; Loewenstein, 1937-B). Loewensteins These ist, dass die Gesetzgebung in demokratischen Ländern eine Reihe restriktiver antitotalitärer Maßnahmen vorsehen muss, die den Aufstieg totalitärer Institutionen an die Macht verhindern muss, um die Demokratie selbst zu schützen (Loewenstein, 1937-A; Loewenstein, 1937-B).

Interessanterweise studierte der deutsche Jurist auch das brasilianische Verfassungsrecht während des „Estado Novo“-Regimes unter der Vargas-Ära und stellte eine Unterscheidung zwischen Totalitarismus und Autoritarismus auf, die auf den Unterschieden zwischen dem brasilianischen Regime und den nationalsozialistischen und faschistischen Regimen derselben Ära basierte (Loewenstein, 1942). Zur gleichen Zeit dachte der Philosoph Karl Popper im selbstgewählten Exil über dieselbe Frage nach: Popper untersuchte das Paradox der Toleranz und kam zu dem Schluss, dass eine tolerante Gesellschaft intolerant gegenüber Intoleranten sein müsse, sofern diese die liberalen demokratischen Grundlagen zerstören wollen (Popper, 2012). Diese Konzeption der wehrhaften Demokratie ist von grundlegender Bedeutung für die Bewältigung der gegenwärtigen Krisen der Demokratie, in deren Rahmen in Brasilien, Deutschland und anderen Ländern extremistische politische Parteien mit autoritären Projekten existieren, die den demokratischen Rechtsstaat und die Grundrechte untergraben (Przeworski, 2020; Fortes, 2025).

3. ERKUNDUNG DER RECHTLICHEN GRENZEN VON KOMMUNIKATIONSBESCHRÄNKUNGEN.

Die von Herrn Richter am Bundesverfassungsgericht Thomas Offenloch im Rahmen seines Vortrags geäußerte Sichtweise auf die Grundrechte und das Wesen der Demokratie führt zu einer neuen Betrachtung der rechtlichen Grenzen der Kommunikation. Seine Arbeit regt zum Nachdenken über das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung an, das sowohl in Brasilien als auch in Deutschland besonderen Schutz verdient. Seine Beispiele zeigen, dass die Justiz letztendlich tätig werden muss, um das Recht auf freie Meinung effektiv zu schützen, sofern die Legislative oder die Exekutive versucht in deren Schutzbereich einzugreifen und die Kommunikation einzuschränken, die nicht im Widerspruch zu anderen schützenswerten Grundrechten stehen. Einerseits sollte eine humorvolle Satire

gegen Politiker grundsätzlich nicht von der Regierung verboten werden. Andererseits können bestimmte journalistische Mitteilungen gerichtlich verboten werden, weil sie beispielsweise andere Grundrechte wie das Recht auf Privatsphäre oder Ehre verletzen.

In Bezug auf die einfachen Fälle scheint es keine großen Zweifel zu geben, doch die Angelegenheit wird komplexer, wenn man mit sogenannten „hard cases“ oder schwierigen Fällen konfrontiert wird, in denen eine moralische Auslegung der Verfassung und eine Abwägung von Grundsätzen erforderlich werden, um im jeweiligen Einzelfall die richtige Antwort zu finden (Dworkin, 1974; Dworkin, 1986). Beim „Internationalen Brasilien-Deutschland-Seminar: Verteidigung von Demokratie und Grundrechten“, das am 24. und 25. Februar 2025 an der Escola Superior do Ministério Público da União stattfand, verteidigte der Politikwissenschaftler Prof. Fernando Schüler, das Recht auf freie Meinungsäußerung eines brasilianischen Komikers namens Monark, der in einem Podcast argumentierte, Nazis sollten eine Nazi-Partei gründen dürfen und dass eine solche gesetzlich geschützt werden müsse.

„Es ist derselbe Fall wie beim YouTuber Monark. In einer etwas zusammenhanglosen Online-Konversation beschloss er zu ‚glauben‘, dass jede politische Gruppe, selbst eine Nazi-Partei, das Recht auf freie Meinungsäußerung haben sollte. Mehr brauchte es nicht: ein Verbot, eine Klage und die Forderung nach einer Millionenstrafe. Auf die ihm eigene ungeschickte Art verteidigte er genau dasselbe Prinzip, das im amerikanischen Recht verankert ist. Dieses Recht wurde in wegweisenden Entscheidungen bekräftigt, wie etwa dem Urteil des Obersten Gerichtshofs von 1978, das einen Nazi-Marsch in Skokie, einer jüdischen Gemeinde in der Nähe von Chicago, genehmigte. Was der YouTuber in der Praxis vorschlug, war eine Änderung des brasilianischen Rechts. Dem stimme ich nicht zu, was irrelevant ist. Die Frage ist: Leben wir in einem Land, in dem sich die Bürger nicht für Gesetzesänderungen einsetzen können? Zum Beispiel etwas Ähnliches wie den amerikanischen Ersten Verfassungszusatz verteidigen? Sind wir zu diesem Land geworden?“ (Schüler, 2024).

Die Analyse des Politikwissenschaftlers Fernando Schüler ist unter juristischen Aspekten deskriptiv und konzeptionell sowie analytisch als fehlerhaft zu beurteilen. Es ist notwendig, sich intensiver mit seiner Argumentation zu befassen und deren Fehler aufzuklären. Zunächst ist es wichtig zu betonen, dass der ‚Supreme Court‘ der Vereinigten Staaten nie entschieden hat, dass die *National Socialist Party of America* berechtigt war, eine Nazi-Kundgebung in Skokie abzuhalten. Eine sorgfältige Lektüre des Urteils „*National Socialist Party of America v. Village of Skokie* 432 U.S. 43 (1977)“ zeigt, dass es sich bei der Frage vor dem „Supreme Court“ lediglich um eine Verfahrensfrage handelte – nämlich, ob das Staatsgericht von Illinois die Anhörung der Berufung der *National Socialist Party of America* hätte ablehnen können, ohne sich mit der Sache zu befassen. Daher hat der Supreme Court der Vereinigten Staaten weder tatsächlich in der Sache entschieden noch eine Nazi-Kundgebung in Skokie genehmigt, so dass die von Schüler dargestellte Analyse fehlerhaft ist.

Es ist wichtig festzustellen, dass der geplante Nazi-Marsch in Skokie nie wirklich stattfand. Nachdem der Supreme Court der USA das Gericht von Illinois angewiesen hatte, den Fall in der Sache zu prüfen, und das Staatsgericht den Marsch genehmigt hatte, zog die *National Socialist Party of America* ihre Pläne für einen Nazi-Marsch in Skokie zurück,

bevor sich der *Supreme Court* der USA mit der Angelegenheit tatsächlich befassen konnte und musste. Die Erklärung dafür relativ einleuchtend, denn Skokie war eine Gemeinde mit 70.000 Einwohnern, von denen etwa 40.000 dem jüdischen Glauben angehörten und etwa 9.000 Holocaust-Überlebende beheimatete. In der Aufforderung zum Marsch hieß es, die Teilnehmergruppe würde aus 30 bis 50 Personen in Nazi-Uniformen, einschließlich Hakenkreuzbannern, bestehen, die sich vor dem Rathaus versammeln wollten um Ihre Ansichten öffentlich zu äußern. Als Reaktion auf den Marsch kündigte eine andere Gruppe von Anti-Nazi-Demonstranten an, sich zur gleichen Zeit und am gleichen Ort zu versammeln. Man rechnete mit 12.000 bis 15.000 Gegendemonstranten und in der Folge zu gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen den faschistischen Demonstranten und ihren Gegendemonstranten.

Skokies Bürgermeister selbst erklärte, eine Nazi-Aufmärsche könne zu unkontrollierbarer Gewalt führen und verweigerte die Versammlung zu genehmigen. Schließlich zog die *National Socialist Party of America* ihre dagegen gerichtete Klage wegen der offensichtlichen Gewaltgefahr zurück. Mit dem Rückzug ging der Klagegegenstand verloren, und der *Supreme Court* der Vereinigten Staaten entschied nie über die Begründetheit des Falles. Da drei Richter („*Justices*“) bereits gegen das Berufungsrecht der *National Socialist Party of America* entschieden hatten, dürfte eine endgültige Entscheidung in der Sache geteilt ausfallen, doch darüber kann nur spekuliert werden.

Die Analyse Schüllers ist auch konzeptionell fehlerhaft, da eine konzeptionelle Verwirrung vorliegt. Es gibt zwei unterschiedliche Debatten im Verfassungsrecht, die separat und auf der Grundlage ihrer präzisen theoretischen Prämissen analysiert werden müssen. Die erste betrifft das Parteienverbot, eine Institution, die im deutschen Recht entwickelt und durch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in den 1950er Jahren bekannt wurde, welche schlussendlich zum Verbot der NSDAP und der Kommunistischen Partei in Westdeutschland führten. Es ist kein Zufall, dass mit der gegenwärtigen Krise der Demokratie und dem politischen Aufstieg der extremen Rechten die Frage eines gerichtlichen Verbots der Partei „Alternative für Deutschland“ in die akademische, journalistische und politische Debatte zurückgekehrt ist, obwohl beim Bundesverfassungsgericht bisher kein formeller Antrag auf ein Verbot der AfD gestellt wurde (Hailbronner, 2024). Daher gibt es eine separate theoretische Diskussion über die Möglichkeit eines Parteiverbots, die mit der Diskussion über die Meinungsfreiheit verwandt, aber von ihr zu unterscheiden ist.

Drittens schließlich sind die Formulierungen in Fernando Schüllers Analyse irreführend, denn das Argument, es müsse eine gesetzlich geschützte Nazi-Partei geben, die Nazi-Ideen in Brasilien zum Ausdruck bringen und verbreiten darf, entspricht nicht dem Argument, dass die Meinungsfreiheit in Brasilien nach US-amerikanischen Maßstäben maximiert werden müsse. Die Behauptung, es müsse eine gesetzlich geschützte Nazi-Partei geben, die Nazi-Ideen in Brasilien zum Ausdruck bringen und verbreiten darf, hat einen spezifischen normativen Inhalt: Sie empfiehlt, dass eine der organisierten und aktiven politischen Parteien in der brasilianischen öffentlichen Debatte eine Nazi-Partei sein sollte, die Ideen dieser Ideologie in die aktuellen politischen Debatte integriere. Die Argumentationsstruktur unterscheidet sich deutlich von einem allgemeinen libertären

Argument, das dafür plädiert, keine politische Partei zu verbieten und keine politische Meinungsäußerung zu unterbinden. Die aktive Präsenz einer politischen Gruppe zu verteidigen, die sich durch rassistische und ethnische Hassreden auszeichnet und historisch für die Vernichtung von Millionen von Juden verantwortlich ist, ist etwas ganz anderes als für eine Verfassungsreform einzutreten, die möglicherweise die Grundrechte auf Privatsphäre, Ehre und das Diskriminierungsverbot aus der Verfassung streichen und damit die Notwendigkeit beseitigen würde, die Meinungsfreiheit in Brasilien zu berücksichtigen.

In den Vereinigten Staaten bietet der erste Zusatzartikel zur US-Verfassung der Meinungsfreiheit einen nahezu uneingeschränkten Schutz. Daher gibt es weder eine Interessenabwägung noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, um gleichzeitig Privatsphäre und Ehre zu gewährleisten und gegeneinander auszugleichen und Diskriminierung zu vermeiden. Laurence Tribe, emeritierter Professor an der Harvard Law School und führender Interpret der US-Verfassung, hält eine solche Abwägung für ein gefährliches Unterfangen, da sie das Verbot von Meinungsäußerungen ermöglichen würde, die von den Richtern individuell nicht gebilligt würden. Sinnvoller wären hingegen Tests mit klaren Kriterien für die begrenzten Situationen, in denen bestimmte Meinungsäußerungsformen verboten werden könnten (Tribe, 1978).

Eine der seltenen potenziellen Ursachen für Kommunikationsbeschränkungen betrifft Äußerungen, die als Instrument physischer spürbare Gewalt dienen können und gegen den verfassungsrechtlichen Maßstab für die Feststellung einer konkreten „eindeutigen und unmittelbaren Gefahr“ („*clear and immediate danger*“) verstoßen. Nicht zufällig ging es in der Skokie-Kontroverse um die Frage, ob ein Nazi-Aufmarsch eine konkrete „eindeutige und unmittelbare Gefahr“ und spürbare physische Gewalt zwischen Mitgliedern der *National Socialist Party of America* und Anti-Nazi-Demonstranten mit sich bringen würde, die es gebietet die Versammlungen zu untersagen. Darüber hinaus konzentrierte sich die Debatte darauf, ob das Zeigen von Hakenkreuzbannern in einer Stadt mit einem hohen jüdischen Bevölkerungsanteil und Tausenden von Holocaust-Überlebenden als grundrechtsverletzende „Provokation“ („*fighting words*“) gelten könne. Auch in den USA hat die normative Kommunikationsarchitektur ihre rechtlichen Grenzen, doch unterscheiden sich diese deutlich von denen in Brasilien und Deutschland.

Andererseits gibt es im brasilianischen Verfassungsrecht Präzedenzfälle, die die Möglichkeit von Demonstrationen zur Änderung von Gesetzen anerkennen. Auf Fernando Schülers Frage, ob wir in einem Land leben, in dem sich Bürger nicht für Gesetzesänderungen einsetzen können, sei daran erinnert, dass das brasilianische Bundesverfassungsgericht („*Supremo Tribunal Federal – STF*“) beständig entschieden hat, dass sich Menschen zu Demonstrationen zur Unterstützung der Entkriminalisierung von Drogen, den sogenannten „Marihuana-Demonstrationen“, versammeln durften. In einer einstimmigen Entscheidung aus dem Jahr 2011 stellte das STF fest, dass die Grundrechte auf Vereinigungsfreiheit und freie Meinungsäußerung die Durchführung dieser Demonstration zur Forderung nach der Entkriminalisierung des Verkaufs und Konsums einer narkotischen Substanz rechtfertigten.

Andererseits stellt sich die Frage, ob das STF die Durchführungen von Demonstrationen und Veranstaltungen bedingungslos zulassen oder beschränken sollte. Genauer gesagt: Sollte die Judikative beispielsweise einen Nazi-Marsch mit der Forderung nach Entkriminalisierung von Völkermord oder mit der Forderung nach Einführung der Sklaverei zulassen oder untersagen? Die Antwort ist eigentlich eindeutig negativ, denn die Forderungen wären ein klarer Verstoß gegen die Menschenwürde Dritter und könnten nicht durch das Recht auf freie Meinungsäußerung der Demonstranten und Beitrag zu einer verfassungsrechtliche Rechtsordnung gerechtfertigt werden. Vielmehr wären sie Ausdruck ethnisch-religiöser und rassistischer Hassreden, getarnt unter dem Deckmantel des Wunsches nach Gesetzesänderungen. Dem Folgend sind in Brasilien wie auch in Deutschland diskriminierende Äußerungen Grenzen gesetzt und nicht durch das Recht auf freie Meinungsäußerung gerechtfertigt, wie etwa das bekannte Urteil des Obersten Bundesgerichtshofs (STF) im Fall Elwanger aus dem Jahr 2003.

Die Frage nach den rechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit führt uns auch zu einer notwendigen Reflexion über die Grenzen zulässiger Satire. Es besteht kein Zweifel daran, dass Satire gegen politische Autoritäten erlaubt und nicht verboten sein sollte, wie das von Offenloch in seinem Vortrag erwähnte Urteil des deutschen Bundesverfassungsgericht verdeutlicht. Im brasilianischen Recht ist diesbezüglich das Urteil des STF im Rahmen einer konzentrierten Verfassungsprüfung aus dem Jahr 2010 erwähnenswert. Darin erklärte das STF das Verbot von satirischen Meinungsäußerungen in öffentlichen Medien über politische Kandidaten in den drei Monaten vor Wahlen für verfassungswidrig, da dieses Verbot in das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und eingreift und verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sei.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass jegliche satirischen Äußerungen zulässig sind und durch die Grundrechte der Meinungs- oder Kunstfreiheit geschützt werden und ihnen keine Grenzen gesetzt sind. Basierend auf der von Professor Adilson Moreira von FGV Direito SP entwickelten Doktrin gelten satirische Äußerungen rassistischer Natur als Verstoß gegen die Menschenwürde, sind beleidigend, diskriminierend und verboten, auch wenn sie unter dem Deckmantel des „Freizeitassismus“ erfolgen oder als Witze getarnt werden (Moreira, 2019). Mit den rechtlichen Grenzen dieser Doktrin werden sich in naher Zukunft die brasilianischen Obergerichte im Strafverfahren gegen den Komiker Léo Lins dezidiert befassen müssen, da er vom Bundesgericht in São Paulo wegen rassistischer und diskriminierender Witze zu acht Jahren und drei Monaten Gefängnis verurteilt wurde und hiergegen in Berufungsurteil gegangen ist.

4. ERKUNDUNG DER RECHTLICHEN GRENZEN ÖFFENTLICHER ODER PRIVATER RÄUME

Offenloch präsentierte zudem eine weitere lehrreiche Entscheidung zur rechtlichen Behandlung der Kommunikation zwischen einem Politiker und einem Journalisten in Deutschland. Im Gegensatz zu satirischen Äußerungen gegen Politiker, die nur sehr engen Grenzen unterliegen sollten, könne seiner Ansicht nach die journalistische Berichterstattung über höchst private Angelegenheiten zwischen Politikern und Journalisten gerichtlich verboten werden,

da diese Berichterstattung die Grundrechte auf Privatsphäre und Ehre verletzen könnte. In diesem Sinne wurde ein journalistischer Bericht mit Fotodokumenten, der ein exklusives Abendessen in einem Restaurant zwischen einem Journalisten und einem bekannten deutschen Politiker öffentlich machte, von der Justiz als höchst private Angelegenheit betrachtet. Diese Informationen durften daher nicht der breiten Öffentlichkeit preisgegeben werden. Die Veröffentlichung des Berichts in einer Boulevardzeitung inklusive der von dem Paparazzi aufgenommenen Fotos wurden daher von der deutschen Justiz wegen Grundrechtsverletzungen der von dem Bericht betroffenen Personen verboten.

Dies ist ein äußerst interessanter Fall, da die aufgestellten Prämissen hinterfragt werden und wir die rechtlichen Grenzen zwischen dem öffentlichen und dem privaten Raums erkunden können, indem wir über die Natur von Informationsinhalten nachdenken. Einerseits besteht kein Zweifel daran, dass Informationen über konsumierte Speisen und Getränke eine Privatsache sind und grundsätzlich nicht von öffentlichem Interesse sind. Andererseits scheinen Informationen über eine mögliche Nähe zwischen einem Politiker und einem Journalisten oder sogar eine mögliche Freundschaft zwischen einem Kandidaten in einem wettbewerbsorientierten Wahlverfahren und einem politischen Journalisten, der die politischen Geschehnisse kritisch hinterfragen sollte, keine reine Privatsache sein könnten. Je nachdem, wie der Interpret die Natur von Informationsinhalten betrachtet, kann eine bestimmte Information daher als öffentlich oder privat betrachtet werden.

Ein Beispiel dafür, wie unterschiedliche Weltanschauungen zu verschiedenen Ergebnissen in der Rechtsanalysen führen können, bietet ein Artikel von Frank Lübberding in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* vom 12. Oktober 2012. Unter dem Titel „Der Scharlatan“ kritisierte er den Fernsehmoderator Markus Lanz als Scharlatan, weil er Außenminister Guido Westerwelle staatsmännisch in seiner Sendung empfangen und dem Politiker keine schwierigen Fragen stellte (Lübberding, 2012). Frank Lübberding weist darauf hin, dass es zwar keinen Mangel an schwierigen Fragen gegeben habe, etwa zur Kriegsgefahr in der Nähe deutschen Territoriums und zur Wirtschaftskrise im Zusammenhang mit der europäischen Währung, Guido Westerwelle jedoch in seinem ganzen Leben noch nie ein so einfaches Interview gehabt habe, weil für Markus Lanz keines dieser Themen relevant erschien (Lübberding, 2012). Am Ende des Artikels bezeichnet der Journalist Markus Lanz als „Scharlatan“ (Lübberding, 2012). Es scheint klar, dass solche kritischen Äußerungen durch die Meinungsfreiheit geschützt und nicht verboten werden können. Darüber hinaus können wir diese Kritik nutzen, um darüber nachzudenken, ob die Öffentlichkeit auch ein Recht darauf hat zu erfahren, ob zwischen dem Politiker und dem Moderator eine enge Beziehung oder sogar Freundschaft besteht. Angesichts der Tatsache, dass bestimmte Politiker eine besondere staatsmännische Behandlung erfahren und von bestimmten Journalisten vor kritischen Fragen abgeschirmt werden, stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass diese Personen befreundet sind, nicht öffentlich gemacht werden sollte?

Tatsächlich bietet die jüngere Geschichte der deutschen Politik ein weiteres interessantes Beispiel für eine private Kommunikation zwischen einem Politiker und einem Journalisten. Diese Berichterstattung führte schlussendlich zum Rücktritt des damaligen Bundespräsidenten Christian Wulff. Ende 2011 erfuhr Christian Wulff von einem Bericht

der Bild-Zeitung über die Beziehungen zwischen ihm und einem Geschäftsmann namens Egon Geerkens. Darin sollte eine Veröffentlichung erfolgen, in der es hieß, der Bundespräsident habe in einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss gelogen, indem er behauptete, er habe keine Geschäftsbeziehung zu dem Geschäftsmann, während er in Wirklichkeit von der Ehefrau des Geschäftsmannes einen Kredit in Höhe von rund 500.000 Euro erhalten hatte, um den Kauf seines Hauses zu finanzieren.

Als Christian Wulff erfuhr, dass eine Veröffentlichung dieser Tatsache in Arbeit war, rief er persönlich den Chefredakteur der Zeitung, Kai Diekmann, an und hinterließ eine aggressive Nachricht auf dessen Anrufbeantworter, in der er mit einer vollständigen Auflösung und rechtlichen Schritten gegen die Zeitung drohte, falls der Bericht veröffentlicht würde. Im Dezember 2011 und Januar 2012 veröffentlichte die Bild in der Folge nicht nur die Berichte über die verdächtigen Beziehungen des Bundespräsidenten, sondern informierte die Öffentlichkeit auch über den Inhalt des Telefongesprächs und den Drohungen von Christian Wulffs gegenüber der Bild Zeitung und Kai Diekmanns. Nach dem Skandal gab der Bundespräsident in Interviews den Fehler des Telefonanrufs zu, versuchte jedoch, den Vorfall herunterzuspielen und behauptete, er habe die Veröffentlichung des Berichts lediglich verzögern, nicht aber verhindern wollen. Angesichts der Meinungsverschiedenheiten bat Kai Diekmann Christian Wulff, um die Erlaubnis die Aufnahme zu veröffentlichen zu dürfen, doch Herr Wulff verweigerte deren Genehmigung (Diekmann, 2023).

In der Folge trat Christian Wulff am 17. Februar 2012 als Bundespräsident zurück, nachdem auch die Staatsanwaltschaft Ermittlungen gegen ihn eingeleitet hatte und eine Reihe von Ermittlungsschritten hinsichtlich von Korruptionsvorwürfen inklusive des Antrags der Staatsanwaltschaft Hannover seine Immunität aufzuheben eingeleitet wurden. Für unsere Überlegungen zu den rechtlichen Grenzen zwischen dem öffentlichem und privatem Bereich einer Berichterstattung ist es jedoch wichtig zu analysieren, ob der Inhalt der Nachricht veröffentlicht und auch die Audioaufnahme des Anrufbeantworters des Bild-Chefredakteurs zugänglich gemacht werden durften. War es wirklich notwendig, die Genehmigung des Bundespräsidenten für die Veröffentlichung der Aufnahme einzuholen? Hätten die deutsche Gesellschaft, die deutschen Bürger und die deutsche öffentliche Meinung angesichts des Kontexts der Nachricht und der möglichen Verletzung einer funktionalen Pflicht und politischen Verantwortung seitens Christian Wulff nicht das Recht, die Audioaufnahme der Kommunikation des politischen Führers mit dem Journalisten zu hören?

Tatsächlich sind die rechtlichen Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Bereich nicht so klar. Politiker sind zugleich öffentliche und private Personen. Daher ist es schwierig, Informationen über sie zu isolieren, die ausschließlich privat sind und daher nicht über die Presse veröffentlicht werden dürfen. Im Fall des Berichts über das Abendessen zwischen dem Politiker und dem Journalisten untersagte die Justiz dessen Veröffentlichung, da sie es als rein private Handlung betrachtete wurde, die durch das Grundrecht auf Privatsphäre geschützt sei. Im Fall des Berichts über die Nachricht, die der Politiker dem Journalisten auf seinem Anrufbeantworter übermittelte, betrachtete der Journalist dies selbst als private Handlung und bat den Politiker um Erlaubnis zur Veröffentlichung der Tonaufnahme, die ihm letztlich verweigert wurde.

Die Rechtsauslegung hängt daher auch von der Weltanschauung des Interpreten ab. Der Interpret ist Mitglied einer bestimmten politischen Gemeinschaft, Teil der Zivilgesellschaft und berücksichtigt zwangsläufig Kontext und Intersubjektivität als integrale Bestandteile des Entscheidungsprozesses. Bei der Entwicklung seiner moralischen Auslegung der Verfassung, um eine konkrete Antwort für die Entscheidung schwieriger Fälle zu finden, wägt der Interpret Verfassungsprinzipien ab und projiziert die besten Werte der jeweiligen politischen Gemeinschaft und Zivilgesellschaft zur Lösung des Problems. In diesem dynamischen Prozess ist es erforderlich und unvermeidlich, dass der Interpret das geltende Recht reflektiert, sich bei der Abwägung aber auch der ständig ändernden normativen Horizonte bewusst ist.

Tatsächlich wurde auch unsere heutige Gesellschaft durch neue Technologien verändert. Dieses Thema wurde auch von Offenloch in seinem Vortrag angesprochen und sollte im Rahmen dieser Überlegungen ebenfalls berücksichtigt werden. Wie lassen sich die rechtlichen Grenzen zwischen öffentlichen und privaten Interessen in der Presse und den sozialen Medien ziehen? Obwohl soziale Medien von privaten Unternehmen betrieben werden, handelt es sich um virtuelle Räume, die oft Milliarden von regelmäßigen Nutzern auf öffentlichen Kommunikationsplattformen zusammenbringen. Wie können sie als rein privater und nicht als öffentlicher Raum betrachtet werden, wenn soziale Medien zu den wichtigsten Plattformen für Kommunikation, politischen Diskurs und Meinungsäußerung geworden sind?

Ursprünglich herrschte eine libertäre Auffassung zur Meinungsfreiheit im Internet. Nicht umsonst verfasste und veröffentlichte John Perry Barlow die Unabhängigkeitserklärung des Cyberspace (Barlow, 1996). Heute ist man der Ansicht, dass die Meinungsfreiheit im Internet kontrolliert und reguliert werden könnte und sollte. Nicht umsonst setzt sich Tim Berners-Lee seit über einem Jahrzehnt für die Verabschiedung einer Magna Carta für das Internet ein (Kiss, 2014). Ende des 20. Jahrhunderts herrschte die Ansicht, das Internet müsse vor staatlichen Eingriffen geschützt werden, wohingegen zu beachten ist, dass die Notwendigkeit staatlicher Kontrolle und Regulierung sozialer Medien als Teil des Internets nach und nach anerkannt wurde. Ausgehend von einer Metapher des brasilianischen Konstitutionalismus für private und öffentliche Kommunikationsräume bestand das ursprüngliche Bild darin, dass soziale Netzwerke privaten Gärten ähnelten, während man heute solche Räume eher als öffentliche Plätze betrachtet (Saldanha, 1983).

Auch hinsichtlich der Erforschung der rechtlichen Grenzen öffentlicher und privater Räume im Internet besteht ein wichtiger Austausch zwischen Brasilien und Deutschland. Ein Beispiel hierfür ist die deutsche Strategie der regulierten Selbstregulierung, die als Inspiration für brasilianische doktrinaire und gesetzgeberische Debatten zur Kontrolle der Internetkommunikation diente (Sarlet, 2019; Campos, 2025). Andererseits ist Brasilien Vorreiter bei Initiativen zur normativen Kontrolle von Algorithmen mit dem Ziel, Diskriminierung und Ungerechtigkeiten zu korrigieren, die in den normativen Vorgaben der mathematischen Formeln zur Programmierung computergestützter Entscheidungsprozesse liegen (Fortes, 2020; Fortes, Martins, Oliveira, 2021; Fortes, 2021).

Im Rahmen der Debatte um die Verfassungsmäßigkeitskontrolle hat das STF im Juni 2025 eine Reihe von Haftungsparametern für digitale Plattformen aufgrund von Inhalten Dritter

festgelegt, da es der Ansicht war, dass der geltende gesetzliche Schutz nicht ausreicht, um Grundrechte und Demokratie effektiv zu schützen. Es wurde eine Liste schwerer Straftaten erstellt, bei denen die digitalen Plattformen unverzüglich Maßnahmen ergreifen müssen, um die strafbaren Inhalte zu entfernen. Zu diese zählen unter anderem Putschversuche, Abschaffung des demokratischen Rechtsstaats, Terrorismus, Anstiftung zu Verstümmelung oder Selbstmord, Rassismus, Homophobie und Verbrechen gegen Frauen und Kinder. Es wurde außerdem festgelegt, dass die Anbieter solcher Plattformen Selbstregulierungsmechanismen einrichten müssen, darunter ein Benachrichtigungs- und Warnsystem, standardisierte Schutzverfahren und jährliche Transparenzberichte über gefährdende Vorkommnisse und Abhilfemaßnahmen. Diese Charakterisierung des Problems ähnelt den Bedingungen der Debatte, die Offenloch in seinem Vortrag im Rahmen der aktuellen Herausforderungen für den Schutz von Demokratie und Grundrechten aufgeworfen hat.

5. ABSCHLIESSENDE ÜBERLEGUNGEN

Wenn Menschen in Deutschland in ihren Grundrechten verletzt werden und Unrecht erfahren, suchen sie oft rechtlichen Schutz und sagen: „Ich gehe bis nach Karlsruhe“ (Lamprecht, 2011). Im Februar 2025, im Rahmen des interkulturellen wissenschaftlichen Austausch mit Herrn Richter am Bundesverfassungsgericht Thomas Offenloch und Frau Richterinnen am Bundesverfassungsgerichts Rhona Fetzer, hatten wir das Vergnügen, einen Teil des Karlsruher Verfassungsgerichts auf einer wissenschaftlichen Reise nach Brasília und Rio de Janeiro zu begrüßen. Es war eine großartige Gelegenheit des gegenseitigen Lernens, Diskutierens und des Austauschs über die verfassungsmäßige Demokratie und den Schutz der Grundrechte. Dieser Aufsatz entstand im Rahmen meiner verfassungsrechtlichen Gespräche mit dem Herrn Offenloch.

Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die zweihundertjährige tiefe historische Freundschaft zwischen Brasilien und Deutschland, die sich nicht nur in der deutschen Einwanderung in Brasilien widerspiegelt, sondern auch einen wichtigen kulturellen Einfluss im Allgemeinen und insbesondere in brasilianischen Recht fand. In der gegenwärtigen Situation erkennen deutsche und brasilianische Juristen wieder zunehmend die Notwendigkeit, die Demokratie effektiv zu verteidigen und die verbürgten Grundrechte zu schützen. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit muss daher die öffentliche Kommunikation im Allgemeinen ermöglichen, und satirische Kritik auch gegenüber von Politiker erlauben. Gleichzeitig muss das Recht auch einen privaten Kernbereich schützen und die widerstreitenden Interessen wirksam gegeneinander abwägen und zu gerechten und verfassungsgemäßen Urteilen kommen. Basierend auf den Überlegungen von Offenloch und den Entscheidungen des deutschen und brasilianischen Verfassungsgerichte untersucht dieser Aufsatz die rechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit zwischen der privaten und öffentlichen Sphäre auf originelle und relevante Weise unter Berücksichtigung einer Reihe konkreter Beispiele aus Brasilien und Deutschland heran.

Die Problemfrage dieses Artikels erläutert, wie die Positionierung eines Rechtsfalls auf verschiedenen Seiten der rechtlichen Grenzen zwischen dem öffentlichen und privaten Bereich den Schutz des Grundrechts auf Meinungsfreiheit beeinflusst. Die Diskussion über die Meinungsfreiheit nimmt beispielsweise eine andere Wendung, wenn man erklärt, dass eine

Neonazi-Gruppe einen Marsch in einer Stadt mit einer lebendigen jüdischen Gemeinde wie Skokie veranstalten will. Selbst in den Vereinigten Staaten mit ihrem weiten Verständnis der Meinungsfreiheit gemäß des ersten Zusatzartikel zur Verfassung, gibt es Grenzen dafür, wie sehr Meinungsäußerung als Mittel zur Gewalt im öffentlichen Raum eingesetzt werden können.

Im Falle Deutschlands und Brasiliens, wo die Meinungsfreiheit mit anderen verfassungsmäßigen Werten wie Privatsphäre und Menschenwürde in Einklang gebracht werden kann, ist es wichtig zu prüfen, ob die Absicht, eine öffentliche Demonstration zu organisieren, nur als Vorwand für Hass und Diskriminierung dient. Ähnliche Überlegungen lassen sich anstellen, wenn jemand den öffentlichen Raum missbraucht, um unter dem Vorwand der Satire rassistische Freizeitbeschäftigungen ausübt. Eine weitere Möglichkeit, bei der Auslegung und Betrachtung der Meinungsfreiheit, besteht darin, den Analysefokus zu erweitern. So betrachten wir beispielsweise das Abendessen zwischen einem Politiker und einem Journalisten nicht nur als privaten Akt, sondern auch darauf, wie Freundschaft dazu beitragen kann, die Behandlung eines Regierungsvertreters durch eine öffentliche Berichterstattung zu verändern und welche Auswirkungen diese Berichterstattung auf die demokratischen und rechtsstaatlichen Prozesse selbst hat. Auch im Fall der Berichterstattung zwischen dem ehemals deutschen Präsidenten und dem Herausgeber der Bild-Zeitung erscheint es uns klar, dass die öffentliche Dimension die Veröffentlichung der Audioaufnahme ohne ausdrückliche Zustimmung der Parteien rechtfertigen würde. Und schließlich können das Internet und die sozialen Medien nicht länger als privat und einer libertären Logik unterliegend betrachtet, sondern müssen als öffentlich und der Logik der Rechenschaftspflicht und der konstitutionellen Demokratie unterworfen werden.

Diese Studie ist originell und relevant, da sie die öffentlichen und privaten Dimensionen der Meinungsfreiheit im Kontext ihrer Werteabwägung und der Auslegung untersucht. Als eigenständiger Beitrag zur brasilianischen Wissenschaftsliteratur stellt diese Debatte den Grundsatz des Vorrangs des öffentlichen Interesses dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegenüber (Sarmiento, 2007; Pietro, Ribeiro, 2010; Binenbojm, 2019) und trägt dazu bei die Artikulation der öffentlichen und privaten Dimensionen der betroffenen Interessen in die Analyse der Werteabwägung zu berücksichtigen. Diese Studie entstand im Rahmen eines wissenschaftlichen Dialogs mit Herrn Richter am Bundesverfassungsgerichts Thomas Offenloch während seines Besuchs in Brasilien im Februar 2025. Die zukünftige Forschung sollte den Umfang der Debatte erweitern und neue konkrete Fälle für weitere Studien zu den Grenzen zwischen öffentlichen und privaten Interessen in der Analyse der fundamentalen Demokratie und des Grundrechtsschutzes analysieren.

BIBLIOGRAPHIE

Barlow, John Perry. A Declaration of Independence of Cyberspace, 1996, disponível em <https://www.eff.org/cyberspace-independence>

Barroso, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Saraiva Educação SA, 2025, 13a edição.

Binenbojm, Gustavo. Ainda a supremacia do interesse público. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 2, n. 2, 2019.

Campos, Ricardo. A Necessary Cognitive Turn in Digital Constitutionalism: Regulated Self-Regulation as a Regulatory Mechanism for Artificial Intelligence (AI) in Comparative Law. In: *Digital Constitutionalism*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2025. p. 113-136.

Chilton, Adam; Versteeg, Mila. *How constitutional rights matter*. Oxford University Press, 2020.

Crick, Bernard. *Democracy: A very short introduction*. OUP Oxford, 2002.

Dahl, Robert A. *Polyarchy: Participation and opposition*. Yale university press, 2008.

De Tocqueville, Alexis. *Democracy in America*. Liberty Fund, 2012.

Diekmann, Kai. *Ich war BILD: Ein Leben zwischen Schlagzeilen, Staatsaffären und Skandalen*. DVA, 2023.

Dworkin, Ronald. Hard cases. *Harv. L. Rev.*, v. 88, p. 1057, 1974.

Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.

Fortes, Pedro Rubim Borges. Crises da democracia e de governo: um ensaio de história constitucional brasileira em defesa da Constituição-Cidadã e da cidadania emancipada. *Passagens: International Review of Political History & Legal Culture*, v. 15, n. 1, 2023.

Fortes, Pedro Rubim Borges. Democratic Crisis in South America? Ten Points for Debate. Richard Clary, Zim Nwokora, and Galligan, Denis James (Ed.). *Democracy in Crisis: The Putney Debates 2023*. Hart Publishing, 2025.

Fortes, Pedro Rubim Borges; Kampourakis, Ioannis. Exploring Legal Borderlands: Introducing the Theme. *Rei-Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 639-655, 2019.

Fortes, Pedro Rubim Borges. Hasta la vista, baby: reflections on the risks of algocracy, killer robots, and artificial superintelligence. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, v. 71, n. 279, p. 45-72, 2021.

Fortes, Pedro Rubim Borges. Paths to digital justice: Judicial robots, algorithmic decision-making, and due process. *Asian Journal of Law and Society*, v. 7, n. 3, p. 453-469, 2020.

Fortes, Pedro Rubim Borges; Martins, Guilherme Magalhães; Oliveira, Pedro Farias. Digital geodiscrimination: how algorithms may discriminate based on consumers' geographical location. *Droit et société*, v. 107, n. 1, p. 145-166, 2021.

Hailbronner, Michaela. Wehrhafte Demokratie light oder doch Verbotsverfahren?. *Zeitschrift für Parteienwissenschaften*, n. 2, p. 170-176, 2024.

Kiss, Jemima. An Online Magna Carta: Berners-Lee Calls for Bill of Rights for Web, *Guardian*, 12/03/2014, disponível em <https://www.theguardian.com/technology/2014/mar/12/online-magna-carta-berners-lee-web>

Lamprecht, Rolf. *Ich gehe bis nach Karlsruhe: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts-Ein SPIEGEL-Buch*. DVA, 2011.

Law, David. Canon and Comparative Constitutional Law, em Vicki C. Jackson e Madhav Khosla (eds.), *Redefining Comparative Constitutional Law: Essays for Mark Tushnet*. Oxford University Press, 2025.

Loewenstein, Karl. *Brazil under Vargas*. Macmillan, 1942.

Loewenstein, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. *American political science review*, v. 31, n. 3, p. 417-432, 1937-A.

Loewenstein, Karl. Militant democracy and fundamental rights, II. *American Political Science Review*, v. 31, n. 4, p. 638-658, 1937-B.

Lübberding, Frank. *Der Scharlatan*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12.10.2012.

Michelman, Frank I. The bill of rights, the common law, and the freedom-friendly state. *U. Miami L. Rev.*, v. 58, p. 401, 2003.

Moreira, Adilson José. *Racismo recreativo*. Polen, 2019.

Offenloch, Thomas. A atuação dos Poderes e estímulos jurídicos a uma cultura democrática. *Revista da Escola Superior do Ministério Público da União – RESMPU*, Brasília-DF, v. 3, n. 1, jan./jul. 2025.

Pietro, Maria Sylvia Zanella di; Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

Popper, Karl. *The open society and its enemies*. Routledge, 2012.

Przeworski, Adam. *Crises da democracia*. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2020.

Saldanha, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado “privado” e o lado “público” da vida social e histórica. *Ciência & Trópico*, v. 11, 1983.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais*. *Rei-Revista Estudos Institucionais*, 2019.

Sarmento, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 23-116, 2007.

Sartori, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada. O Debate Contemporâneo*. São Paulo, Ática, 1994.

Schüler, Fernando. *A marcha da Insensatez*, *Veja*, 2024, disponível em <https://veja.abril.com.br/coluna/fernando-schuler/a-marcha-da-insensatez-2/>

Schumpeter, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. Routledge, 2013.

Tepedino, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Tribe, Laurence H. *American constitutional law*. Foundation Press, 1978.

ZUGANG ZU HÖHEREN GERICHTEN IN DEUTSCHLAND: BESCHRÄNKUNGEN FÜR RECHTSMITTEL IM DEUTSCHEN ZIVILVERFAHRENSRECHT IM SPANNUNGSFELD ZWISCHEN EFFIZIENZ DER JUSTIZ UND VERFAHRENSGRUNDRECHTEN

*Michael Stöber*¹

Prof. Dr. iur. habil.

I. EINLEITUNG

Im deutschen Zivilverfahrensrecht nimmt der Zugang zu höheren Gerichten eine zentrale Rolle für den effektiven Rechtsschutz ein. Dabei stehen den Parteien des Rechtsstreits verschiedene Rechtsmittel zur Verfügung. Hervorzuheben sind die beiden Rechtsmittel der Berufung und der Revision. Während die Revision beim Bundesgerichtshof (BGH), dem höchsten deutschen Gericht in Zivilsachen, von der Zulassung abhängig ist, kann die Berufung durch die Zurückweisung durch einstimmigen Beschluss beschränkt werden.

Zwischen der Gewährleistung eines möglichst effektiven Rechtsschutzes durch die im Grundgesetz (GG) – der deutschen Verfassung – garantierten Justizgrundrechte und den Bemühungen um eine Entlastung der Justiz durch die Beschränkung von Rechtsmitteln besteht beim Zugang zu höheren Gerichten in Deutschland ein gewisses Spannungsverhältnis. Es stellt sich die Frage, ob solche Beschränkungen des Zugangs zu höheren Gerichten gerechtfertigt sind oder ob sie den Zugang übermäßig erschweren.

Zunächst erfolgen eine kurze Darstellung der Rechtsmittel im deutschen Zivilverfahrensrecht und eine Erörterung der verfassungsrechtlichen Grundlagen. Anschließend werden die verschiedenen Beschränkungen für die Rechtsmittel dargestellt, die den Zugang zu höheren Gerichten in Deutschland betreffen. Dabei wird das Spannungsfeld zwischen der Gewährleistung einer effizienten Justiz und den betroffenen Verfahrensgrundrechten näher betrachtet.

II. ÜBERSICHT ÜBER DIE WICHTIGSTEN RECHTSMITTEL IM DEUTSCHEN ZIVILVERFAHRENSRECHT

1. BERUFUNG

Das deutsche Zivilverfahrensrecht einschließlich der Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen ist im Wesentlichen in der Zivilprozessordnung (ZPO) geregelt. Diese wurde in ihrer ursprünglichen Fassung im Jahr 1877, also noch in Zeiten des 19. Jahrhunderts,

¹ Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Steuer-, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Er dankt seinem Wissenschaftlichen Mitarbeiter Jan Fischer für die Unterstützung bei der Vorbereitung des Vortrags, der diesem Beitrag zugrunde liegt.

gegründeten Kaiserreichs, erlassen und ist damit älter als das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) aus dem Jahr 1896.

Die Berufung ist das Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Urteile der Amtsgerichte und Landgerichte. Sie eröffnet eine zweite Tatsacheninstanz, die auf Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung ausgerichtet ist und in der – in gewissen Grenzen – auch eine neue Beweisaufnahme stattfinden kann. Berufungsgericht ist das Landgericht (LG) bei erstinstanzlichen Entscheidungen der Amtsgerichte (AG) in allgemeinen Zivilsachen² oder das Oberlandesgericht (OLG), wenn in erster Instanz das Landgericht entschieden hat.³

2. REVISION

In der Revision wird das Berufungsurteil dagegen lediglich auf Rechtsfehler überprüft. Eine erneute Beweisaufnahme findet nicht statt. Über die Revision gegen Berufungsurteile des LG und des OLG entscheidet der BGH als Revisionsgericht.⁴ Verweigert das Berufungsgericht die Zulassung der Revision, kann eine Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH erhoben werden.⁵ Hat die Nichtzulassungsbeschwerde Erfolg, leitet sie in der Regel unmittelbar ins Revisionsverfahren über.⁶

III. DER VERFASSUNGSRECHTLICHE JUSTIZGEWÄHRANSPRUCH UND SEINE REICHWEITE – GRUNDRECHT AUF EINE ZWEITE INSTANZ?

Nach der ständigen Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, dass jeder Bürger grundsätzlich auch in Zivilsachen einen allgemeinen Justizgewähranspruch hat, d. h. ein subjektives Recht auf Zugang zu den staatlichen Gerichten, auf die Prüfung seines Anspruchs in einem förmlichen Verfahren sowie auf eine verbindliche gerichtliche Entscheidung.⁷

Nach Ansicht des BVerfG sind jedoch mehrere gerichtliche Instanzen verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten. Vielmehr reicht es nach der Rechtsprechung des BVerfG auch in Zivilsachen grundsätzlich aus, wenn die Rechtsordnung eine einmalige Möglichkeit zur Erlangung der Entscheidung eines staatlichen Gerichts eröffnet. Dies ist bislang auch die nahezu einhellige Meinung in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur.⁸

2 § 72 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).

3 § 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG; s. auch Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, Vorb. zu § 511 Rn. 4.

4 § 133 GVG; s. auch Feskorn, in: Zöller, ZPO, Vorb. zu §§ 542–566 Rn. 3.

5 § 544 ZPO.

6 S. § 544 Abs. 8 ZPO.

7 S. etwa BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (401 f.).

8 Statt vieler Rauscher, in: MünchKomm-ZPO, Einl. Rn. 299.

Nach dem BVerfG ist es Aufgabe des Gesetzgebers, unter Abwägung und Ausgleich der verschiedenen betroffenen Interessen zu entscheiden, ob es bei einer Instanz bleiben soll oder ob mehrere Instanzen bereitgestellt werden und unter welchen Voraussetzungen sie angerufen werden können, so dass mehrere Instanzen von Verfassungs wegen nicht garantiert sind.⁹ Soweit der Gesetzgeber ein bestimmtes Rechtsmittel einräumt, steht es ihm im Grundsatz auch frei, es auf die Rüge bestimmter Rechtsverletzungen zu beschränken.¹⁰

Dies ist in zumindest einigen Ländern Lateinamerikas anders. So erkennt beispielsweise der kolumbianische Verfassungsgerichtshof, die *Corte Constitucional*, eine „*garantía constitucional del principio de la doble instancia*“ an, also eine Verfassungsgarantie einer zweiten Instanz.¹¹

Auch einige deutsche Juristen – und auch ich selbst – widersprechen dem BVerfG und vertreten die Auffassung, dass aus dem verfassungsrechtlichen Justizgewähranspruch ein subjektives Recht auf mindestens eine weitere Instanz herzuleiten ist. Als Argument für diese Sichtweise kann das vom BVerfG selbst entwickelte Gebot eines effektiven Rechtsschutzes angeführt werden.¹² Das BVerfG stellt selbst fest, dass der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes es verbietet, den Zugang zur jeweils nächsthöheren Instanz in unzumutbarer Weise oder willkürlich zu erschweren.¹³ Nach Ansicht des BVerfG soll dies jedoch nur gelten, sofern der Gesetzgeber überhaupt mehrere Instanzen zur Verfügung stellt.¹⁴ Diese Sichtweise führt zu folgendem Widerspruch: „Die Bereitstellung eines beschwerlichen Rechtsmittels stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken, die totale Verweigerung hingegen nicht, obgleich ein solches beschwerliches Rechtsmittel dem Bürger mehr dient als überhaupt kein Rechtsmittel.“¹⁵

Nach richtiger Auffassung umfasst der Justizgewähranspruch daher ein Recht auf mindestens eine weitere Instanz. Einige Autoren begründen dies mit dem Gebot der Folgerichtigkeit, das aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG folgt: Wenn der Gesetzgeber eine Gerichtsbarkeit mit mehreren Instanzen schafft, muss er sich an dieser Entscheidung festhalten lassen und dem Bürger folgerichtig auch den Zugang zu mindestens einer weiteren Instanz gewähren.¹⁶ Ich meine jedoch, dass schon die Schaffung

9 BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02107, 395 (402); ebenso BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87, 1 BvR 1421/86, BVerfGE 92, 365 (410); BVerfG, Beschl. v. 25.01.2005 – 2 BvR 656/99, 2 BvR 657/99, 2 BvR 683/99, BVerfGE 112, 185 (207); BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248 (271).

10 BVerfG, Beschl. v. 08.01.2004 – 1 BvR 864/03, NJW 2004, 1371.

11 S. etwa *Corte Constitucional*, Urteil C-718/12 v. 18.09.2012, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-718-12.htm>.

12 *Vofßkuhle*, NJW 1995, 1377 (1381).

13 BVerfG, Beschl. v. 05.08.2002 – 2 BvR 1108/02, NJW 2003, 281.

14 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 – 2 BvR 1055/76, BVerfGE 49, 329 (341).

15 Gilles, JZ 1985, 253 (260).

16 Bethge, NJW 1991, 2391 (2398).

eines Gerichtssystems mit mehreren Instanzen nicht im Ermessen des Gesetzgebers steht. Vielmehr ist der Gesetzgeber grundsätzlich von Verfassungs wegen verpflichtet, dem Bürger in allen Gerichtsbarkeiten und auch in Zivilsachen die Überprüfung einer erstinstanzlichen Entscheidung durch mindestens eine weitere Instanz zu ermöglichen.

Oberstes Ziel eines Rechtsstaats muss die Gewährleistung von Gerechtigkeit sein. Die Gefahr einer ungerechten Entscheidung durch die staatliche Justiz wird deutlich minimiert, wenn nicht nur ein Gericht, sondern noch ein weiteres höheres Gericht den betreffenden Rechtsstreit beurteilt. Man kann von einem Vier-Augen-Prinzip sprechen. Fehlentscheidungen durch erstinstanzliche Gerichte sind auch in Deutschland kein nur in seltenen Ausnahmefällen vorkommendes, sondern ein durchaus häufiges Phänomen. Auch in Deutschland hat die Qualität der Rechtsprechung in den letzten Jahren merklich abgenommen; eine Analyse der Gründe hierfür würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Ein effektiver Rechtsschutz ist nur gewährleistet, wenn dem Bürger grundsätzlich die Möglichkeit gegeben wird, eine erstinstanzliche Fehlentscheidung durch zumindest eine weitere Instanz überprüfen zu lassen. Nur so wird ein Rechtsstaat seiner Verpflichtung gerecht, für größtmögliche Gerechtigkeit zu sorgen. Dies gilt umso mehr, weil die Möglichkeit einer Aufhebung des Urteils in einer zweiten Instanz durchaus auch geeignet ist, den erstinstanzlichen Richter von willkürlichen Entscheidungen abzuhalten. Auch in Deutschland kommen willkürliche richterliche Entscheidungen vor, wie ich aus meiner früheren rund zwölfjährigen Tätigkeit als Rechtsanwalt bestätigen kann.

Dies bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber nicht den Zugang zu einer zweiten Instanz von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig machen oder ausnahmsweise sogar ganz ausschließen dürfte, z. B. in Bagatellfällen mit geringem Streitwert. So sieht es auch die kolumbianische Corte Constitucional.¹⁷ Im Grundsatz gebietet das Rechtsstaatsprinzip jedoch die Schaffung einer zweiten Instanz.

IV. BESCHRÄNKUNGEN DER RECHTSMITTEL UND VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG

1. ALLGEMEINE ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN

A) FRIST- UND FORMGERECHTE EINLEGUNG UND BEGRÜNDUNG

Ich will nun die verschiedenen Beschränkungen der Rechtsmittel im deutschen Zivilprozessrecht näher betrachten und eine verfassungsrechtliche Bewertung vornehmen.

Die Rechtsmittel der Berufung und der Revision müssen stets die jeweiligen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen. Diese stellen damit die erste Hürde dar, die für den Zugang zu höheren Gerichten zu überwinden ist. Berufung und Revision sind nur zulässig, wenn sie innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Rechtsmittelfristen¹⁸ und

17 S. etwa Corte Constitucional, Urteil C-718/12 v. 18.09.2012, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-718-12.htm>.

18 §§ 517, 548 ZPO.

unter Wahrung der gesetzlich vorgeschriebenen Form eingelegt werden.¹⁹ Sowohl die Berufungs- als auch die Revisionsfrist beträgt einen Monat und beginnt jeweils mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils.

Die Zulässigkeit der Berufung und der Revision hängt außerdem davon ab, dass das jeweilige Rechtsmittel form- und fristgerecht begründet wird.²⁰ Die Begründungsfrist beträgt jeweils einen weiteren Monat.

Die genannten Form- und Fristerfordernisse erschweren den Zugang zu den höheren Gerichten nicht unangemessen und sind daher verfassungsrechtlich unbedenklich.

B) BESCHWER

Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung eines jeden Rechtsmittels ist die Beschwer des Rechtsmittelführers. Diese besteht in dem Umfang, in dem die angefochtene Entscheidung hinter dem Rechtsschutzbegehren zurückbleibt, das die betreffende Partei in der Vorinstanz verfolgt hat.²¹ Beim Kläger ist dies regelmäßig der Fall, soweit der Inhalt der angefochtenen Entscheidung von seinen Anträgen in der unteren Instanz nachteilig abweicht und in diesem Sinne eine formelle Beschwer vorliegt.²² Beim Beklagten stellt die Rechtsprechung auf die materielle Beschwer ab. Diese liegt bei jedem nachteiligen, der Rechtskraft fähigen Inhalt der angefochtenen Entscheidung vor. Unerheblich sind damit die Vollstreckungsfähigkeit und die in der unteren Instanz gestellten Anträge.²³

C) ANWALTSZWANG

In der Berufungs- und in der Revisionsinstanz, also vor den Landgerichten, Oberlandesgerichten und vor dem BGH, kann eine Partei sich nicht selbst vertreten, sondern muss zwingend durch einen Rechtsanwalt vertreten werden,²⁴ wobei für den BGH eine besondere Zulassung erforderlich ist,²⁵ über die nur 42 Rechtsanwälte in ganz Deutschland verfügen.²⁶ Der Anwaltszwang soll im Interesse einer effizienten und funktionsfähigen Justiz sicherstellen, dass die Verfahren vor den höheren Gerichten nicht dadurch erschwert werden, dass sie durch juristische Laien geführt werden. Die Beauftragung eines Rechtsanwalts ist zwar stets mit Kosten verbunden, so dass in diesem Erfordernis eine Beschränkung des Zugangs zu den höheren Gerichten zu sehen ist. Allerdings sieht das deutsche Recht vor, dass wirt-

19 §§ 519, 549 ZPO; Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, Vorb. zu § 511 Rn. 34.

20 §§ 520, 551 ZPO; Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, Vorb. zu § 511 Rn. 15.

21 Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, Vorb. zu § 511 Rn. 16.

22 BGH, Urt. v. 02.02.1999 – VI ZR 25/98, NJW 1999, 1339; Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, Vorb. zu § 511 Rn. 18.

23 BGH, Beschl. v. 11.03.2015 – XII ZB 553/14, NJW-RR 2015, 1203 Rn. 8.

24 § 78 Abs. 1 ZPO.

25 S. §§ 164–170 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO).

26 Diese Beschränkung wird verfassungsrechtlich zu Recht kritisch gesehen, s. etwa Römermann, BB 2016, 2051 ff.

schaftlich schwache Parteien unter bestimmten Voraussetzungen Prozesskostenhilfe erhalten können.²⁷ Daher ist auch diese Beschränkung verfassungsrechtlich unbedenklich.²⁸

2. BESCHRÄNKUNGEN DER REVISION

A) ERFORDERNIS EINER ZULASSUNG DER REVISION

Seit dem Zivilprozessreformgesetz von 2001²⁹ bedarf die Revision der Zulassung.³⁰ Andererseits ist der Zugang zur Revisionsinstanz in allen berufungsfähigen Sachen eröffnet, ohne dass es auf den Streitwert ankommt.³¹ Die Zulassungsrevision unterscheidet sich damit von der früheren Streitwertrevision, die erst ab einem Streitwert von 60.000 DM zulässig war.³² Die Revision findet nur statt, wenn sie das Berufungsgericht in dem Urteil oder das Revisionsgericht auf Beschwerde gegen die Nichtzulassung zugelassen hat.³³ Die ist Revision zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.³⁴ Die Zulassung orientiert sich damit weniger an der Einzelfallgerechtigkeit als vielmehr an den Auswirkungen der Entscheidungen auf die Allgemeinheit und an dem Interesse der Allgemeinheit an der Revisionsentscheidung.³⁵

Darüber hinaus ist die Revision nach der Rechtsprechung des BGH zuzulassen, wenn das Berufungsurteil auf der Verletzung von Verfahrensgrundrechten beruht oder wegen anderer schwerwiegender Rechtsverletzungen das Vertrauen in die Rechtsprechung gefährden kann.³⁶ Dies kann beispielsweise bei einer Verletzung des Grundrechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) oder bei einem Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) der Fall sein. In diesen Fällen einer schweren Verletzung vor allem von Verfahrensgrundrechten steht ausnahmsweise die Einzelfallgerechtigkeit als Grund für die Zulassung der Revision im Vordergrund.

Die Ausgestaltung als Zulassungsrevision stellt eine wesentliche Hürde für den Zugang zu höheren Gerichten dar. Damit wird die Rechtsschutzmöglichkeit des Bürgers beschränkt. Diese Beschränkung dient der Gewährleistung einer effizienten Justiz. Auch nach meiner

²⁷ S. §§ 114–127 ZPO.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 12.05.1993 – 1 BvR 582/93, NJW 1993, 3192.

²⁹ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.07.2001, BGBl. I 2001, 1887, in Kraft getreten am 01.01.2002.

³⁰ Kessal-Wulf, in: BeckOK-ZPO, § 543 Rn. 1 ff.

³¹ S. §§ 542, 543 ZPO.

³² Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, § 543 Rn. 1; Krüger, in: MünchKomm-ZPO, § 543 Rn. 1.

³³ § 543 Abs. 1 ZPO.

³⁴ § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 08.01.2004 – 1 BvR 864/03, NJW 2004, 1371; Krüger, in: MünchKomm-ZPO, § 543 Rn. 1.

³⁶ Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, § 544 Rn. 2.

Auffassung gebietet die Verfassung nur den Zugang zu einer zweiten, nicht auch zu einer dritten Instanz. Die Entscheidung des Gesetzgebers, den Zugang zur dritten Instanz grundsätzlich auf Fälle zu beschränken, in denen ein besonderes Interesse der Allgemeinheit an einer Entscheidung durch das höchste Gericht in Zivilsachen besteht, kann nicht als willkürliche oder übermäßige Beschränkung des Zugangs zur Revisionsinstanz angesehen werden.³⁷ Auch nach meiner Auffassung kann im Erfordernis einer Zulassung der Revision daher kein Verstoß gegen Verfassungsgrundsätze gesehen werden.

B) DIE NICHTZULASSUNGSBESCHWERDE, § 544 ZPO

Gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht kann die betroffene Partei Beschwerde zum BGH einlegen, die sogenannte Nichtzulassungsbeschwerde.³⁸ Dabei handelt es sich um einen speziellen Rechtsbehelf, der den Zweck verfolgt, die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht einer Überprüfung durch das Revisionsgericht zuzuführen. Dadurch soll wiederum die Zulassung der Revision erreicht werden.³⁹ Der Nichtzulassungsbeschwerde ist stattzugeben, wenn einer der schon genannten Revisionszulassungsgründe vorliegt, also bei grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache oder bei Notwendigkeit einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung sowie bei schwerwiegenden Rechtsverletzungen.

Für die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde verlangt das Gesetz indes eine Mindestbeschwer von 20.000 Euro.⁴⁰ Dadurch sollen die Zivilsenate des BGH vor einer Überlastung geschützt und so im allgemeinen Interesse die Funktionsfähigkeit des obersten Zivilgerichts gesichert werden.⁴¹ Jedoch wird der Gedanke der Zulassungsrevision damit auch nicht konsequent eingehalten. Durch die Mindestbeschwer von 20.000 Euro hat ein Element der an sich abgeschafften Streitwertrevision überlebt. Dies ist ohne Zweifel inkonsequent und stellt eine Ungleichbehandlung dar, die gegen das Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen könnte.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist der Gleichheitsgrundsatz jedoch nur verletzt, wenn kein sachlicher Grund für die gesetzliche Differenzierung besteht. Dabei muss die Unsachlichkeit evident sein.⁴² Der sachliche Grund für die Mindestbeschwer von 20.000 Euro liegt darin, einer möglichen Überlastung des BGH vorzubeugen.⁴³ Dementsprechend dient die Regelung der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des

37 BVerfG, Beschl. v. 08.01.2004 – 1 BvR 864/03, NJW 2004, 1371 (1372).

38 § 544 Abs. 1 ZPO.

39 Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, § 544 Rn. 2.

40 § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

41 BT-Drucks. 19/13828, 13 f.; *Tolksdorf*, FS Schlick, 2015, 335 (340 ff.).

42 BVerfG, Beschl. v. 01.07.1964 – 1 BvR 375/62, BVerfGE 18, 121 (124).

43 Ebenso BGH, Beschl. v. 18.12.2002 – IX ZA 31/02, NJW-RR 2003, 645.

obersten Zivilgerichts. Dies stellt einen sachlichen Grund dar. Zudem folgt auch nach meiner Ansicht aus dem Justizgewähranspruch ein Anspruch auf eine zweite Instanz, nicht aber auf eine dritte Instanz oder womöglich weitere Instanzen. Daher ist das Erfordernis einer Mindestbeschwerde von 20.000 Euro für die Nichtzulassungsbeschwerde im Ergebnis verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

3. BESCHRÄNKUNGEN DER BERUFUNG

A) WERTGRENZE

Die Berufung ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 600 Euro übersteigt.⁴⁴ Bei einem Wert, der 600 Euro nicht übersteigt, ist der Zugang zur Berufungsinstanz also grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings handelt es sich um Bagatellfälle. Im Interesse eines effizienten Einsatzes der knappen staatlichen Ressourcen besteht ein berechtigtes Interesse des Staates, dass die höheren Gerichte nicht mit derartigen Bagatellfällen belastet werden.

Zudem muss das erstinstanzliche Gericht auch in Fällen, in denen der Wert des Beschwerdegegenstands nicht mehr als 600 Euro beträgt, die Berufung unter denselben Voraussetzungen zulassen, unter denen eine Revision zuzulassen ist, also bei grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.⁴⁵ Dadurch ist gewährleistet, dass auch in Angelegenheiten von geringem Wert, aber von hohem allgemeinen Interesse ein Zugang zu einer zweiten Instanz besteht. Allerdings besteht kein besonderer Rechtsbehelf der betroffenen Partei in Fällen, in denen der erstinstanzliche Richter die Berufung willkürlich nicht zulässt, obwohl er dies nach dem Gesetz müsste. Ich meine daher, dass die dargelegte gesetzliche Regelung den Zugang zur Berufungsinstanz unangemessen einschränkt und daher den verfassungsrechtlichen Justizgewähranspruch verletzt.

B) ZURÜCKWEISUNG DER BERUFUNG DURCH BESCHLUSS OHNE MÜNDLICHE VERHANDLUNG

Seit der ZPO-Reform von 2001⁴⁶ besteht eine weitere Beschränkung der Berufung in der Möglichkeit des Berufungsgerichts, die Berufung durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung einstimmig zurückzuweisen.⁴⁷ Dieses vereinfachte Verfahren soll bei den Berufungsgerichten Kapazitäten zur Bearbeitung verhandlungsbedürftiger Berufungen freisetzen.⁴⁸ Die Berufung soll zurückgewiesen werden, wenn offensichtlich keine Erfolgsaussicht

⁴⁴ § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

⁴⁵ § 511 Abs. 4 ZPO.

⁴⁶ S. Gesetz zur Reform des Zivilprozesses v. 27.07.2001, BGBl. I 2001, 1887, in Kraft getreten am 01.01.2002.

⁴⁷ § 522 Abs. 2 ZPO.

⁴⁸ Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, § 522 Rn. 2.

besteht, der Rechtsstreit keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung durch Urteil nach mündlicher Verhandlung auch nicht aus anderen Gründen geboten ist.⁴⁹

Die Erfolgsaussichten fehlen, wenn die Berufung nach dem Akteninhalt unbegründet ist und weiteres Vorbringen nicht zu erwarten ist.⁵⁰ Eine Berufung ist offensichtlich aussichtslos, wenn für einen Sachkundigen ohne längere Nachprüfung erkennbar ist, dass die angeführten Berufungsgründe das Urteil nicht zu Fall bringen können.⁵¹ Auch bei fehlenden Erfolgsaussichten darf die Berufung allerdings nicht zurückgewiesen werden, wenn die Sache grundsätzliche Bedeutung hat. Gleiches gilt, wenn sie der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient. Dabei gelten die gleichen Maßstäbe wie im Rahmen der Zulassung der Revision.

Schließlich darf die Berufung nur dann zurückgewiesen werden, wenn das Berufungsgericht eine mündliche Verhandlung einstimmig nicht für geboten hält. Diese Voraussetzung wurde im Jahr 2011 eingeführt⁵² und dient dem Schutz des Berufungsklägers.⁵³ Über die aussichtslose Berufung soll mündlich verhandelt werden, wenn dies aus anderen Gründen angebracht erscheint. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Rechtsverfolgung für den Berufungskläger existenzielle Bedeutung hat.⁵⁴

Die Möglichkeit der Zurückweisung der Berufung stellt eine weitere Hürde für den Zugang zu höheren Gerichten dar. Sie schränkt die Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers in erheblichem Maße ein, da ihm bereits die erstmalige Möglichkeit der Überprüfung des Urteils durch ein höheres Gericht genommen wird. Diese einmalige Überprüfung durch ein zweitinstanzliches Gericht ist Ausfluss des Gebots effektiven Rechtsschutzes und ist nach meiner Auffassung durch den Justizgewähranspruch verfassungsrechtlich garantiert (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG).

Immerhin ist aber ebenfalls im Jahr 2011 die Möglichkeit für den Berufungskläger eingeführt worden, gegen den die Berufung zurückweisenden Beschluss das Rechtsmittel einzulegen, „das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre“. Dies ist die Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH, über die ich bereits gesprochen habe. Einschränkend gilt jedoch die Wertgrenze von 20.000 Euro,⁵⁵ welche bei der Nichtzulassungsbeschwerde zu beachten ist. Liegt die Beschwer unterhalb von 20.000 Euro, steht somit kein Rechtsmittel zur Verfügung.⁵⁶ Bei einer Verletzung rechtlichen Gehörs besteht allenfalls die Möglichkeit

49 § 522 Abs. 2 ZPO.

50 Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, § 522 Rn. 21.

51 BT-Drucks. 17/6406, 11 unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 10.10.2001 – 2 BvR 1620/01, NJW 2002, 814 (815); Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, § 522 Rn. 21.

52 Durch Gesetz zur Änderung des § 522 der Zivilprozessordnung v. 21.10.2011, BGBl. I 2011, 2082.

53 BT-Drucks. 17/5334, 7.

54 Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, § 522 Rn. 23a.

55 § 522 Abs. 3 ZPO.

56 Seiler, in: Thomas/Putzo, § 522 Rn. 22 f.

der sogenannten Anhörungsrüge.⁵⁷ Im Übrigen bleibt nur die Möglichkeit, den Beschluss mit einer Verfassungsbeschwerde durch das BVerfG überprüfen zu lassen.⁵⁸

Das BVerfG hat die seit dem 01.01.2002 geltende Regelung über die einstimmige Zurückweisung der Berufung durch Beschluss schon in ihrer ursprünglichen Fassung als verfassungskonform beurteilt. Nach meiner Auffassung ist die Regelung jedoch auch nach den Entschärfungen, die der Gesetzgeber im Jahr 2011 vorgenommen hat, verfassungswidrig. Wie ich bereits ausgeführt habe, bin ich – im Gegensatz zum BVerfG – der Meinung, dass der verfassungsrechtliche Justizgewähranspruch auch den Zugang zu einer weiteren Instanz garantiert. Der Bürger hat ein Recht darauf, dass die erstinstanzliche Entscheidung durch ein zweitinstanzliches Gericht in einem ordnungsgemäßen Verfahren überprüft wird. Für ein ordnungsgemäßes Verfahren ist unverzichtbar, dass der Partei rechtliches Gehör gewährt wird. Auch das Recht auf rechtliches Gehör wird durch das Grundgesetz garantiert (Art. 103 Abs. 1 GG). Ein zentrales Element des rechtlichen Gehörs ist die Möglichkeit, in einer mündlichen Verhandlung mit dem Gericht in ein unmittelbares Rechtsgespräch einzutreten. Dementsprechend sieht die ZPO auch für das reguläre zivilgerichtliche Verfahren zwingend eine mündliche Verhandlung vor; nur ausnahmsweise kann mit Zustimmung beider Parteien auf eine mündliche Verhandlung verzichtet werden.⁵⁹

Auch dann, wenn das Gericht sich bereits auf der Grundlage des Inhalts der Akte und des schriftlichen Vorbringens der Parteien eine Meinung gebildet und die Berufung als unbegründet erachtet hat, ist eine mündliche Verhandlung nicht ohne jeden Sinn. Denn in der mündlichen Verhandlung bietet sich für den Berufungskläger die Möglichkeit, das Gericht im unmittelbaren Rechtsgespräch doch noch von seiner vorläufigen Beurteilung abzubringen. Diese Chance darf dem Berufungskläger aufgrund seines Justizgewähranspruchs nicht ohne seine Zustimmung genommen werden.

Genau diese Folge tritt jedoch zumindest in jenen Fällen ein, in denen der Wert der Beschwerde den Betrag von 20.000 Euro nicht übersteigt. In diesem Fall kann der Berufungskläger sich gegen den die Berufung zurückweisenden Beschluss auch nicht mit einer Nichtzulassungsbeschwerde wehren, so dass ihm die mündliche Verhandlung vor dem zweitinstanzlichen Gericht endgültig verwehrt wird. Bei einer Beschwerde von bis zu 20.000 Euro handelt es sich auch nicht um einen bloßen Bagatellrechtsstreit, so dass die Beschränkung des Zugangs zum zweitinstanzlichen Gericht auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Entlastung der Justiz gerechtfertigt werden kann. Die derzeitige Rechtslage ist daher nach meiner Überzeugung – und entgegen der Sichtweise des BVerfG – verfassungswidrig.

V. EXKURS: VERFASSUNGSBESCHWERDE

⁵⁷ § 321a ZPO.

⁵⁸ Seiler, in: Thomas/Putzo, § 522 Rn. 22.

⁵⁹ S. § 128 Abs. 2 ZPO

Gerichtliche Entscheidungen, gegen die nach dem Gesetz kein weiteres Rechtsmittel gegeben ist, können grundsätzlich nicht angefochten werden. Verletzungen des Grundrechts auf Gewährung rechtlichen Gehörs können mit der sogenannten Gehörsrüge geltend gemacht werden.⁶⁰ Die Verletzung von Verfahrensgrundrechten kann ausnahmsweise im Wege der Gegenvorstellung korrigiert werden. Darüber hinaus besteht aber keine Möglichkeit einer außerordentlichen Beschwerde wegen der Verletzung von Verfahrensgrundrechten oder wegen „greifbarer Gesetzwidrigkeit“.

Eine letzte Möglichkeit besteht jedoch in der Erhebung einer Verfassungsbeschwerde. Dies gilt für den Fall, dass ein Gericht einen Verfassungsverstoß nicht beseitigt.⁶¹ Dabei ist zu beachten, dass die Verfassungsbeschwerde nur unter engen Voraussetzungen zur Überprüfung einer Rechtsverletzung führt.⁶² Die Verfassungsbeschwerde ist nämlich kein zusätzlicher Rechtsbehelf zum fachgerichtlichen Verfahren. Vielmehr handelt es sich um eine gegenüber dem fachgerichtlichen Rechtsschutz streng subsidiäre besondere Vorkehrung zur Durchsetzung von Grundrechten. Die Prüfungsintensität ist eingeschränkt. Bei der Feststellung eines Grundrechtsverstoßes führt die verfassungsgerichtliche Kontrolle grundsätzlich zur Zurückweisung der Entscheidung an das Fachgericht, nicht etwa zur Ersetzung der angegriffenen Entscheidung durch das BVerfG.⁶³

Zudem kann die Verfassungsbeschwerde in Deutschland nur beim BVerfG erhoben werden. Dies ist beispielsweise in Kolumbien anders. Dort kann die Verfassungsbeschwerde (*acción de tutela*) bei jedem Richter erhoben werden.⁶⁴ Zudem bedarf die Verfassungsbeschwerde in Deutschland der Annahme durch das BVerfG. Dessen Annahmepaxis ist sehr restriktiv. Nur ungefähr 5 % der Verfassungsbeschwerden werden zur Entscheidung angenommen.⁶⁵ Wegen der sehr restriktiven Handhabung der Verfassungsbeschwerde ist es umso wichtiger, dass dem Bürger nicht durch den Ausschluss oder die übermäßige Beschränkung von Rechtsmitteln die Möglichkeit genommen wird, erstinstanzliche Entscheidungen durch eine zweite Instanz überprüfen zu lassen.

VI. ZUSAMMENFASSUNG

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass auch in Deutschland der Zugang zu höheren Gerichten einer Vielzahl von Beschränkungen unterliegt. Hierdurch kann es zu Konflikten mit dem verfassungsrechtlichen Justizgewähranspruch kommen. Entgegen der Rechtsprechung des BVerfG umfasst dieser nach meiner Ansicht auch in Zivilsachen grundsätzlich

60 § 321a ZPO.

61 BGH, Beschl. v. 07.03.2002 – IX ZB 11/02, NJW 2002, 1577; Ball, in: Musielak/Voit, ZPO, Vorb. zu § 511 Rn. 35.

62 S. §§ 90–95 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG).

63 BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, NJW 2003, 1924 (1927 f.).

64 S. Art. 86 der *Constitución Política de Colombia*.

65 S. den Bericht des BVerfG für 2022, S. 52 ff., https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/jahresbericht_2022.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

den Zugang zu einer weiteren gerichtlichen Instanz. Zu den Beschränkungen zählen zunächst die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Rechtsmittel der Berufung und der Revision, die im Wesentlichen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind. Bedenklich ist allerdings der unzureichende Zugang zur Berufungsinstanz in Fällen, in denen der Wert des Beschwerdegegenstands nicht mehr als 600 Euro beträgt. Das Erfordernis der Zulassung der Revision ist dagegen verfassungsrechtlich unproblematisch. Jedoch verletzt die gesetzliche Regelung über die Zurückweisung der Berufung durch einstimmigen Beschluss ohne mündliche Verhandlung den verfassungsrechtlichen Justizgewähranspruch.

Ich möchte mit der Anmerkung schließen, dass der Gesetzgeber in einem Rechtsstaat bei der Gewährung des Zugangs zu den höheren Gerichten – auch zum Verfassungsgericht oder zumindest zu einer verfassungsrechtlichen Prüfung durch die Fachgerichte – so großzügig wie möglich sein sollte. Insoweit weist auch das deutsche Recht gewisse Defizite auf.

LITERATUR

Ball, Wolfgang, in: Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung (ZPO), 22. Aufl. 2025, München.

Bethge, Herbert, Die verfassungsrechtliche Problematik einer Zulassungsberufung im Zivilprozeß – Einige kritische Anmerkungen zum Entwurf eines Rechtspflege-Entlastungsgesetzes, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1991, 2391 ff.

Feskorn, Christian, in: Zöller, Richard (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung (ZPO), 35. Aufl. 2024, Köln.

Gilles, Peter, Rechtsmittelreform im Zivilprozeß und Verfassungsrechtsaspekte einer Rechtsmittelbeschränkung, Juristen-Zeitung (JZ) 1985, 253 ff.

Kessal-Wulf, Sibylle, in: Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur Zivilprozessordnung (BeckOK-ZPO), Stand: 01.12.2024, München.

Krüger, Wolfgang, in: Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (MünchKomm-ZPO), Band. 2, 6. Aufl. 2020, München.

Rauscher, Thomas, in: Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (MünchKomm-ZPO), Band 1, 7. Aufl. 2025, München.

Römermann, Volker, Bestenauslese oder beste Beziehungen? – Zehn Thesen über die Auswahl der BGH-Anwälte, Betriebs-Berater (BB) 2016, 2051 ff.

Seiler, Christian, in: Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Hrsg.), Zivilprozessordnung (ZPO), 46. Aufl. 2025, München.

Tolksdorf, Klaus, Die Zulassungsrevision in Zivilsachen – Irrweg oder Erfolgsmodell, Festschrift (FS) Schlick, 2015, 337 ff.

Voßkuhle, Andreas, Erosionserscheinungen des zivilprozessualen Rechtsmittelsystems, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1995, 1377 ff.

ACESSO A TRIBUNAIS SUPERIORES NA ALEMANHA: RESTRICÇÕES A RECURSOS NA LEI PROCESSUAL ALEMÃ NA TENSÃO ENTRE EFICIÊNCIA JUDICIAL E DIREITOS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS

Michael Stöber¹

Titular da cadeira de Direito Civil, Direito Tributário, Direito Comercial e Econômico e Direito Processual Civil na Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemanha.

I INTRODUÇÃO

No direito processual civil alemão, o acesso aos tribunais superiores desempenha um papel central na tutela efetiva dos direitos. Vários recursos estão disponíveis para as partes em conflito. Dois recursos devem ser enfatizados: apelação (*Berufung*) e revisão (*Revision*). Uma revisão ao Superior Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof* – BGH), o mais alto tribunal alemão em matéria civil infraconstitucional, depende de uma decisão autorizativa, ou pelo próprio tribunal que proferiu a decisão recorrida, ou pelo provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de um recurso específico para destravar o processamento e garantir seguimento ao recurso. Uma apelação pode ser restringida por uma decisão unânime de rejeição.

Na Alemanha, há uma certa tensão entre garantir a tutela jurídica mais eficiente possível por meio dos direitos judiciais fundamentais garantidos na Lei Fundamental – *Grundgesetz* (GG), a Constituição alemã – e os esforços para reduzir a carga de trabalho sobre o Judiciário, restringindo os recursos quando se trata de acesso aos tribunais superiores. A questão que surge é se essas restrições de acesso aos tribunais superiores são justificadas ou se tornam o acesso excessivamente difícil.

Primeiramente, é apresentada uma breve descrição dos recursos na Lei Processual Civil alemã e uma discussão sobre os fundamentos constitucionais. Após, são apresentadas as diversas restrições aos recursos que afetam o acesso aos tribunais superiores na Alemanha. Em seguida, analisarei em mais detalhes a tensão entre a garantia de um Poder Judiciário eficiente e os direitos processuais fundamentais em questão.

II VISÃO GERAL DOS RECURSOS MAIS IMPORTANTES NA LEI PROCESSUAL CIVIL ALEMÃ

1 A APELAÇÃO (*BERUFUNG*)

O direito processual civil alemão, incluindo recursos contra decisões judiciais, é essencialmente regido pelo Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung* – ZPO). Ele foi publicado em sua versão original em 1877, ou seja, na época do Império Alemão (fundado em 1871) e, portanto, é mais antigo que o Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) de 1896.

¹ O autor gostaria de agradecer a seu assistente Jan Fischer por seu apoio na preparação da palestra na qual este artigo se baseia.

Uma apelação é um recurso contra as sentenças de primeira instância. Ela abre uma segunda instância em matéria de fato, que tem como objetivo revisar e retificar erros e na qual – dentro de certos limites – também pode ocorrer uma nova análise de provas. O tribunal de apelação é o Tribunal de Alçada (*Landgericht*) no caso de sentenças de primeira instância dos Juízos Locais (*Amtsgerichte*) em questões civis² ou o Tribunal de Justiça (*Oberlandesgericht*) se o tribunal de alçada tiver decidido em primeira instância³.

2 A REVISÃO (*REVISION*)

No recurso de revisão, no entanto, a decisão do tribunal de apelação é revisada apenas quanto a erros em questões jurídicas. Não é realizada uma nova análise de provas. É um meio de impugnação parecido com o "recurso especial" no Brasil. O Superior Tribunal de Justiça alemão decide sobre recursos contra decisões em apelação proferidas pelo Tribunal de Alçada e pelo Tribunal de Justiça quando atuam como tribunal de apelação⁴.

O tribunal de apelação realiza um primeiro juízo de admissibilidade e cabe a ele próprio autorizar ou não a subida do recurso de revisão. Se o tribunal de apelação se recusar a conceder permissão para revisão, o recorrente pode apresentar uma reclamação contra a não admissão⁵ ao Superior Tribunal de Justiça. Se a reclamação contra a negativa de seguimento para a revisão for bem-sucedida, ela levará, como regra geral, o caso diretamente ao julgamento do recurso de revisão⁶.

III O DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA E SEU ESCOPO – DIREITO FUNDAMENTAL A UMA SEGUNDA INSTÂNCIA?

De acordo com a jurisprudência estabelecida do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG), decorre do princípio do Estado de Direito no Artigo 20 (3), em conjunto com o direito fundamental geral à liberdade, previsto no Artigo 2 (1), ambos da Lei Fundamental, que todo cidadão tem um direito geral de acesso à justiça em questões civis, ou seja, um direito subjetivo de acesso aos tribunais estatais, ao exame de sua demanda ou ação judicial em um procedimento formal que terá, ao final, uma decisão judicial imperativa⁷.

Na opinião do Tribunal Constitucional Federal, entretanto, a norma constitucional não obriga que existam várias instâncias judiciais. Em vez disso, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, geralmente é suficiente, mesmo em questões civis, que o sistema jurídico ofereça uma única oportunidade de obter uma decisão de um tribunal estatal. Até o momento, essa também tem sido a opinião quase unânime na doutrina

2 § 72 da Lei de Organização dos Tribunais Alemães (*Gerichtsverfassungsgesetz* – GVG).

3 § 119 (1) No. 2 GVG; veja também BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, Vorb. zu § 511 para. 4.

4 § 133 GVG; veja também FESKORN, em: Zöller, ZPO, Vorb. zu §§ 542-566 para. 3.

5 § 544 ZPO.

6 § 544 (8) ZPO; veja também BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, Vorb. zu § 511 para. 5.

7 Veja, por exemplo, BVerfG, decisão de 30 de abril de 2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395 (401 s.).

alemã⁸. De acordo com o Tribunal Constitucional Federal, é tarefa do legislador decidir, após ponderar e equilibrar os vários interesses envolvidos, se deve haver apenas uma instância ou se várias instâncias devem ser garantidas e sob quais condições elas poderiam ser acionadas, visto que a Constituição não garante várias instâncias⁹. Na medida em que o legislador estabelece um recurso específico na lei, ele também é livre, em princípio, para limitá-lo à alegação de violações jurídicas específicas¹⁰.

Isso é diferente em pelo menos alguns países da América Latina. Por exemplo, a Corte Constitucional da Colômbia reconhece uma "*garantía constitucional del principio de la doble instancia*"¹¹.

Alguns autores – inclusive eu – também discordam do Tribunal Constitucional Federal alemão e consideram que um direito subjetivo a pelo menos mais uma instância pode ser derivado do direito constitucional da garantia de acesso à justiça. A exigência de tutela jurídica efetiva, desenvolvida pelo próprio Tribunal Constitucional Federal, pode ser citada como um argumento a favor desse ponto de vista¹². O Tribunal Constitucional Federal afirma que a garantia de uma tutela jurídica efetiva proíbe que se dificulte o acesso à instância superior de forma não razoável ou arbitrária¹³. De acordo com o Tribunal Constitucional Federal, no entanto, isso só deve ser aplicado se o legislador prever várias instâncias recursais¹⁴. Essa visão leva à seguinte contradição: "O estabelecimento de um recurso com limitações levanta preocupações constitucionais, enquanto a proibição total de recorrer não, mesmo que tal recurso com limitações sirva ao cidadão mais do que não haver nenhum recurso previsto em lei"¹⁵.

O entendimento correto, na minha visão, é de que o direito ou garantia de acesso à justiça inclui, portanto, o direito a pelo menos mais uma instância. Alguns autores justificam isso com a exigência de consistência, que decorre do direito fundamental geral à igualdade no Artigo 3 (1) da Lei Fundamental: se o legislador criar um processo jurisdicional com várias instâncias, ele deve assumir as consequências dessa decisão e, logicamente, também conceder aos cidadãos acesso a pelo menos mais uma instância¹⁶. Entretanto, acredito que a criação de um sistema judicial com várias instâncias não é totalmente livre, a critério do

8 Em vez de muitos RAUSCHER, em: MünchKomm-ZPO, Introdução, para. 299.

9 BVerfG, decisão de 30 de abril de 2003 – 1 PBvU 1/02107, 395 (402); também BVerfG, decisão de 4 de julho de 1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87, 1 BvR 1421/86, BVerfGE 92, 365 (410); BVerfG, decisão de 25 de janeiro de 2005 – 2 BvR 656/99, 2 BvR 657/99, 2 BvR 683/99, BVerfGE 112, 185 (207); BVerfG, decisão de 15 de janeiro de 2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248 (271).

10 BVerfG, decisão de 8 de janeiro de 2004 – 1 BvR 864/03, BVerfG NJW 2004, 1371.

11 Veja, por exemplo, Corte Constitucional, decisão C-718/12 de 18 de setembro de 2012, <https://tinyurl.com/3rfxkke9>.

12 VOSSKUHL, NJW 1995, 1377 (1381).

13 BVerfG, decisão de 5 de agosto de 2002 – 2 BvR 1108/02, NJW 2003, 281.

14 Cf. BVerfG, decisão de 11 de outubro de 1978 – 2 BvR 1055/76, BVerfGE 49, 329 (341).

15 GILLES, JZ 1985, 253 (260).

16 BETHGE, NJW 1991, 2391 (2398).

legislador. Em vez disso, o legislador é fundamentalmente obrigado pela constituição a permitir que os cidadãos, em todas os procedimentos civis, tenham uma decisão de primeira instância revisada por pelo menos mais uma instância.

O principal objetivo de um Estado de Direito deve ser garantir a justiça. O risco de uma decisão injusta do Judiciário estatal é significativamente minimizado se não apenas um juízo, mas também outro tribunal recursal puder julgar a disputa em questão. Pode-se falar de um “princípio de quatro olhos”. As decisões erradas dos juízos de primeira instância não são apenas uma rara exceção na Alemanha, mas um fenômeno muito comum. Na Alemanha, também, a qualidade da jurisprudência diminuiu sensivelmente nos últimos anos; porém, analisar as razões para isso iria além do escopo desta apresentação. A tutela jurídica efetiva só pode ser garantida se os cidadãos tiverem a oportunidade de ter uma decisão errônea de primeira instância revisada por pelo menos mais uma instância. Somente dessa forma um Estado Constitucional pode cumprir sua obrigação de garantir o máximo acesso à justiça possível. Isso se justifica ainda mais porque a possibilidade de ter uma sentença anulada em uma segunda instância também é uma boa maneira de evitar que o juiz de primeira instância tome decisões arbitrárias. Decisões judiciais arbitrárias também acontecem na Alemanha, como posso confirmar em meu trabalho anterior como advogado por cerca de doze anos.

Isso não significa que o legislador não possa fazer com que o acesso a uma segunda instância dependa do cumprimento de certas condições ou, em casos excepcionais, até mesmo excluí-lo completamente, por exemplo, em casos de um valor da causa baixo. Essa também é a opinião da Corte Constitucional da Colômbia¹⁷. Como regra geral, entretanto, o princípio do Estado de Direito exige a criação de uma segunda instância.

IV RESTRIÇÕES A RECURSOS E ANÁLISE DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

1 REQUISITOS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE

A) APRESENTAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO EM TEMPO E MODO ADEQUADOS

Agora, examinarei mais de perto as várias restrições aos recursos na Lei Processual Civil alemã e farei uma análise sob o ponto de vista constitucional.

Os recursos de apelação e revisão devem sempre cumprir os respectivos requisitos de admissibilidade. Portanto, esses requisitos representam o primeiro obstáculo que deve ser superado para se ter acesso aos tribunais superiores. As apelações e revisões somente são admissíveis se forem apresentadas dentro dos prazos recursais legalmente prescritos¹⁸ e em conformidade com as formalidades previstas na lei¹⁹. Os prazos de apelação e revisão são de um mês e começam com a notificação da sentença ou acórdão finais. A admissibilidade da

17 Consulte, por exemplo, *Corte Constitucional*, decisão C-718/12 de 18 de setembro de 2012, <https://tinyurl.com/3rfxkke9>.

18 §§ 517, 548 ZPO.

19 §§ 519, 549 ZPO; veja também SEILER, em: Thomas/Putzo, ZPO, Vorb. zu § 511 para. 34.

apelação e da revisão também depende de o recurso ser fundamentado na forma e no prazo devidos²⁰. O prazo para apresentação dos argumentos do recorrente é de mais um mês.

As exigências formais e de prazo acima mencionadas não impedem de forma irrazoável o acesso aos tribunais superiores e, portanto, não podem ser consideradas inconstitucionais.

B) SUCUMBÊNCIA

Um outro pré-requisito para a admissibilidade de qualquer recurso é que o recorrente tenha sofrido um prejuízo. Isso ocorre na medida em que a decisão recorrida fica aquém dos pedidos formulados pela parte interessada na instância inferior²¹. Para o autor, esse é geralmente o caso se o conteúdo da decisão recorrida se desviar desfavoravelmente de suas pretensões na instância inferior e se houver um pedido formal nesse sentido²². No caso do réu, a jurisprudência é baseada na ideia de sucumbência, verificável a partir do conteúdo da decisão. Isso existe para qualquer conteúdo desfavorável da decisão recorrida que seja capaz de fazer coisa julgada. A executoriedade e os pedidos feitos na instância inferior são, portanto, irrelevantes²³.

C) CAPACIDADE POSTULATÓRIA: PATROCÍNIO OBRIGATÓRIO POR ADVOGADO

Nas instâncias de apelação e revisão, ou seja, perante os Tribunais de Alçada, os Tribunais de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça, uma parte não pode representar a si mesma, devendo ser sempre representada por um advogado²⁴. É necessária ainda uma licença especial para o advogado postular perante o Superior Tribunal de Justiça²⁵, que apenas 42 advogados em toda a Alemanha possuem²⁶. A obrigação de ser representado por um advogado tem como objetivo garantir que os processos perante os tribunais recursais não sejam dificultados pelo fato de serem conduzidos por leigos em Direito, no objetivo de um Judiciário eficiente e funcional. A nomeação de um advogado está sempre associada a custos, de modo que essa exigência pode ser vista como uma restrição ao acesso aos tribunais. Entretanto, a lei alemã prevê que as partes economicamente vulneráveis podem receber assistência jurídica sob certas condições²⁷. Portanto, essa restrição também não pode ser considerada inconstitucional²⁸.

20 §§ 520, 551 ZPO; veja também BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, Vorb. zu § 511 para. 15.

21 BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, Vorb. zu § 511 para. 16.

22 BGH, decisão de 2 de fevereiro de 1999 – VI ZR 25/98, NJW 1999, 1339; SEILER, em: Thomas/Putzo, ZPO, Vorb. zu § 511 para. 18.

23 BGH, decisão de 11 de março de 2015 – XII ZB 553/14, NJW-RR 2015, 1203 para. 8.

24 § 78 (1) ZPO.

25 Veja §§ 164-170 da Lei Federal dos Advogados (*Bundesrechtsanwaltsordnung* – BRAO).

26 Essa restrição é corretamente criticada no âmbito do direito constitucional; veja, por exemplo, RÖMERMANN, BB 2016, 2051 ss.

27 Veja §§ 114-127 ZPO.

28 BVerfG, decisão de 12 de maio de 1993 – 1 BvR 582/93, NJW 1993, 3192.

2 LIMITAÇÕES DO RECURSO DE REVISÃO

A) ADMISSÃO DA REVISÃO

Desde a Lei de Reforma do Processo Civil de 2001²⁹, o recurso de revisão deve ser admitido nos casos em que a lei define seu cabimento³⁰. Por outro lado, o acesso à instância de revisão está aberto em todos os casos passíveis de apelação, independentemente do valor da causa³¹. A admissibilidade, portanto, difere do recurso de revisão anterior de valor em disputa, que só era admissível a partir de um valor em disputa de 60.000 marcos alemães³². De acordo com a legislação atual³³, uma revisão só é permitida se o tribunal recorrido o tiver autorizado na própria sentença ou acórdão recorridos ou se o tribunal de revisão tiver admitido dando provimento a um recurso específico contra a não admissão. Uma revisão deve ser permitida se o caso for de importância fundamental ou se o desenvolvimento do direito ou a salvaguarda de uma jurisprudência uniforme exigir uma decisão do tribunal superior³⁴. A admissão do recurso de revisão, portanto, baseia-se menos na justiça do caso individual e mais nos efeitos das decisões sobre o público em geral e no interesse público na decisão da revisão pelo tribunal superior³⁵.

Além disso, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma revisão deve ser permitida se a decisão da apelação for baseada em uma violação dos direitos processuais fundamentais ou puder comprometer a confiança na jurisprudência em caso de violações graves da lei³⁶. Esse pode ser o caso, por exemplo, no caso de uma violação do direito fundamental ao contraditório (Artigo 103 (1) da Lei Fundamental) ou no caso de uma violação da garantia do juiz natural (Artigo 101 (1) sentença 2 da Lei Fundamental). Nesses casos de violação grave dos direitos processuais fundamentais em particular, a justiça do caso individual é excepcionalmente o principal motivo para se permitir uma revisão.

A forma de um exame de admissibilidade prévio representa um obstáculo significativo para o acesso aos tribunais superiores. Isso restringe a possibilidade de tutela jurídica para os jurisdicionados. Essa restrição serve para garantir um Judiciário eficiente. Em minha opinião, a constituição exige apenas o acesso a uma segunda instância decisória, não a uma terceira. A opção do Legislador de restringir o acesso à terceira instância aos casos em que há um interesse público em uma decisão do mais alto tribunal em questões civis em matéria infraconstitucional não pode ser considerada uma restrição arbitrária ou excessiva do acesso à

29 *Gesetz zur Reform des Zivilprozesses* de 27 de julho de 2001, *Bundesgesetzblatt Teil I* 2001, p. 1887, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002.

30 KESSAL-WULF, em: BeckOK-ZPO, § 543 para. 1 ss.

31 Veja §§ 542, 543 ZPO.

32 BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, § 543 para. 1; KRÜGER, em: MünchKomm-ZPO, § 543 para. 1.

33 § 543 (1) ZPO.

34 § 543 (2) sentença 1 ZPO.

35 BVerfG, decisão de 8 de janeiro de 2004 – 1 BvR 864/03, NJW 2004, 1371; KRÜGER, em: MünchKomm-ZPO, § 543 para. 1.

36 BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, § 544 para. 2.

instância recursal³⁷. Em minha opinião, também, a exigência de que o recurso de revisão seja admitido não pode, portanto, ser vista como uma violação dos princípios constitucionais.

B) A RECLAMAÇÃO CONTRA A NEGATIVA DE ADMISSIBILIDADE PARA REVISÃO

O recorrente pode apresentar uma reclamação ao Superior Tribunal de Justiça contra a não admissão do recurso pelo tribunal recorrido, a chamada reclamação de não admissão³⁸. Esse é um recurso específico com o objetivo de fazer com que o Superior Tribunal de Justiça revise a recusa em admitir o recurso pelo tribunal de apelação. Isso, por sua vez, tem o objetivo de garantir que o recurso seja aceito e sua tramitação prossiga³⁹. É um recurso similar ao agravo em recurso especial do art. 1.042 do Código de Processo Civil brasileiro. A reclamação contra a negativa de admissibilidade da revisão deve ser provida se um dos motivos mencionados acima para admissão da revisão for verificado, ou seja, se o caso for de importância fundamental ou se uma decisão do tribunal superior for necessária para o desenvolvimento do direito ou para garantir uma jurisprudência uniforme, bem como no caso de graves violações à lei.

No entanto, a lei exige um valor mínimo de 20.000 euros para que uma reclamação contra a negativa de seguimento da revisão seja admissível⁴⁰. O objetivo é evitar que as Turmas do Superior Tribunal de Justiça em matéria civil fiquem sobrecarregadas e, assim, garantir o funcionamento do mais alto tribunal em matéria infraconstitucional⁴¹. No entanto, a ideia de um recurso que depende apenas de uma decisão autorizativa e não do valor não é respeitada de forma consistente. O valor mínimo do recurso de 20.000 euros significa que um obstáculo que havia sido abolido sobre o valor em disputa sobreviveu. Isso é indubitavelmente inconsistente e constitui um tratamento desigual que pode violar o direito fundamental à igualdade nos termos do Artigo 3 (1) da Lei Fundamental.

No entanto, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o princípio da igualdade só é violado se não houver uma razão objetiva para a diferenciação legal. A falta de uma razão objetiva para desigualar deve ser evidente⁴². A razão objetiva para a reclamação ter valor mínimo de 20.000 euros é evitar uma possível sobrecarga do Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, a regulamentação serve para garantir o funcionamento do mais alto tribunal civil em matéria infraconstitucional. Isso constitui uma razão objetiva. Além disso, em minha opinião, o direito de acesso à justiça também dá origem ao direito a uma segunda instância, mas não a uma terceira instância ou possivelmente a outras instâncias. Portanto, a exigência de um valor mínimo de 20.000 euros para o recurso contra a negativa de admissibilidade da revisão não pode ter sua constitucionalidade questionada⁴³.

37 BVerfG, decisão de 8 de janeiro de 2004 – 1 BvR 864/03, NJW 2004, 1371 (1372).

38 § 544 (1) ZPO.

39 BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, § 544 para. 2.

40 § 544 (2) No. 1 ZPO.

41 BT-Drucks. 19/13828, 13 s.; TOLKSDORF, FS Schlick, 2015, 337 (340 ss.).

42 BVerfG, decisão de 1º de julho de 1964 – 1 BvR 375/62, BVerfGE 18, 121 (124).

43 Igualmente BGH, decisão de 18 de dezembro de 2002 – IX ZA 31/02, NJW-RR 2003, 645.

3 RESTRIÇÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO

A) LIMITE DE VALOR

De acordo com o Código de Processo Civil alemão⁴⁴, uma apelação só é admissível se o valor do objeto do recurso exceder 600 euros. Se o valor não exceder 600 euros, portanto, exclui-se o acesso à instância de apelação. Entretanto, esses são casos menores. No objetivo de fomentar o uso eficiente dos escassos recursos estatais, o Estado tem um interesse legítimo em garantir que os tribunais não sejam sobrecarregados com esses casos mais simples e de menor expressão monetária.

Além disso, o juízo de primeira instância também deve dar seguimento a uma apelação, mesmo nos casos em que o valor do objeto da apelação não exceda a 600 euros, nas mesmas condições em que um recurso de revisão sobre questões de direito deveria ser admitido, ou seja, em casos de importância fundamental para o desenvolvimento do Direito ou para garantir uma jurisprudência uniforme⁴⁵. Isso garante que também haja acesso a uma segunda instância em questões de baixo valor, mas de grande interesse público de toda a sociedade. Entretanto, não há recurso específico para a parte afetada nos casos em que o juiz de primeira instância se recusa arbitrariamente a dar seguimento ao recurso, embora devesse fazê-lo de acordo com a lei. Portanto, acredito que a disposição legal descrita acima restringe de forma não razoável o acesso à instância de apelação e, portanto, viola a garantia constitucional de acesso à justiça.

B) REJEIÇÃO DA APELAÇÃO SEM SUSTENTAÇÃO ORAL

Desde a reforma legislativa da Lei de Reforma do Processo Civil de 2001⁴⁶, houve uma restrição adicional aos recursos, pela possibilidade de o tribunal de apelação rejeitar unanimemente o recurso da apelação sem uma audiência ou oportunidade de debate oral com as partes⁴⁷. Esse procedimento simplificado tem o objetivo de liberar a capacidade dos tribunais de apelação para lidar com recursos que precisam ser debatidos oralmente⁴⁸. De acordo com o Código de Processo Civil alemão, o recurso de apelação deve ser rejeitado se evidentemente não houver perspectiva de sucesso, se a questão jurídica controvertida não tiver importância fundamental ou se uma decisão após um debate oral com as partes não for necessária por outros motivos⁴⁹.

Não há perspectiva de sucesso se a apelação for infundada de acordo com o conteúdo dos autos e não houver expectativa de novos pedidos serem formulados pelas partes⁵⁰.

44 § 511 (2) No. 1 ZPO.

45 § 511 (4) ZPO.

46 *Gesetz zur Reform des Zivilprozesses*, de 27 de julho de 2001, Bundesgesetzblatt Teil I 2001, p. 1887, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002.

47 § 522 (2) ZPO.

48 BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, § 522 para. 2.

49 § 522 (2) ZPO.

50 BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, § 522 para. 21.

Obviamente, uma apelação não tem perspectiva de sucesso se for visível, para uma pessoa experiente, sem um exame muito demorado, que os argumentos da apelação utilizados pelo recorrente não podem levar à anulação ou reforma da sentença⁵¹. Entretanto, mesmo que não haja perspectiva de sucesso, a apelação não poderá ser rejeitada se a questão for de fundamental relevância. O mesmo se aplica se o recurso servir para desenvolver o direito ou para garantir uma jurisprudência uniforme. Os mesmos padrões se aplicam à admissão de um recurso de revisão.

Por fim, a apelação só pode ser rejeitada se o tribunal de apelação, por unanimidade, não considerar necessária uma audiência oral com as partes. Essa exigência foi introduzida em 2011⁵² e serve para proteger o recorrente⁵³. Uma apelação sem perspectiva de sucesso deve ser processada e debatida oralmente se isso parecer apropriado por outros motivos. Esse é particularmente o caso de discussão jurídica ter importância existencial para o recorrente⁵⁴.

A possibilidade de rejeitar a apelação de plano representa mais um obstáculo para o acesso aos tribunais superiores. Ela restringe consideravelmente as opções de tutela jurídica dos cidadãos, pois eles já estão privados da primeira oportunidade de ter sua sentença revisada por um tribunal. Essa análise única por um tribunal de segunda instância é uma consequência da exigência de tutela jurídica efetiva e, em minha opinião, é garantida constitucionalmente pelo direito de acesso à justiça (Artigo 2 (1) da Lei Fundamental em conjunto com o princípio do Estado de Direito, previsto no Artigo 20 (3) também da Lei Fundamental).

Entretanto, a opção de o recorrente apresentar um recurso contra a decisão que rejeitou a apelação "que seria admissível no caso de uma decisão por sentença" também foi introduzida na lei alemã em 2011⁵⁵. Esse recurso é a reclamação contra a negativa de admissibilidade da revisão, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, que já discuti. No entanto, também se aplica o limite de valor de 20.000 euros, que deve ser observado ao apresentar uma reclamação contra a negativa de admissibilidade da revisão. Se a reclamação for inferior a 20.000 euros, portanto, não há direito ao recurso⁵⁶. No caso de uma violação do direito ao contraditório, há, na melhor das hipóteses, a possibilidade da chamada objeção a ser ouvido (*Gehörsrüge*)⁵⁷. Caso contrário, a única opção restante é fazer com que a decisão seja revista pelo Tribunal Constitucional Federal por meio de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)⁵⁸.

51 BT-Drucks. 17/6406, 11 com referência a BVerfG, decisão de 10 de outubro de 2001 – 2 BvR 1620/01, NJW 2002, 814 (815); BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, § 522 para. 21.

52 Pela *Gesetz zur Änderung des § 522 der Zivilprozessordnung* de 21 de outubro de 2011, Bundesgesetzblatt Teil I 2011, p. 2082.

53 BT-Drucks. 17/5334, 7.

54 BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, § 522 para. 23a.

55 § 522 (3) ZPO.

56 SEILER, em: Thomas/Putzo, § 522 para. 22 s.

57 § 321a ZPO.

58 SEILER, em: Thomas/Putzo, § 522 para. 22.

O Tribunal Constitucional Federal decidiu que a disposição em vigor desde a reforma legislativa de 2001 sobre a rejeição unânime de uma apelação já era constitucional em sua versão original (anterior à outra reforma legislativa de 2011). Em minha opinião, entretanto, a disposição ainda é inconstitucional, mesmo após as emendas feitas na lei em 2011. Como já expliquei, sou da opinião – em contraste com a opinião do Tribunal Constitucional Federal – de que o direito constitucional de acesso à justiça também garante o acesso a uma outra instância revisora. O cidadão tem o direito de ter a decisão de primeira instância revisada por outro tribunal em um procedimento adequado. É essencial para o devido processo que a parte tenha o direito de ser ouvida. O direito ao contraditório também é garantido pela Lei Fundamental alemã (Artigo 103 (1) da Lei Fundamental). Um elemento central do direito de ser ouvido é a oportunidade de engajar-se em um diálogo direto com o tribunal, inclusive por meio de uma audiência ou sustentação oral. Dessa forma, o Código de Processo Civil alemão também estipula que uma audiência oral é obrigatória para processos judiciais civis regulares; somente em casos excepcionais, o debate oral pode ser dispensado, com o consentimento de ambas as partes⁵⁹.

Mesmo que o tribunal já tenha formado uma opinião com base no conteúdo do processo e nas alegações escritas das partes e considere o recurso improcedente, uma audiência oral não é inútil. Isso ocorre porque o debate oral oferece ao recorrente a oportunidade de dissuadir o tribunal de seu julgamento preliminar em uma discussão jurídica. Essa oportunidade não deve ser tirada do recorrente sem seu consentimento, devido ao seu direito de acesso à justiça.

Entretanto, essa consequência ocorre pelo menos nos casos em que o valor da apelação não excede o montante de 20.000 euros. Nesse caso, o recorrente não pode se defender da decisão que rejeitou o recurso com uma reclamação contra a negativa de admissibilidade para recorrer, de modo que lhe é definitivamente negado um julgamento e sustentação oral perante o tribunal de segunda instância. Note-se que uma reclamação de quase 20.000 euros também não é uma mera disputa jurídica trivial, de forma que a restrição de acesso ao tribunal de segunda instância não pode ser justificada do ponto de vista de aliviar a carga do Judiciário. Em minha opinião – e ao contrário da opinião do Tribunal Constitucional Federal –, essa restrição legal atualmente prevista na Alemanha é, portanto, inconstitucional.

V EXCURSO: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL (*VERFASSUNGSBESCHWERDE*)

As decisões judiciais contra as quais não há mais nenhum recurso previsto em lei não podem ser contestadas. As violações do direito fundamental ao contraditório podem ser impugnadas por meio da chamada objeção a ser ouvido (*Gehörsrüge*)⁶⁰. Como exceção, a violação dos direitos processuais fundamentais pode ser corrigida por meio de uma contestação (*Gegenvorstellung*). Além disso, no entanto, não há possibilidade de um recurso extraordinário devido à violação de direitos processuais fundamentais ou “ilegalidade verificável de plano”.

59 Veja § 128 (2) ZPO.

60 § 321a ZPO.

Entretanto, uma última opção é apresentar uma reclamação constitucional. Isso se aplica no caso de um tribunal não corrigir uma violação da Constituição⁶¹. Deve-se observar que a reclamação constitucional só leva à revisão de uma violação à lei em condições muito estritas⁶². A reclamação constitucional não é um recurso adicional em qualquer processo judicial. Em vez disso, é uma precaução especial para assegurar a aplicação dos direitos fundamentais. A intensidade da revisão na reclamação constitucional, portanto, é limitada. Se uma violação dos direitos fundamentais for verificada, a revisão do Tribunal Constitucional Federal geralmente tem por efeito cassar a decisão recorrida e remeter o processo de volta ao tribunal recorrido, e não o efeito de substituir a decisão recorrida por outra proferida pelo Tribunal Constitucional Federal⁶³.

Além disso, uma reclamação constitucional na Alemanha só pode ser apresentada ao Tribunal Constitucional Federal. Isso é diferente na Colômbia, por exemplo. Lá, a reclamação constitucional (*acción de tutela*) pode ser apresentada a qualquer juiz⁶⁴. Além disso, a reclamação constitucional na Alemanha deve ser admitida pelo Tribunal Constitucional Federal, e sua prática de aceitação é muito restritiva. Apenas cerca de 5 % das reclamações constitucionais são admitidas e seguem para decisão final de mérito⁶⁵. Devido ao tratamento muito restritivo das reclamações constitucionais, é ainda mais importante que os jurisdicionados não sejam privados da oportunidade de ter as decisões de primeira instância revisadas por uma segunda instância, com restrições excessivas aos recursos.

VI CONCLUSÃO

Em resumo, pode-se dizer que o acesso aos tribunais superiores na Alemanha também está sujeito a um grande número de restrições. Isso pode levar a conflitos com o direito constitucional de acesso à justiça. Ao contrário da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, em minha opinião, o acesso à justiça também inclui o acesso a uma outra instância judicial revisora em matéria civil.

As restrições existentes na lei alemã incluem inicialmente os requisitos de admissibilidade para os recursos de apelação e revisão, que em geral estão de acordo com as normas constitucionais. Entretanto, o acesso inadequado à instância de apelação nos casos em que o valor do objeto da apelação não excede 600 euros é questionável. Por outro lado, a exigência de um recurso de revisão depender de uma decisão que autorize o processamento do recurso não é constitucionalmente problemática. Entretanto, a regulamentação legal sobre a rejeição da apelação sem uma audiência ou sustentação oral viola a garantia de acesso à justiça.

61 BGH, decisão de 7 de março de 2002 – IX ZB 11/02, NJW 2002, 1577; BALL, em: Musielak/Voit, ZPO, Vorb. zu § 511 para. 35.

62 Veja §§ 90-95 da Lei do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG*).

63 BVerfG, decisão de 30 de abril de 2003 – 1 PBvU 1/02, NJW 2003, 1924 (1927 s.).

64 Veja Artigo 86 da *Constitución Política de Colombia*.

65 Veja o relatório anual do Tribunal Constitucional Federal de 2022, p. 52 ss., <https://tinyurl.com/y6xchnhk>.

Gostaria de concluir dizendo que, em um Estado Constitucional, o Legislador deve ser o mais generoso possível ao conceder acesso aos tribunais superiores – incluindo o Tribunal Constitucional ou, pelo menos, a uma revisão pelos tribunais superiores especializados. Nesse aspecto, também a lei alemã tem alguns déficits.

REFERÊNCIAS

- BALL, Wolfgang. In: MUSIELAK, Hans-Joachim; VOIT, Wolfgang (editores). **Kommentar zur Zivilprozessordnung** (ZPO), 22. ed. München, 2025.
- BETHGE, Herbert. Die verfassungsrechtliche Problematik einer Zulassungsberufung im Zivilprozeß – Einige kritische Anmerkungen zum Entwurf eines Rechtspflege-Entlastungsgesetzes. **Neue Juristische Wochenschrift** (NJW), Frankfurt am Main, 1991, p. 2391 ss.
- FESKORN, Christian. In: Zöller, Richard (editor). **Kommentar zur Zivilprozessordnung** (ZPO), 35. ed., Köln, 2024.
- GILLES, Peter. Rechtsmittelreform im Zivilprozeß und Verfassungsrechtsaspekte einer Rechtsmittelbeschränkung. **Juristen-Zeitung** (JZ), 1985, p. 253 ss.
- KESSAL-WULF, Sibylle. In: VORWERK, Volkert; WOLF, Christian (editores). **Beck'scher Online-Kommentar zur Zivilprozessordnung** (BeckOK-ZPO), München, dez. 2024.
- KRÜGER, Wolfgang. In: RAUSCHER, Thomas; KRÜGER, Wolfgang (editores). **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung** (MünchKomm-ZPO), v. 2, 6. ed., München, 2020.
- RAUSCHER, Thomas. In: RAUSCHER, Thomas; KRÜGER, Wolfgang (editores). **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung** (MünchKomm-ZPO), v. 1, 7. ed., München, 2025.
- RÖRMERMANN, Volker. Bestenauslese oder beste Beziehungen? – Zehn Thesen über die Auswahl der BGH-Anwälte. **Betriebs-Berater** (BB), 2016, p. 2051 ss.
- SEILER, Christian. In: THOMAS, Heinz; PUTZO, Hans (editores). **Zivilprozessordnung** (ZPO), 46. ed., München, 2025.
- TOLKSDORF, Klaus. Die Zulassungsrevision in Zivilsachen – Irrweg oder Erfolgsmodell. **Festschrift** (FS), Schlick, 2015, p. 337 ss.
- VOSSKUHLE, Andreas. Erosionserscheinungen des zivilprozessualen Rechtsmittelsystems. **Neue Juristische Wochenschrift** (NJW), 1995, p. 1377 ss.

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. Verbraucherrechedurchsetzungsgesetz (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/mr23hvhv>; 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 romanischen 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/sykweavd>.

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 Pausalisierungen 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 vornherein 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 erfolgrei-

22 § 39 VDuG.

23 §§ 22-38 VDuG.

24 § 14 S. 1 VDuG.

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

cher 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. Abhilfeklagen 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 derselben 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 dagemildert, 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 Schluss 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

Letztlich 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 überprüfen 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 stellten 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, ZZP 125 (2012), 399, 409; Deutlmoser, 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 Kommissionempfehlung 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 handle 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/ Pirker-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.

machte 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 ZJP 137 (2024), 3, 40; Adolphsen ZJP 135 (2022), 299, 324 und 327; Maultzsch ZJP 137 (2024) 119 (129, 131).

⁵⁸ Thönissen NJW 2023, 945; Gsell/Meller-Hannich JZ 2022, 421 (423); Domej ZJP 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/mr23hvh>; 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 Rechtsschutz – 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.

advocatícios 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 levou 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 Verbraucherrechte-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. Consequentemente, 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 assegurá-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 Sobre tudo, 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.

MUSTERVERFAHREN, PILOTVERFAHREN UND LEITENTSCHEIDUNGSVERFAHREN IM DEUTSCHEN RECHT

Michael Stürner

Professor an der Universität Konstanz (Deutschland)

I. PROBLEMSTELLUNG

Das deutsche Zivilprozessrecht folgte traditionell sehr stark dem Rollenmodell des kontradiktorisch geführten Individualprozesses, bei dem sich zwei formal gleichgestellte Parteien gegenüberstanden. Drittbeteiligungen waren danach im Wesentlichen durch Streitgenossenschaft (§§ 59 ff. ZPO), Haupt- und Nebenintervention (§§ 64 ff. ZPO) sowie die Streitverkündung (§§ 72 ff. ZPO) möglich. Kollektive Formen des Rechtsschutzes kannte die ZPO ansonsten nicht; auch die Wissenschaft stand ihnen eher misstrauisch gegenüber. Gründe hierfür gab es viele, vor allem die damit verbundenen Einschränkungen von Parteirechten wie dem Recht auf rechtliches Gehör, aber auch die Furcht vor fehlerhaften Anreizwirkungen von Kollektivverfahren, die eine regelrechte Klageindustrie entstehen lassen könnten.

Doch hat sich dieses Bild in den letzten 20 Jahren deutlich geändert. Verantwortlich hierfür sind zum einen die Vorgaben der Europäischen Union zur Stärkung der Verbraucherrechte wie zuletzt in der Verbandsklagen-Richtlinie, über die wir ja vorhin schon gesprochen haben.¹ Zum anderen aber wuchs auch die Einsicht, dass die Regeln des Individualprozesses zur Anspruchsdurchsetzung in Massenverfahren schlicht nicht geeignet waren. Der Justizgewährungsanspruch, der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ergibt und eine notwendige Konsequenz des staatlichen Gewaltmonopols bzw. des Verbots der Selbstjustiz darstellt,² ebenso wie das Prinzip des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 Abs. 1 GR-Charta) schreiben einen wirksamen Zugang zu staatlichen Gerichten vor.³ Dieser Zugang darf nicht übermäßig erschwert sein,⁴ eine Entscheidung muss innerhalb angemessener Zeit erfolgen.⁵

Massenschadensfälle hat es auch in Deutschland häufiger gegeben, doch der Anstoß zur Schaffung eines Instruments des kollektiven Rechtsschutzes kam erst durch die Klageflut gegen die Deutsche Telekom AG Anfang des Jahrhunderts: Zwischen August 2001 und Frühjahr 2003 wurden beim Landgericht Frankfurt am Main mehr als 13.000 Klagen gegen die Deutsche Telekom AG wegen angeblich fehlerhafter Angaben im Börsenprospekt eingereicht.

¹ Referate Stadler und Arenhart.

² BVerfGE 93, 99, 107; BVerfGE 107, 395, 401; BVerfGE 119, 202, 296 f.; BVerfGE 122, 248, 271.

³ St. Rspr. des EuGMR seit *Golder* / UK, A/18, 12 ff., §§ 26 ff. = EuGRZ 1975, 91.

⁴ BVerfGE 54, 277, 292 f.

⁵ Zum Ganzen *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 95. EL Juli 2021, Art. 20 Rn. 134 ff.

Bis Mitte 2004 stand das Verfahren still. Es gab keine mündliche Verhandlung, nicht einmal einen Termin dafür, während das Landgericht Frankfurter darauf wartete, dass der Strom der Klagen abebben würde. Im Juni 2004 wurde das Bundesverfassungsgericht angerufen, um zu entscheiden, ob die lange Dauer des Verfahrens eine Rechtsverweigerung darstellt. Mit Blick auf die Komplexität des Falles lehnte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde ab, stellte aber klar, dass das Landgericht alle notwendigen Maßnahmen ergreifen sollte, um die Fälle so schnell wie möglich zu erledigen.

Daraufhin wurde der Gesetzgeber aktiv und erließ das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), das zum 1. November 2005 in Kraft trat. Seither hat sich einiges getan. 2018 ist das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage in Kraft getreten.⁶ Dieses vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Gesetzgebungsverfahren etwas euphemistisch als „Eine-für-Alle-Klage“ bezeichnete Rechtsschutzinstrument lässt das KapMuG unberührt, auch wenn zwischen beiden Verfahrensarten Überschneidungen bestehen. Auch diese Neuerung stellt eine Reaktion auf ein konkretes Klageaufkommen dar: Seit dem Bekanntwerden des sog. Dieselskandals im September 2015 wurden Zivilgerichte in Deutschland – und weltweit! – mit Klagen hauptsächlich gegen Volkswagen und deren Vertriebshändler regelrecht geflutet.

2023 schließlich trat das Verbraucherrechte-Durchsetzungsgesetz (VDuG) in Kraft, mit dem in Umsetzung der EU-Verbandsklagen-Richtlinie die sog. Abhilfeklage geschaffen wurde. Mit ihr kann auch eine Leistung verlangt werden – und nicht bloß eine Feststellung.

Ein weiteres Novum bereichert seit Kurzem den deutschen Zivilprozess: Seit Herbst 2024 besteht das sog. Leitentscheidungsverfahren, wonach das Revisionsgericht ein Revisionsverfahren durch Beschluss zum Leitentscheidungsverfahren bestimmen kann, wenn die Revision Rechtsfragen aufwirft, deren Entscheidung für eine Vielzahl anderer Verfahren von Bedeutung ist. Auch dieses Verfahren dient der Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozess.

Im Folgenden möchte ich diese Rechtsentwicklung zum Anlass nehmen, die Beteiligungsrechte der Parteien bei diesen unterschiedlichen Verfahrensarten und ihre notwendigen Einschränkungen bei parallel gelagerten Fallkonstellationen zu beleuchten. Dabei sind verschiedene Arten von Verfahren zu trennen. Zunächst ist ein Blick zu werfen auf „freie“ Kollektivverfahren, also prozessuale Bündelungen außerhalb einschlägiger gesetzlicher Verfahrensarten (unten II.). Im Folgenden wird es dann um die Muster- und Abhilfeklagen gehen, bei denen in Deutschland wie bereits angedeutet eine dynamische Entwicklung zu verzeichnen ist (unten III.). Schließlich möchte ich auch auf das neue Leitentscheidungsverfahren eingehen, das zwar kein echtes Kollektivverfahren ist, aber eine gesetzgeberische Reaktion auf Massenklagen darstellt und damit thematisch verwandt mit diesen ist (unten IV.).

6 Gesetz vom 12.7.2018, BGBl I, Nr. 26; es trat im Wesentlichen am 1.11.2018 in Kraft.

II. „FREIE“ KOLLEKTIVIERUNG VON ANSPRÜCHEN

In Ermangelung spezifischer Klagearten, die eine sinnvolle Bündelung gleichgerichteter Ansprüche und eine effiziente Verfahrensführung ermöglichen, galt es lange Zeit (und gilt es teils heute noch), dieses Ergebnis mit den vorhandenen Mitteln der ZPO, aber auch des materiellen Rechts zu erreichen.

1. „FREIE“ PILOTVERFAHREN

Der einfachste Weg, den die Zivilprozessordnung für den Umgang mit Mehrparteisituationen bietet, ist die Streitgenossenschaft. Nach § 60 ZPO können mehrere Parteien gemeinsam klagen, wenn Ansprüche gleicher Art und aus einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund den Gegenstand des Rechtsstreits bilden. Sofern ein Gericht für alle Klagen zuständig ist, kann es auch eine Verbindung der Klagen anordnen, die zu einer Verbindung der Verfahren führt. Alle Parteien werden zur gleichen mündlichen Verhandlung geladen. Es wird nur ein Sachverständiger für alle Parteien benannt. Streitgenossen bleiben jedoch rechtlich selbstständig: Die Prozesshandlungen eines Streitgenossen haben keinerlei Auswirkungen auf die Rechtsstellung der anderen. Streitgenossen bilden also keine „Klasse“. Auf die Tatsachenbehauptungen einer Partei können sich die anderen Streitgenossen berufen, aber wenn eine Partei widersprüchliche Behauptungen vorbringt, hat dies keine bindende Wirkung für die anderen.

Weil sich damit kaum ein sinnvoller Rationalisierungseffekt erzielen ließ, plante das Landgericht Frankfurt im Telekom-Verfahren zunächst, zehn Musterfälle auszuwählen, die die typischen Probleme repräsentieren.⁷ Die in den Musterfällen erbrachten Beweise hätten gemäß § 411a ZPO in allen anderen Fällen verwendet werden können.⁸ Dieses Vorgehen ist nicht ganz neu: In ähnlicher Weise hatte das Verwaltungsgericht München mehr als 5.700 Klagen gegen den Ausbau des Münchner Flughafens ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage abgewiesen. Dieses Vorgehen stellt keine verfassungsrechtlich unzulässige Einschränkung des Zugangs der nicht als Testkläger berücksichtigten Parteien dar.⁹ Als Reaktion auf diesen Fall wurde eine Regelung für Musterverfahren in § 93a VwGO aufgenommen.

Es gibt jedoch einen wichtigen Unterschied, der diesen Ansatz von „freien“ Pilotverfahren im Zivilverfahren erschwert: In Deutschland folgt das Verwaltungsverfahren einem eher inquisitorischen Ansatz, in dem der Amtsermittlungsgrundsatz gilt. Daraus folgt, dass die Beweisführung keine Aufgabe ist, die in erster Linie den Parteien obliegt. Mithin

7 Presseerklärung 1/2004 des Landgerichts Frankfurt. Es gab eine mündliche Verhandlung am 23.11.2004.

8 In anderen Massenkongstellationen ist § 411a ZPO dagegen vielfach nicht hilfreich, vgl. *Mehring*, ZRP 2025, 10, 11.

9 BVerfG NJW 1980, 1511.

stellt sich das Problem eines Vorschusses für den Sachverständigenbeweis nicht, den im Zivilprozess u.U. die Musterkläger hätten aufbringen müssen.

Im Telekom-Verfahren kam es weder zu den geplanten Pilotverfahren, noch zu anderen Formen der Anspruchsbündelung, etwa den Abschluss einer Musterprozessvereinbarung.¹⁰ Denn angesichts der nahenden Verabschiedung des KapMuG entschied sich das Landgericht Frankfurt schlicht dafür, das Verfahren so lange ruhen zu lassen.

Da es mittlerweile eine Reihe von Kollektivverfahren gibt, sind solche Pilotverfahren im deutschen Zivilprozess sehr selten. Die wenigen Beispiele zeigen, dass sie zur Effektivierung des Verfahrens und zur Beschleunigung der Anspruchsdurchsetzung kaum taugen. So dauerte das Verfahren gegen die „Göttinger Gruppe“, einem zum Zweck der Kapitalanlage gegründeten Unternehmensverbund, in dem seit 2006 etwa 4000 Schadensersatzklagen beim Landgericht Göttingen erhoben worden waren, trotz des Versuchs der Bündelung über insgesamt vier Pilotverfahren gut 15 Jahre. Die Folge war eine Staatshaftungsklage gegen das Land Niedersachsen, die allerdings erfolglos blieb.¹¹

2. PRIVATAUTONOME BÜNDELUNG VON VERFAHREN

In bestimmten prozessualen Konstellationen kommt auch ein anderer Weg zur Kollektivierung in Betracht: Die Bündelung von Einzelklagen kann auch vorprozessual über Abtretungsmodelle erreicht werden.

A) ABTRETUNGSMODELLE

Wo Kollektivklagen nicht von Gesetzes wegen zulässig sind, man sich aber von der schieren Masse der Kläger entsprechende Wirkungen auf den Verfahrensausgang erhofft, werden teilweise Mittel und Wege gesucht, diese Einzelklagen zu verbinden, indem etwa die diesen zugrunde liegenden Einzelansprüche abgetreten und dadurch gebündelt werden. Teilweise erfolgen solche Abtretungen an Einzelpersonen, wie dies etwa im Verfahren Max Schrems gegen Facebook¹² geschah,¹³ teilweise an eigens zur Prozessführung gegründete Vehikel. Ein Beispiel für letzteres bietet das Unternehmen Cartel Damage Claims (CDC), das sich mit dem „CDC Bundling Model“ auf die europaweite Durchsetzung von Kartellschadensersatzklagen spezialisiert hat.¹⁴

Die damit verfolgten Zwecke wurden gleichwohl nicht immer erreicht. Der Bündelung von Verbraucherklagen am (günstigen) Verbrauchergerichtsstand durch Abtretung steht im

¹⁰ Dazu Jacoby, Der Musterprozessvertrag, 2000, S. 57; G. Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 72.

¹¹ Siehe BGH NJW 2023, 2347.

¹² EuGH, 25.1.2018, Rs. C-498/16 – Schrems/Facebook, ECLI:EU:C:2018:37.

¹³ Vor allem dazu Althammer, in: Weller/Wendland (Hrsg.), Digital Single Market. Bausteine eines Digitalen Binnenmarkts, 2019, S. 159, 164 ff.

¹⁴ S. EuGH, 21.5.2015, Rs. C-352/13 – Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA ./ Akzo Nobel e.a., ECLI:EU:C:2015:335.

Regelfall europäisches Recht entgegen.¹⁵ Die Abtretung an ein Prozessvehikel wie im Modell von CDC wird von manchen Gerichten deswegen für sittenwidrig gehalten, weil (und soweit) dieses Vehikel vermögenslos ist, mit der Konsequenz, dass die Abtretungen nichtig sind.¹⁶

B) PROZESSSTANDSCHAFT

Im Gegensatz zu der materiellrechtlichen Bündelung gleichgerichteter Ansprüche durch die beschriebenen Abtretungsmodelle kann ein ähnlicher Effekt auch auf prozessualer Ebene herbeigeführt werden, indem auf Klägerseite nicht die materiell Anspruchsberechtigten selbst, sondern Prozessstandschafter auftreten, die das fremde Recht im eigenen Namen einklagen. Die darin liegende Entkoppelung von Sachbefugnis und Prozessführungsbefugnis ist im deutschen Recht auch auf rechtsgeschäftlicher Basis im Rahmen einer Ermächtigung (analog § 185 BGB) möglich. Dazu fordert die Rechtsprechung ein berechtigtes Interesse an der Prozessführung (analog §§ 66, 256 Abs. 1 ZPO), das vorliegt, wenn die Entscheidung Einfluss auf die eigene Rechtslage des Prozessstandschafters hat, wobei dieser Einfluss auch wirtschaftlicher Natur sein kann.¹⁷

Für den Fall der Verletzung bestimmter überragend wichtiger Rechtspositionen durch Unternehmen normiert nunmehr das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)¹⁸ eine neue Form der besonderen Prozessstandschaft, die zwischen gewillkürter und gesetzlicher Prozessstandschaft steht.¹⁹ § 11 LkSG gibt Betroffenen zur Geltendmachung der in § 2 Abs. 1 LkSG aufgeführten Rechtspositionen die Möglichkeit, inländischen Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen²⁰ insoweit die Ermächtigung zur Prozessführung zu erteilen.²¹ Dies setzt voraus, dass ein Prozessstandschafter eine auf Dauer angelegte eigene Präsenz unterhält und sich nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend entsprechend seiner Satzung dafür einsetzt, die Menschenrechte zu realisieren. Diese Regelung ist restriktiv formuliert, um den Aufbau einer „Klageindustrie“ zu verhindern. Die Ermächtigung kann formlos, ja sogar durch konkludentes Handeln erteilt werden.²²

15 Dazu Stürner/Wendelstein, JZ 2018, 1083, 1090 f.

16 LG Düsseldorf JZ 2014, 635 (CDC/Zementkartell): Unwirksamkeit der Abtretungen nach § 134 BGB i.V.m. Art. § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG a.F. bzw. nach § 138 Abs. 1 BGB wegen fehlender Liquidität des Zessionars; i.E. bestätigt durch OLG Düsseldorf JZ 2015, 726. Kritisch zu diesem Ansatz Stadler, JZ 2014, 613.

17 BGHZ 119, 237, 242; BGHZ 125, 196, 199; BGH NJW 2017, 487 Rn. 17.

18 Gesetz vom 16.7.2021 über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG), BGBl. I S. 2959.

19 RegE BT-Drs. 19/28649 vom 19.4.2021, S. 52.

20 Auch diese müssen ihren Sitz im Inland haben, siehe RegE BT-Drs. 19/28649 vom 19.4.2021, S. 53.

21 Näher Stürner, in: FS Schack, 2022, S. 856.

22 So RegE BT-Drs. 19/28649, S. 53 unter Verweis auf BGH GRUR 2008, 1108 Rn. 52; siehe weiter BGHZ 94, 117, 122. Der Referentenentwurf zum LkSG hatte insoweit ein Schriftformerfordernis aufgestellt, § 12 Abs. 1 S. 2 des RefE vom 15.2.2021.

Im Gegensatz zum deutschen Recht lassen andere Rechtsordnungen keine gewillkürte Prozessstandschaft zu.²³ Und auch im deutschen Schrifttum gibt es Stimmen, welche die Notwendigkeit dieses Instituts insgesamt in Frage stellen, da es missbrauchsanfällig sei und überdies hierfür angesichts der Möglichkeit der (treuhänderischen) Vollrechtseinräumung und der Stellvertretung kein schützenswertes Interesse bestehe.²⁴

Ob allerdings gerade die besondere Prozessstandschaft nach § 11 LkSG wesentliche Anreize für eine strategische Prozessführung setzen kann, erscheint sehr fraglich, da ihr das materielle rechtliche Pendant in Form einer Haftungssanktion mit internationalem Geltungswillen fehlt: § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG schließt eine zivilrechtliche Haftung für Verletzungen von den im Gesetz normierten menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten gerade aus.

Ändern kann sich das allerdings mit der Umsetzung der EU-Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit (sog. CSDD-RL):²⁵ In ihrem Art. 29 Abs. 1 statuiert die Richtlinie eine zivilrechtliche Haftung für Verletzungen der in ihr normierten Sorgfaltspflichten, die als international zwingendes Recht ausgestaltet werden muss (Art. 29 Abs. 7 CSDD-RL) und sich somit als Eingriffsrecht i.S.d. Art. 26 Rom II-VO gegenüber dem in aller Regel nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO anwendbaren ausländischen Deliktsstatut durchsetzt.²⁶ Art. 29 Abs. 3 CSDD-RL enthält daneben Vorgaben für eine effektive Durchsetzung dieser Haftungsnorm.²⁷ Nach lit. d haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass angemessene Bedingungen bestehen,

unter denen ein mutmaßlich Geschädigter eine Gewerkschaft, eine nichtstaatliche Menschenrechts- oder Umweltorganisation oder eine sonstige Nichtregierungsorganisation und – im Einklang mit dem nationalen Recht – nationale Menschenrechtsinstitutionen mit Sitz in einem Mitgliedstaat ermächtigen kann, Klagen zur Durchsetzung der Rechte des mutmaßlich Geschädigten zu erheben.

Die Prozessstandschaft des § 11 LkSG entspricht diesen Vorgaben;²⁸ die Umsetzung der EU-Richtlinie wird dem Instrument sicherlich eine größere Bedeutung verschaffen.

²³ Etwa Frankreich („nul ne plaide par procureur“), Italien (Art. 81 Codice di procedura civile) oder Österreich (OGH IPRax 1999, 383, 384); dazu *Schack*, in: FS Gerhardt, 2004, S. 859, 870 f.; aus neuerer Zeit *Hoffmann*, ZZP 130 (2017), 403, 409 ff.

²⁴ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 9. Aufl. 2025, Rn. 676; *Schack*, in: FS Gerhardt, 2004, S. 859, 869 ff.; *Koch*, JZ 1984, 809. Zum Meinungsstand *Hoffmann*, ZZP 130 (2017), 403, 406 ff.

²⁵ Richtlinie v. 13.6.2024 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859, ABl. (EU), L 2024/1760, 5.7.2024.

²⁶ Nach dem Kommissionsvorschlag einer sog. Omnibus-Richtlinie vom 26.2.2025, COM(2025) 81 final, soll die Vorschrift zur zivilrechtlichen Haftung in Art. 29 Abs. 1 CSDD-RL allerdings gestrichen werden.

²⁷ Dazu etwa BeckOK-LkSG/Stürner, 9. Ed., Stand 15.3.2025, § 11 LkSG Rn. 39 ff.

²⁸ Ebenso *Kieninger*, ZIP 2024, 1037, 1047.

III. MUSTERVERFAHREN

Die zweite Gruppe von Kollektivierungen bilden sogenannten Musterverfahren. Das können „echte“ Kollektivverfahren sein, in denen die Kläger bzw. Anspruchsteller von vornherein an einem Gruppenverfahren teil, in dem die Bündelung der Anspruchsprüfung in unterschiedlicher Art und Weise erfolgen kann. Es gibt hier auch „unechte“ Kollektivverfahren, in denen zunächst Individualklagen erhoben werden und die Bündelung dann erst im Laufe des Verfahrens in Bezug auf bestimmte, für alle Verfahren identische Tatsachen- oder Rechtsfragen erfolgt.

1. „UNECHTE“ MUSTERVERFAHREN

Das bereits mehrfach erwähnte KapMuG ist ein Beispiel dafür, dass die Kollektivierung auch erst in einer späteren Phase des Verfahrens vorgenommen werden kann. Dieses Verfahren ist insbesondere anwendbar auf Klagen wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation oder deren Verwendung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KapMuG). Die Bündelung wird darüber herbeigeführt, dass Kläger und Beklagter die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen beantragen (§ 2 Abs. 1 KapMuG). Voraussetzung ist, dass der Entscheidung über die Feststellungsziele im Musterverfahren Bedeutung über den einzelnen Rechtsstreit hinaus für andere gleichgelagerte Rechtsstreitigkeiten zukommen kann (§ 2 Abs. 3 KapMuG). Das Gericht kann das Musterverfahren mithin nicht von Amts wegen einleiten.

Hält das Gericht den Musterverfahrensantrag für zulässig (§ 3 KapMuG), hat dies zur Folge, dass das jeweilige Ausgangsverfahren unterbrochen wird, soweit die Entscheidung des Rechtsstreits voraussichtlich von den geltend gemachten Feststellungszielen abhängt (§ 6 KapMuG). Die Musterfragen werden an das im Rechtszug übergeordnete OLG abgegeben (§ 7 KapMuG). Dieses bestimmt nach billigem Ermessen einen Musterkläger aus den Klägern aller Ausgangsverfahren (§ 9 Abs. 3 KapMuG). Alle anderen Kläger sind lediglich Beigeladene des Musterverfahrens. Sie sind allerdings berechtigt, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, soweit ihre Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen des Musterklägers nicht in Widerspruch stehen (§ 11 Abs. 4 KapMuG). Ihnen wird also in gewissem Umfang rechtliches Gehör gewährt und Beteiligungsrechte zugestanden.

Am Ende des Verfahrens ergeht entweder ein Musterentscheid (§ 19 KapMuG) oder ein Vergleichsvorschlag wird angenommen (§§ 20 ff. KapMuG) und vom Gericht genehmigt. Die Beigeladenen können dann über Annahme oder Austritt aus dem Vergleich entscheiden; der genehmigte Vergleich wird nur wirksam, wenn weniger als 30% der Beigeladenen ihren Austritt erklären. Der Vergleichsvorschlag soll insbesondere auch eine Regelung zur Verteilung der vereinbarten Leistungen auf die Beteiligten enthalten (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 KapMuG). Der Mustervergleich beendet das Musterverfahren (§ 26 Abs. 2 KapMuG).

Wird das Musterverfahren, das mithin als eine Art Zwischenverfahren ausgestaltet ist, hingegen durch Musterentscheid beendet, werden die ausgesetzten Ausgangsverfahren in der ersten Instanz fortgesetzt. Der Musterentscheid bindet die Prozessgerichte in allen ausgesetzten Ausgangsverfahren (§ 25 Abs. 1 KapMuG).

Für das Telekom-Verfahren muss man konstatieren, dass sich das KapMuG nicht als effizienter Streitbeilegungsmechanismus herausgestellt hat. Erst im November 2021 und damit gut 20 Jahre nach den ersten Klagen gab es ein Vergleichsangebot. Nur wenige weitere Großverfahren wurden nach dem KapMuG geführt, etwa ein Musterverfahren gegen die Volkswagen AG wegen der Kursverluste der Anleger im Zusammenhang mit dem „Dieselskandal“ vor dem OLG Braunschweig (seit 2018) oder das Wirecard-Verfahren vor dem BayObLG (seit 2023). Ob die KapMuG-Novelle des letzten Jahres²⁹ wirklich zu einer gesteigerten Effizienz führen wird, bleibt vorerst abzuwarten.³⁰

2. „ECHTE“ MUSTERVERFAHREN

Während das KapMuG als reines Zwischenverfahren ausgestaltet ist, werden „echte“ Musterverfahren dadurch gekennzeichnet, dass ihnen das kollektive Element von vornherein innewohnt. Das ist bei den im deutschen Recht im VDuG geregelten Verbandsklagen der Fall.

Bei den Verbands- oder Gruppenklagen wird ein Interessenverband ermächtigt, Ansprüche Dritter durchzusetzen. Diese Art des kollektiven Rechtsschutzes ist in vielen Staaten Europas möglich, doch bestehen Restriktionen. Nicht jede Interessengruppe, die sich etwa ad hoc zusammenfindet, hat als solche eine Klagebefugnis. Vielmehr wird regelmäßig gesetzlich festgelegt, welches die Kriterien sind, die einen Verband zur Erhebung von Klagen im Allgemeininteresse berechtigen. Der Gedanke des private law enforcement findet hier einen sinnfälligen Ausdruck.

Eine der Hauptschwächen des KapMuG ist der Umstand, dass mit dem Ende des Musterverfahrens durch Musterentscheid die unterbrochenen Ausgangsverfahren fortgesetzt werden und hier die einzelnen Ansprüche erst durchgesetzt werden müssen. So war im Telekomverfahren u.a. die Fehlerhaftigkeit des Verkaufsprospekts der Telekom AG Gegenstand des Musterverfahrens. Selbst wenn diese am Ende dieses Verfahrensschrittes feststeht, so muss ein geschädigter Anleger aber dennoch sowohl die Kausalität dieser Fehlerhaftigkeit für die Kaufentscheidung als auch die Schadenshöhe im Individualverfahren darlegen und ggf. beweisen.

Die seit 1. November 2018 bestehende Musterfeststellungsklage³¹ (zunächst in §§ 606 ff. ZPO, nun in §§ 1-13, 41 ff. VDuG geregelt) schuf diesbezüglich kaum Abhilfe, auch wenn sie eine Reihe von Erleichterungen enthält. Sie wurde eingeführt, um den im Rahmen des Dieselskandals geschädigten Verbrauchern die Möglichkeit zu geben, ihre Ansprüche gegen Volkswagen kostengünstig und risikoarm durchsetzen zu können. Der Zeitpunkt

29 Zweites Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes v. 16.7.2024, BGBl. I, Nr. 240.

30 Skeptisch *Mehring*, ZRP 2025, 10, 12, der ein übergreifendes Verfahren der Musterbeweisaufnahme fordert, mit dem „die exemplarische Beweisaufnahme in einem Musterverfahren mit Bindungswirkung für Parallelverfahren ermöglicht [wird], wobei hierfür neben dem Sachverständigengutachten auch sämtliche anderen Beweismittel in Betracht kommen“.

31 Geschaffen durch das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 12.7.2018, BGBl. I, 1151.

des Inkrafttretens des Gesetzes war so gewählt, dass ein Beitritt zum Musterverfahren noch vor Eintritt der Regelverjährung mit Ablauf des 31. Dezember 2018 möglich war.

Klageberechtigt sind insbesondere qualifizierte Verbraucherverbände wie die Verbraucherzentralen (§ 2 Abs. 1 VDuG). Diese müssen mit der Klage nachweisen, dass von den Feststellungszielen der Musterfeststellungsklage die Ansprüche oder Rechtsverhältnisse von mindestens 50 Verbrauchern abhängen können (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VDuG). Betroffene Verbraucher können ihre Ansprüche bis zum Ablauf von drei Wochen nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung zur Eintragung in das Verbandsklageregister anmelden (§ 46 Abs. 1 VDuG). Ein Prozesskostenrisiko entsteht für sie dadurch also nicht. Allerdings muss jeder einzelne Anmelder seine Ansprüche auch dann individuell durchsetzen, wenn sämtliche Feststellungsziele vollständig erreicht werden.

Demgegenüber zielt die zum 13. Oktober 2023 eingeführte Abhilfeklage³² auf die Verurteilung eines Unternehmers zu einer Leistung an die betroffenen Verbraucher wozu auch die Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrags zählt (§ 14 VDuG). Wiederum handelt es sich um eine Verbandsklage, bei der die Verbraucheransprüche im Wesentlichen gleichartig sein müssen (§ 15 Abs. 1 S. 1 VDuG). Dies ist das Nadelöhr des Verfahrens.³³ Sollte das Gericht zur Einschätzung gelangen, dass eine solche Gleichartigkeit nicht gegeben ist, wird die Abhilfeklage als unzulässig abgewiesen. Um einen Prozessverlust zu vermeiden, gilt es klägerseits zu überlegen, ob nicht die Erhebung einer Musterfeststellungsklage risikoärmer ist. Diese Möglichkeit ist auch dann unbenommen, wenn die Abhilfeklage an sich statthaft gewesen wäre (§ 41 Abs. 2 VDuG).

Ist die Abhilfeklage begründet, ergeht zunächst ein Abhilfegrundurteil. Darin werden die konkreten Voraussetzungen, nach denen sich die Anspruchsberechtigung der betroffenen Verbraucher bestimmt, sowie die von jedem einzelnen Verbraucher im Umsetzungsverfahren zu erbringenden Berechtigungsnachweise festgelegt (§ 16 Abs. 2 S. 1 VDuG). Auf dessen Grundlage soll dann ein Vergleich zwischen den Parteien herbeigeführt werden, mit dem die Maßgaben des Abilfegrundurteils umgesetzt werden (§ 17 Abs. 1 VDuG).

Scheitert dies, wird das Verfahren fortgesetzt und das Gericht erlässt ein Abhilfeendurteil (§§ 17 Abs. 2, 18 VDuG). Darin wird insbesondere ein Umsetzungsverfahren bestimmt (§§ 22 ff. VDuG), das durch einen vom Gericht bestimmten Sachwalter geführt wird. Dessen Aufgabe ist es im Wesentlichen, das vom unterlegenen Unternehmer in den Umsetzungsfonds eingezahlte Geld an die berechtigten Verbraucher auszuzahlen.

Erste Abhilfeklagen wurden bereits eingereicht, so etwa eine Klage des Verbraucherzentrale Bundesverbandes gegen Vodafone wegen Preiserhöhungen von Festnetz-Internet-tarifen. Die Effektivität dieses komplizierten Verfahrens wird sich hier erst noch unter

32 Eingeführt durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Änderung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz – VRUG) vom 12.10.2023, BGBl. 2023 I, Nr. 272.

33 Zöller/Althammer, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 15 VDuG Rn. 1; Skauradszun/Paulus, VDuG, 2024, § 15 Rn. 6.

Beweis stellen müssen. Für Verbraucher birgt eine Beteiligung das Risiko der rechtskräftigen Aberkennung von Ansprüchen (§ 11 Abs. 3 S. 1 VDuG), ohne dass eine relevante Einflussnahmemöglichkeit auf das Verfahren bestanden hätte. Wer eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen hat und sich nicht (vorrangig) aus Kostengründen an der Abhilfeklage beteiligt, wird vermutlich häufig den Individualprozess bevorzugen.³⁴

IV. DAS LEITENTSCHEIDUNGSVERFAHREN VOR DEM BGH

Die neueste Form eines Pilot- oder Musterverfahrens besteht im deutschen Recht seit dem 31. Oktober 2024 mit dem neuen Leitentscheidungsverfahren, das in § 552b ZPO geregelt ist.³⁵ Danach kann das Revisionsgericht, regelmäßig also der Bundesgerichtshof, ein Revisionsverfahren durch Beschluss zum Leitentscheidungsverfahren bestimmen, wenn die Revision Rechtsfragen aufwirft, deren Entscheidung für eine Vielzahl anderer Verfahren von Bedeutung ist.

Kurios mutet an, dass der BGH bereits am Tag des Inkrafttretens des Gesetzes ein erstes Leitentscheidungsverfahren bestimmt hat. Hierin ging es um Schadensersatzansprüche, die gegen Facebook wegen sog. Scrapings erhoben worden waren. Dem lag eine Datenschutzpanne zugrunde, aufgrund derer unbekannte Dritte in der Lage waren, durch die Eingabe randomisierter Ziffernfolgen über die Kontakt-Import-Funktion von Facebook Telefonnummern zu Nutzerkonten zuzuordnen und die zu diesen Nutzern vorhandenen Daten abzugreifen (sog. Scraping). Die auf diese Weise erlangten und nunmehr mit einer Telefonnummer verknüpften Daten von ca. 533 Mio. Nutzern wurden im April 2021 im Internet öffentlich verbreitet.³⁶ Die Kläger machten geltend, sie hätten einen spürbaren Kontrollverlust über ihre Daten erlitten, der zu einem massiven Anstieg von betrügerischen Kontaktversuchen geführt habe.³⁷ Allerdings erging in diesem Verfahren keine Leitentscheidung, sondern ein reguläres Revisionsurteil.³⁸ Warum, soll in der Folge erläutert werden.

1. ZWECK

Hintergrund des aus mehreren Gründen im Kontext des deutschen Zivilprozesses recht ungewöhnlichen Leitentscheidungsverfahrens ist der Umstand, dass es den Parteien nach der Dispositionsmaxime möglich ist, das Revisionsverfahren durch Rücknahme der Revision, Vergleichsschluss oder Erledigungserklärung ohne Entscheidung zu beenden.

34 S. Mehring, ZRP 2025, 10.

35 Geschaffen durch das Gesetz zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof vom 24.10.2024, BGBl. I, Nr. 328.

36 So die Darstellung in BGH NJW 2024, 3595, 3596.

37 BGH NJW 2024, 3595, 3596.

38 BGH NJW 2025, 298.

Was aus prozessökonomischen Gründen eigentlich begrüßenswert erscheint, führt jedoch dazu, dass der BGH nicht mehr in der Sache entscheiden und mithin die ihm zugedachte Rolle der Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen sowie der Fortentwicklung des Rechts nicht ausüben kann.

Das wird als besonders misslich empfunden in Rechtsfällen, bei denen eine Vielzahl von Verfahren bei Untergerichten anhängig ist und ungeklärte Rechtsfragen entscheidungserheblich sind. So lagen die Dinge in dem sog. Dieselskandal, in dessen Rahmen seit 2015 hunderttausende Klagen vor allem gegen Volkswagen und andere Automobilhersteller sowie deren Vertragshändler erhoben wurden, weil in bestimmten Motortypen unerlaubte Abschalteinrichtungen verbaut gewesen waren. Bestand und Umfang dieser Ansprüche war unklar, ebenso die Frage der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche. Hier war eine Klärung durch den BGH als oberstes deutsches Zivilgericht absolut notwendig und sinnvoll, dies auch angesichts der abzusehenden Divergenz in der Entscheidungspraxis der verschiedenen Berufungsgerichte.

Doch lässt sich nachvollziehen, dass die Beklagten – etwa Volkswagen oder auch Vertragshändler – kaum ein Interesse an der höchstrichterlichen Klärung hatten, sofern diese eine für sie nachteilige Rechtslage herbeiführen könnte. Insofern wurde offensichtlich die Taktik verfolgt, in Verfahren, in denen negative Rechtsentwicklungen drohten, Vergleichsschlüsse herbeizuführen. Dass diese Vergleiche für die Beklagten günstig ausgefallen sein dürften, erscheint offensichtlich – ist aber wegen der darin enthaltenen Verschwiegenheitsverpflichtung nicht an die breite Öffentlichkeit gelangt. So ist es überaus nachvollziehbar, wenn sich die Parteien gegen die Weiterführung des Verfahrens entschieden, auch wenn die Erfolgsaussichten für die Kläger möglicherweise durchaus positiv zu beurteilen waren. Ökonomisch ist das – bei entsprechend hoher Vergleichssumme – dennoch rational, wenn man die für die weitere Verfahrensführung notwendigen Kosten und das verbleibende Prozessrisiko mit einstellt. Der Zivilprozess dient in erster Linie dem Individualrechtsschutz; die Verantwortung einer einzelnen Partei für die Rechtsentwicklung insgesamt ist letztlich marginal.

Das Leitentscheidungsverfahren ermöglicht es dem Revisionsgericht nunmehr, hinsichtlich der in solchen Verfahren zu entscheidenden Rechtsfragen auch dann eine Entscheidung zu treffen, wenn das Revisionsverfahren aus den dargelegten Gründen beendet wird. Wegen seiner Bedeutung für die Rechtsentwicklung und -vereinheitlichung wird der Fall – jedenfalls hinsichtlich seines rechtlichen Kerns – der Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen und der Allgemeinheit überantwortet.

2. VORLÄUFER

Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage hat sich der Bundesgerichtshof schon in der Vergangenheit nicht davon abhalten lassen, als wichtig und bedeutsam erscheinende Rechtsausführungen in geeigneter Form zu veröffentlichen.

A) „NICHT“-ENTSCHEIDUNGEN

Eine der bahnbrechendsten Entscheidungen im Zivilrecht betrifft die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (kurz: GbR). Traditionell wurde diese Grundform der Gesellschaft als nicht rechtsfähig angesehen; dogmatisch ordnete man sie – im Anschluss an *Flume* bzw. v. *Gierke* – als gesamthänderische Verbindung ihrer Gesellschafter ein.³⁹ In der sog. „ARGE Weißes Roß-Entscheidung“ vom 29. Januar 2001⁴⁰ hat der BGH der Gesellschaft bürgerlichen Rechts demgegenüber die Rechtsfähigkeit jedenfalls dann zuerkannt, wenn diese nach außen werbend im Rechtsverkehr auftrete. Faktisch behandelte der Senat die GbR damit als offene Handelsgesellschaft (oHG). Diese Entscheidung hatte Auswirkungen auf die aktive und passive Parteifähigkeit der GbR, die Möglichkeit, eigene Verbindungen als Gesellschaft einzugehen oder die Grundbuchfähigkeit. Sie änderte das rechtliche Design der GbR vollständig. Erst mit Wirkung vom 1. Januar 2024 wurde die Entscheidung obsolet: Seit diesem Zeitpunkt ist die Reform zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (sog. MoPeG) in Kraft getreten, die allerdings nunmehr die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR positivrechtlich in § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB festschreibt.

Damit kann die Entscheidung als Leitentscheidung angesehen werden, wenn auch nicht in Form einer Pilotentscheidung, da dem betreffenden Verfahren keine massenhaften Ansprüche zugrunde lagen. Im Gegenteil: Es ging um einen Zahlungsanspruch aus einem Wechsel, der gegen die beklagte ARGE, eine GbR, geltend gemacht worden war, und damit um einen Einzelfall.

Nun wäre die Entscheidung daher im Kontext des hier zu behandelnden Themas keiner Erwähnung wert, wenn der Entscheidung nicht ein Makel anhaften würde, der weitgehend unberücksichtigt geblieben ist: Sie ist aus prozessualen Gründen rechtlich wirkungslos, da sie als Versäumnisurteil ergangen ist, das nach zulässiger Erhebung des Einspruchs durch die säumige Beklagte, der zur Fortführung des Verfahrens führte,⁴¹ in Fortfall geriet. Während des daraufhin fortgeführten Verfahrens erklärten die Parteien den Streit für erledigt, so dass dem BGH letztlich nur die Kostenentscheidung nach § 91a ZPO verblieb und keine Sachentscheidung mehr. Dort finden sich Erläuterungen zum prozessualen Schicksal des vorangegangenen Versäumnisurteils vom 29. Januar 2002,⁴² doch in deren Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung findet sich kein Vermerk zur fehlenden Rechtskraft.⁴³

B) VERÖFFENTLICHUNG VON HINWEISBESCHLÜSSEN

Während diese bahnbrechende Entscheidung wegen der verzwickten verfahrensrechtlichen Situation vielleicht nicht gerade als Beispiel für die Kreativität des BGH hinsichtlich

39 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/1; *Die Personengesellschaft*, 1977, § 7 I, S. 56; v. *Gierke*, *Deutsches Privatrecht I*, 1895, S. 676, 682 ff.

40 BGHZ 146, 341.

41 BGH NJW 2002, 1207.

42 BGH NJW 2002, 1207.

43 Dazu eingehend R. Stürner, JURA 2021, 463.

der Veröffentlichung von Rechtsausführungen gelten kann, denen durch Beendigung des Revisionsverfahrens der prozessuale Boden entzogen wurde, gilt dies umso mehr für die hin und wieder zu beobachtende Praxis der Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen. So hat der BGH vor einiger Zeit im Zusammenhang mit den bereits mehrfach erwähnten Dieselverfahren einen sehr ausführlichen Hinweisbeschluss veröffentlicht,⁴⁴ in dem die Eckpunkte einer zivilrechtlichen Haftung des Verkäufers gegenüber geschädigten Verbrauchern aus kaufrechtlicher Gewährleistung dargelegt wurden. Es kommt nicht häufig vor, dass der BGH einen so ausführlichen Hinweisbeschluss veröffentlicht, obwohl der Kläger die Revision unter Hinweis darauf, dass sich die Parteien verglichen haben, zurückgenommen hat.⁴⁵ Angesichts der Vielzahl der durch den „Dieselskandal“ ausgelösten Verfahren kommt dem Beschluss jedoch sicherlich Signalwirkung für die Untergerichte zu.⁴⁶

Es handelte sich um die erste Entscheidung des BGH in dem Dieselkomplex, der zig-tausende untergerichtliche Verfahren ausgelöst hat.⁴⁷ Der VIII. Zivilsenat des BGH äußert hier eine „vorläufige Einschätzung“. Diese hat keinerlei Bindungswirkung, weder für das – beendete – laufende Verfahren, noch für irgendwelche anderen Prozesse, die noch anhängig sind. Das deutsche Recht kennt keine formelle Präjudizienbindung. Erst recht entfaltet ein bloßer Hinweisbeschluss keinerlei Bindungswirkung. Dennoch hatte gerade dieser Hinweisbeschluss eine sehr breite Wirkung. Ihm kam Leitwirkung zu. Genau das bezweckte er auch. Dies zeigen bereits die sehr klaren Leitsätze.⁴⁸

Der BGH reagierte damit auf die prozessuale Situation, dass die Revisionsrücknahme kurz vor der Verhandlung erfolgt war, so dass das gesamte Verfahren einschließlich der Entscheidungen der unteren Instanzen obsolet war. Angesichts der klaren Tendenz zu einer Haftung hatte der beklagte Verkäufer die „Flucht aus der Revision“ angetreten.

Prozessual ist das sein gutes Recht, der Zivilprozess basiert schließlich auf dem Grundsatz der Parteidisposition und läuft nicht, wie etwa der Verwaltungsprozess, im Amtsbetrieb. Die Veröffentlichung des Hinweisbeschlusses ist damit eine prozessual eigentlich nicht vorgesehene Reaktion auf das Verfahrensende, das dem BGH das Entscheidungssubstrat entzieht und die Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung unmöglich macht. Als zulässig wird sie gleichwohl erachtet. Problematisch wäre eine Veröffentlichung des Hinweisbeschlusses allerdings vor Erledigung oder vor der mündlichen Verhandlung, da hier die Besorgnis der Befangenheit entstehen könnte.⁴⁹ Das Leitentscheidungsverfahren hat nunmehr eine gesetzliche Grundlage für die Praxis der Veröffentlichung von Hinweisbeschlüssen geschaffen.

44 Hinweisbeschluss vom 8.1.2019, VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133.

45 S. BGH-Pressemitteilung Nr. 22/2019.

46 Den Hinweisbeschluss daher begrüßend Gsell, EWiR 2019, 429, 430.

47 Ball, DAR 2019, 607, 608.

48 Kritisch dazu, dass der Senat die Veröffentlichung nicht rechtfertigte (mit der Folge der Einordnung als „unverlangte Meinungsäußerung“) Riedel, Editorial zu NJW Heft 13/2019.

49 Den Hinweisbeschluss daher begrüßend Gsell, EWiR 2019, 429, 430.

C) RECHTSENTSCHEID IN MIETSACHEN

Im Leitentscheidungsverfahren zeigen sich weiter gewisse Parallelen zum sog. Rechtsentscheid in Mietsachen (§ 541 ZPO a.F.), der in Deutschland zwischen 1968 und 2001 bestand. Mit ihm wurde der Versuch unternommen, die Rechtseinheit im Wohnraummietrecht über eine Vorlagepflicht herzustellen. Diese richtete sich an die Landgerichte als Berufungsgerichte; sie entstand dann, wenn das Landgericht von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes oder eines Oberlandesgerichts abweichen wollte oder wenn einer solchen Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung zukam. In solchen Fällen war ein Rechtsentscheid des übergeordneten OLG einzuholen. Das Verfahren war notwendig, weil nach dem damals geltenden Prozessrecht gegen landgerichtliche Entscheidungen kein Rechtsmittel statthaft war, vielmehr über ihnen der „blaue Himmel der Rechtskraft“ strahlte.

Dieses Instrument der Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung wurde durch die Reform des Instanzenzuges zum 1. Januar 2002 abgeschafft, da nunmehr die Revision im Rahmen der bestehenden Wertgrenzen und Zulassungsvoraussetzungen allgemein möglich ist und mithin der BGH auch in Mietsachen alleiniges Revisionsgericht ist.⁵⁰

Auch wenn der Rechtsentscheid angesichts der beschränkten Rechtsmittelmöglichkeiten in Mietsachen damals als notwendiges Hilfsmittel zur Herstellung der Rechtseinheit angesehen wurde, so ließ sich doch konstatieren, dass er weniger Streitiges Verfahren als vielmehr verbindliches Rechtsgutachten war und somit „eine gänzlich justizfremde Entscheidungsform“.⁵¹

3. VORAUSSETZUNGEN UND VERFAHREN DER LEITENTSCHEIDUNG

Ein Verfahren kann nur dann zu einem Leitentscheidungsverfahren bestimmt werden, wenn Rechtsfragen zu klären sind, die auch für eine Vielzahl anderer Verfahren von Bedeutung sind. Dies ist nur dann der Fall, wenn diese entscheidungserheblich sind. Der BGH kann nicht eine Leitentscheidung treffen, die sich nur „bei Gelegenheit“ des betreffenden Revisionsverfahrens ergibt. Mit anderen Worten: Ein obiter dictum kann niemals Gegenstand der Leitentscheidung sein.⁵²

Wann die notwendige „Vielzahl“ anderer Verfahren vorliegt, obliegt der (zu begründenden) Einschätzung des erkennenden Senats. Es kann sich dabei um Revisionen handeln, die beim Senat selbst oder auch bei anderen Senaten des BGH anhängig sind. Es genügt aber auch, wenn die anderen Verfahren bei den Instanzgerichten anhängig sind.⁵³

Nach § 148 Abs. 4 ZPO kann jedes Gericht, wenn die Entscheidung eines bei ihm anhängigen Rechtsstreits von den Rechtsfragen abhängt, die den Gegenstand eines Leitentscheidungsverfahrens bilden, die Verhandlung nach Anhörung der Parteien bis

⁵⁰ Siehe zur Reform Hinz, NZM 2001, 601, 608 f.

⁵¹ So Hinz, NZM 2001, 601, 609.

⁵² BeckOK-ZPO/Kessal-Wulf, 55. Ed., Stand 1.12.2024, § 552b Rn. 2.

⁵³ So im Facebook-Scraping-Verfahren BGH NJW 2024, 3595 Rn. 19: Hier waren 25 weitere Verfahren beim Senat sowie mehrere tausend Verfahren bei den Instanzgerichten anhängig.

zur Erledigung des Leitentscheidungsverfahrens aussetzen, es sei denn, dass eine Partei der Aussetzung widerspricht und gewichtige Gründe hierfür glaubhaft macht. Dies gilt auch für den Senat selbst, der das Leitentscheidungsverfahren anordnet. Die Aussetzung darf nicht länger als ein Jahr dauern (arg. § 149 Abs. 2 ZPO); jedenfalls ist nach dieser Zeit auf Antrag einer Partei dem Verfahren regelmäßiger Fortgang zu geben.

Eine Anhörung der Parteien im Rahmen der Bestimmung des Verfahrens zum Leitentscheidungsverfahren ist dagegen nicht erforderlich. Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 148 Abs. 4 ZPO sowie im Lichte der von der Reform ebenfalls verfolgten Effizienzerwägungen.⁵⁴

Die Parteirechte werden hierdurch nicht eingeschränkt: Das Recht auf rechtliches Gehör fordert lediglich dann eine Beteiligung, wenn relevante Rechtspositionen der Beteiligten betroffen sind. Durch die Bestimmung zum Leitentscheidungsverfahren entstehen den Parteien aber keine Nachteile; das Revisionsverfahren geht im Prinzip normal weiter. Die für die Parteien dagegen relevante Aussetzungsentscheidung ergeht wie ausgeführt nach Anhörung.

Dass das Leitentscheidungsverfahren den „taktischen“ Vergleichsschluss oder die „Flucht aus der Revision“ als Mittel zur Verhinderung einer Rechtsaussage des BGH obsolet werden lässt, ist kein relevanter Nachteil, der eine Anhörung der Parteien erfordern würde. Dies war gerade der Zweck der Reform; im Übrigen haben etwaige Parteiinteressen hinter dem überragenden Gemeininteresse an der Fortentwicklung des Rechts durch den BGH zurückzustehen. Die Dispositionsmaxime der Parteien stößt hier an ihre Grenzen.

Einen Rechtsbehelf hiergegen sieht das Gesetz nicht vor; der Beschluss ist unanfechtbar. Diskussionswürdig wäre die Statthaftigkeit einer Verfassungsbeschwerde. Diese scheint jedoch bereits an der fehlenden Beschwer zu scheitern.

4. ENTSCHEIDUNG

Eine Leitentscheidung ergeht nach § 565 Abs. 1 S. 2 ZPO nur dann, wenn das Revisionsverfahren endet, ohne dass ein mit inhaltlicher Begründung versehenes Urteil ergeht. Das Leitentscheidungsverfahren ist mithin gewissermaßen subsidiär; es erledigt sich dann (ohne weiteren Beschluss), wenn eine reguläre Entscheidung im Revisionsverfahren fällt.⁵⁵

In dem Beschluss, der ohne mündliche Verhandlung ergeht und zu begründen ist, wird zunächst festgestellt, dass die Revision beendet ist. Daneben – und viel wichtiger – wird in ihm eine Leitentscheidung zu den im Beschluss nach § 552b ZPO benannten Rechtsfragen (und nur zu diesen) getroffen. Dies wird regelmäßig in der Form von (amtlichen) Leitsätzen geschehen, auch wenn hierzu keine ausdrückliche Verpflichtung besteht.⁵⁶

⁵⁴ BGH NJW 2024, 3595 Rn. 9.

⁵⁵ So im Facebook-Verfahren: BGH NJW 2025, 298; s. Paal, NJW 2025, 261, 262.

⁵⁶ BeckOK-ZPO/Kessal-Wulf, 55. Ed., Stand 1.12.2024, § 565 Rn. 6.

Es sei noch einmal betont, dass auch die Leitentscheidung keinerlei formelle Bindungswirkung entfaltet.⁵⁷ Weder sind die Senate des BGH selbst, noch die Instanzgerichte an die darin getroffenen Rechtsaussagen gebunden. Nachdem die Leitentscheidung außerhalb des (beendeten) Revisionsverfahrens ergeht, besteht hier auch keine Bindungswirkung für den Instanzenzug, wie das im Falle der Zurückverweisung nach § 563 Abs. 2 ZPO ausdrücklich angeordnet wird.⁵⁸ Eine Leitentscheidung schafft damit nicht per se neues Recht, sondern stellt die Rechtslage nur fest.

Faktisch allerdings entfalten vor allem höchstrichterliche Urteile eine starke Autorität. Teilweise nimmt der Richter die Rolle eines Ersatzgesetzgebers ein.⁵⁹ Dies gilt vor allem hinsichtlich der Konkretisierung von Generalklauseln: Hier kommt dem Präjudiz für die Rechtspraxis fast ein höherer Stellenwert zu als der Norm selbst. Von einer gefestigten Rechtsprechung wird in der Regel nicht abgewichen. Der BGH formulierte dies einmal wie folgt: „Ein Abgehen von der Kontinuität der Rechtsprechung kann nur ausnahmsweise hingenommen werden, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen.“⁶⁰

Die Instanzgerichte folgen in aller Regel der ober- oder höchstgerichtlichen Rechtsprechung; das Abweichen hiervon verpflichtet das Untergericht unter Umständen zur Zulassung von Berufung bzw. Revision, nämlich dann, wenn dies zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung notwendig ist.⁶¹ Für den Rechtsanwalt ist die Kenntnis und Befolgung der ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Vermeidung von Haftungsrisiken überlebensnotwendig: Nach der Rechtsprechung des BGH haftet ein Rechtsanwalt für Fehler, die auf Unkenntnis der Rechtsprechung beruhen.⁶² Er hat sich daher grundsätzlich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren und darf in der Regel auch auf ihren Fortbestand vertrauen.⁶³ Man kann also von einer autoritativen Überzeugungskraft (*persuasive authority*) oder einer faktischen Bindungswirkung⁶⁴

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 20/8762, S. 15.

⁵⁸ Eine weitere Ausnahme gilt für die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die gemäß § 31 BVerfGG Bindungswirkung (Abs. 1) und in bestimmten Fällen (Abs. 2) sogar Gesetzeskraft haben.

⁵⁹ Vgl. dazu *Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1996, S. 90 ff.; *ders.*, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, 1999, S. 95 ff.; *Kramer*, in: Assmann/Brüggeheimer/Sethe (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens, 2001, S. 31, 36 ff.

⁶⁰ BGHZ (GrS) 85, 64, 66. Ausführlich zu Inhalt und Grenzen der Präjudizwirkung *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 106 ff., 126 ff. sowie *Krebs*, AcP 195 (1995), 171, 182 ff.

⁶¹ § 511 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 S. 1 Nr. 2 ZPO (Berufung) bzw. § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO (Revision).

⁶² BGH NJW 1983, 1665; BGH NJW-RR 1993, 243, 245; BGH NJW 2001, 675, 678.

⁶³ BGH NJW 1993, 3323, 3324.

⁶⁴ Vgl. *Olzen*, JZ 1985, 155, 157.

der obergerichtlichen Urteile im kontinentalen Recht sprechen, die ein Abweichen nur bei zwingenden sachlichen Gründen zulassen.⁶⁵

5. RECHTSVERGLEICH

Ein kurzer Rechtsvergleich zeigt, dass die deutsche Regelung zur Leitentscheidung international als vergleichsweise zurückhaltend einzustufen ist.

A) CHINA

So erlässt das chinesische Oberste Volksgericht regelmäßig sog. „justizielle Interpretationen“ oder „Justizauslegungen“, die im Amtsblatt des Obersten Volksgerichts veröffentlicht werden. Dabei handelt es sich faktisch um abstrakt-generelle Normen, die man als „Justiznormen“ bezeichnen kann.⁶⁶ Das Oberste Volksgericht muss dabei nicht ein konkretes Klageverfahren als Ausgangspunkt nehmen, sondern kann sua sponte solche Interpretationen erlassen. Auch betreffen die Auslegungen nicht nur Einzelfragen, sondern vielfach ganze Gesetze, etwa das Arbitration Law of the People's Republic of China von 1994, zu dem eine umfangreiche Justizauslegung veröffentlicht wurde.⁶⁷ Das Oberste Volksgericht wird damit nicht als Judikative tätig, sondern nimmt Legislativaufgaben wahr.⁶⁸

B) ENGLAND

Auch das englische Recht kennt mit den sog. Practice Directions oder Practice Statements ein funktional vergleichbares Instrument, auch wenn diese bei Weitem nicht die Reichweite der chinesischen Justizinterpretation haben. Jedes Gericht hat das Recht, solche Practice Directions zu erlassen. Diese betreffen das Verfahren und sollen der Effizienzsteigerung dort dienen, wo die geltenden Rechtsvorschriften unklar oder lückenhaft sind. Es handelt sich mithin um eine Art Auslegungs- und Interpretationshilfe zu den Normen, deren Schaffung früher den Richtern am High Court selbst vorbehalten waren,⁶⁹ die aber keine Gesetzeskraft haben;⁷⁰ ein eigenständiger Regelungsgehalt kommt ihnen

65 Krebs, AcP 195 (1995), 171, 182 ff.; Berger, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1996, S. 94; zu den theoretischen Ansätzen auch Effer-Uhe, JÖR 68 (2020), 37.

66 Näher dazu Pißler, RabelsZ 80 (2016), 372; Ahl, ZChinR 2007, 251.

67 Interpretation of the Supreme People's Court concerning Some Issues on the Application of the "Arbitration Law of the People's Republic of China", Fashi [2006] No. 7, adopted at the 1,375th Meeting of the Judicial Committee of the SPC on December 26, 2005, promulgated and in effect on 8 September 2006.

68 Pißler, RabelsZ 80 (2016), 372, 376 ff. Zur unklaren verfassungsrechtlichen Legitimation dieses Vorgehens Ahl, ZChinR 2007, 251, 252 f.

69 Zum Problem, ob Rechtssetzung durch die Gerichte zulässig ist (z.B. durch Practice Directions) Andrews, ZZPInt 2 (1997), 18 ff.

70 Vgl. *Re Langton* [1960] 1 WLR 246, 248 (CA).

damit nur bedingt zu.⁷¹ Rechtsgrundlage ist sec. 5 Civil Procedure Act 1997; danach ist eine Zustimmung von Lord Chancellor Lord Chief Justice erforderlich.

C) EU

Schließlich ist das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV zu nennen. Dessen Zweck ist es, eine einheitliche Interpretation von Unionsrecht in allen Mitgliedstaaten zu sichern. Zu diesem Zweck können alle mitgliedstaatlichen Gerichte dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg Fragen zur Auslegung von Unionsrechtsakten vorlegen, sofern diese für das anhängige Verfahren entscheidungserheblich sind. Dieses Vorlagerecht ver-dichtet sich zu einer Pflicht, wenn das betreffende Gericht im konkreten Verfahren die letzte Instanz ist. Der EuGH entscheidet über die Auslegung in einem Zwischenverfahren, während dessen das Ausgangsverfahren vor dem mitgliedstaatlichen Gericht ausgesetzt wird. Die Entscheidung des EuGH ist für alle Mitgliedstaaten verbindlich.⁷²

Der Unterschied zum Leitentscheidungsverfahren liegt auf der Hand: In prozeduraler Hinsicht wird das Vorabentscheidungsverfahren kontradiktorisch geführt. Inhaltlich kommt es in keiner Weise darauf an, ob die zu entscheidende Frage für eine Vielzahl von anderen Verfahren Relevanz besitzt. Schließlich können sich weder das vorlegende Gericht noch der EuGH selbst über die fortbestehende Dispositionsbefugnis der Parteien hinwegsetzen: Erledigt sich das Ausgangsverfahren, werden sowohl der Vorlagebeschluss als auch das Vorabentscheidungsverfahren selbst obsolet.

V. AUSBLICK

Jede Art der Bündelung von Ansprüchen durch Kollektivierung von Klagen führt notwendig zu irgendeiner Art der Einschränkung von Beteiligungsrechten der betroffenen Parteien. Dies betrifft vor allem das rechtliche Gehör bei Kollektivverfahren: Der erhoffte Effizienzgewinn wäre nicht zu erzielen, wenn sämtliche Beteiligten gleichermaßen gehört werden müssten. So treten die prozessualen Grundrechte von Einzelnen zurück; sie werden einem oder doch nur wenigen Muster-, Test- oder Pilotklägern überantwortet. Die Überwachung von deren prozessuellem Agieren – und mehr noch, von dem Handeln ihrer Prozessvertreter – wird damit zu einem zentralen Anliegen jeder Form des kollektiven Rechtsschutzes.

Die Rechtfertigung dieser Einschränkungen lassen sich vor allem darin finden, dass ansonsten angesichts der Masse der Verfahren das Recht jedes Einzelnen auf Entscheidung in angemessener Zeit nicht zu gewährleisten wäre. Die Kollektivierung dient damit letztlich der Rechtsdurchsetzung. Überdies schützt sie das Recht auf Zugang zur Justiz, denn vor allem bei Streitigkeiten mit geringem Streitwert sind Anspruchsberechtigte überwiegend

71 Vgl. *Godwin v. Swindon Borough Council* [2002 1 WLR 997, 1001 (CA): „[A]t best a weak aid to the interpretation of the rules themselves.“ (May LJ). Kritisch zur Rolle der Practice Directions *Jolowicz* (2000) 59 CLJ 53.

72 Zu diesem Verfahren aus zivilrechtlicher Sicht Stürner, *Europäisches Vertragsrecht*, 2021, § 35 Rn. 11 ff.

nicht bereit, die Kosten und Mühen eines Prozesses auf sich zu nehmen. Man spricht hier von rationaler Apathie: Es ist rational, einen möglicherweise bestehenden Anspruch nicht durchzusetzen, wenn das damit verbundene finanzielle Risiko um ein Vielfaches höher ist und das Verfahren absehbar Jahre dauern würde.

In dieser Situation bieten Kollektivverfahren eine Möglichkeit, sehr kostengünstig und niederschwellig eine Chance auf Anspruchsdurchsetzung zu erhalten. Der Preis, der hier bezahlt werden muss, besteht vor allem im weitgehenden Verzicht auf die eigenen prozessualen Beteiligungsrechte bzw., deren Überantwortung an einen Intermediär, etwa einen Verband. Doch dürfte auch das ohnehin im Interesse der meisten potentiellen Kläger liegen. Ohnehin steht es ihnen frei, am Kollektivverfahren nicht teilzunehmen und ihre Ansprüche im Wege eines Individualverfahrens durchzusetzen.

Bei dem Leitentscheidungsverfahren wird schließlich auch der Dispositionsgrundsatz der Parteien berührt, aber doch nicht eingeschränkt, da die Möglichkeit der Verfahrensbeendigung weiterhin besteht. Berührt wird er deswegen, weil das Substrat des Verfahrens, über das die Parteien disponieren können sollen, ohne deren Zustimmung als Grundlage der Leitentscheidung gemacht werden kann. Doch ist das keine relevante Beeinträchtigung.

Berührt wird allerdings das Recht der Parteien auf Entscheidung in angemessener Zeit, da die Bestimmung eines Verfahrens zum Leitentscheidungsverfahren zu dessen Aussetzung führen kann. Dies gilt übrigens auch für weitere Verfahren, hinsichtlich derer die zur Leitentscheidung gestellten Punkte vorgreiflich sind. Indessen ist die Aussetzung auf maximal ein Jahr beschränkt; auch bestehen diesbezüglich Anhörungsrechte, so dass etwa eine besondere Dringlichkeit geltend gemacht werden kann. Überdies sind solche Aussetzungen wegen Präjudizialität auch ansonsten keine Seltenheit, man denke nur an die Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH, während deren Dauer das Ausgangsverfahren ebenfalls ausgesetzt wird. Einzelinteressen müssen insoweit gegenüber dem als höher zu bewertenden Interesse der Allgemeinheit an der Fortbildung und Vereinheitlichung des Rechts zurückstehen.

PROCEDIMENTOS-MODELO, CAUSAS-PILOTO E PROCEDIMENTOS DE DECISÃO PARADIGMÁTICA NO DIREITO ALEMÃO

Michael Stürner

Professor da Universidade de Konstanz (Alemanha)

I. INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil alemão seguiu tradicionalmente, com muito rigor, o modelo de papéis do processo individual conduzido com base no contraditório, no qual duas partes, formalmente em posição de igualdade, se confrontam. Participações de terceiros eram possíveis, basicamente, no âmbito do litisconsórcio – conforme artigos 59 ss. do Código de Processo Civil alemão (ZPO) –, da intervenção principal e acessória (artigos 64 ss., ZPO), assim como da denúncia da lide (artigos 72 ss., ZPO). O ZPO não conhecia outras formas coletivas de tutela de direitos; mesmo a ciência tendia a posicionar-se a respeito com desconfiança. Havia muitas razões para isso; sobretudo, as restrições de direitos das partes a elas relacionadas, como o direito de ser ouvido, mas também o temor de efeitos equivocados de incentivo a ações coletivas, que poderiam dar origem a uma verdadeira indústria de ações.

No entanto, nos últimos vinte anos, esse cenário mudou consideravelmente. Isso se deve, por um lado, às diretrizes da União Europeia para o fortalecimento dos direitos do consumidor, como a recente Diretiva sobre ações associativas, sobre a qual já falamos antes¹. Por outro lado, expandiu-se também o entendimento de que as regras do processo individual simplesmente não eram adequadas à defesa de pretensões em processos em massa. O direito de acesso à Justiça, que deriva do princípio do Estado de Direito – artigo 20, § 3º, da Lei Fundamental, Grundgesetz (GG) – e representa uma consequência necessária do monopólio de poder do Estado e da proibição de fazer justiça por conta própria², bem como o princípio do processo justo (artigo 6º, §1º, CEDH, ou artigo 47, §1º, DUDH) preceituam um acesso eficaz aos tribunais do Estado³. Esse acesso não pode ser excessivamente dificultado⁴; uma decisão deve ser prolatada em prazo razoável⁵.

Casos de danos em massa também ocorreram com muita frequência na Alemanha, mas o estímulo para a criação de um instituto de tutela coletiva de direitos só adveio da onda de ações contra a Deutsche Telekom AG, no início do século. Entre agosto de 2001 e o início de 2003, mais de 13 mil ações contra a Deutsche Telekom AG foram ajuizadas no Tribunal Regional de Frankfurt am Main devido a dados supostamente errados nos prospectos divulgados na Bolsa de Valores.

1 Palestras da profa. Astrid Stadler e do procurador Sérgio Arenhart.

2 BVerfGE (Coletânea de acórdãos do Tribunal Constitucional Federal) v. 93, p. 99, p. 107; BVerfGE v. 107, p. 395, p. 401; BVerfGE v. 119, p. 202, p. 296 s.; BVerfGE v. 122, p. 248, p. 271.

3 Jurisprudência dominante do TEDH desde *Golder/UK*, A/18, 12 ss., arts. 26 ss. = EuGRZ 1975, p. 91.

4 BVerfGE 54, p. 277, p. 292 s.

5 Completo em *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar (Comentário à Lei Fundamental), 95. EL (Suplemento), julho de 2021, art. 20, n. de margem 134 ss.

Até meados de 2004, o caso ficou estagnado. Não houve uma única audiência, nem mesmo a fixação de uma data, enquanto o Tribunal Regional de Frankfurt esperava que o fluxo de ações amainasse. Em junho de 2004, o Tribunal Constitucional Federal foi provocado para decidir se a morosidade dos processos representaria uma denegação de justiça. Tendo em vista a complexidade do caso, o Tribunal Constitucional Federal rejeitou o recurso constitucional, mas determinou que o Tribunal Regional deveria adotar todas as medidas necessárias para resolver os casos o mais rápido possível.

Por consequência, o legislador agiu promulgando a Lei de Procedimentos-Modelo para Investidores no Mercado de Capitais (KapMuG), que entrou em vigor em 1º de novembro de 2005. Desde então, muita coisa aconteceu. Em 2018, entrou em vigor a Lei para a Implementação de uma Ação-Modelo Declaratória no Processo Civil⁶. Esse instituto de tutela jurídica, chamado pelo Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor com certo eufemismo de "ação uma por todas" não alterou a KapMuG, embora haja interseções entre os dois tipos de procedimentos. Essa inovação também constitui uma reação a um surgimento concreto de ações: a partir da divulgação do chamado escândalo do diesel, em setembro de 2015, os juízos cíveis da Alemanha – e do mundo todo! – foram simplesmente inundados por ações, principalmente contra a Volkswagen e os seus revendedores.

Em 2023, finalmente, entrou em vigor a Lei de Defesa dos Direitos do Consumidor (VDuG), com a qual foi criada a chamada ação de reparação (*Abhilfeklage*), como implementação da Diretiva da União Europeia sobre ações associativas. Essa ação permite exigir uma prestação – e não apenas uma declaração.

Outra novidade veio enriquecer recentemente o Processo Civil alemão: desde outubro de 2024, há o chamado *Leitentscheidungsverfahren*, procedimento de decisão paradigmática, por meio do qual o tribunal de revisão pode admitir, por deliberação, que um processo de revisão é paradigmático, se ele levantar questões jurídicas cuja decisão seja relevante para um grande número de outros processos. Trata-se de um procedimento igualmente destinado à proteção de interesses supraindividuais no Processo Civil.

A seguir, gostaria de aproveitar essa evolução do Direito para abordar os direitos de participação das partes nesses diferentes tipos de procedimentos e suas forçosas limitações em constelações de casos repetitivos. Nesse contexto, é preciso distinguir as diversas espécies de procedimentos. Em primeiro lugar, cumpre enfocar brevemente ações coletivas "livres", ou seja, agrupamentos processuais à margem dos procedimentos dessa natureza previstos por lei (item II a seguir). Em seguida, serão examinadas as ações-modelo e de reparação, em relação às quais é possível constatar um desenvolvimento dinâmico na Alemanha, como já mencionado (III). Por fim, gostaria de tratar do novo *Leitentscheidungsverfahren*, que, na verdade, não é um verdadeiro processo coletivo, mas de temática semelhante a este, como resposta do legislador a ações em massa (IV).

6 Lei de 12.7.2018, BGBl I (Diário Oficial da União), n. 26; ela entrou em vigor, de fato, em 1.11.2018.

II. COLETIVIZAÇÃO “LIVRE” DE PRETENSÕES

Na falta de tipos específicos de ações que possibilitassem uma junção pertinente de pretensões com a mesma finalidade, assim como uma tramitação processual eficiente, durante muito tempo (e, em parte, é o que ocorre ainda hoje), restava alcançar esse resultado com os instrumentos disponíveis no Código de Processo Civil e também no Direito Material.

1. CAUSA-PILOTO “LIVRE”

O caminho mais fácil oferecido pelo ordenamento processual civil para lidar com controvérsias que envolvem muitas partes é o litisconsórcio. De acordo com o artigo 60 do ZPO, várias partes podem litigar em conjunto se pretensões da mesma espécie e um fundamento de fato e de direito essencialmente da mesma natureza constituírem o objeto do litígio. Desde que um juízo seja competente para todas as ações, ele também poderá determinar a sua junção, a qual levará à junção dos procedimentos. Todas as partes serão citadas para a mesma audiência. Um único perito será designado para todas as partes. Litisconsortes permanecem, no entanto, juridicamente independentes: os atos processuais de um litisconsorte não afetam o *status* legal dos outros. Eles não formam, portanto, uma “classe”. Os demais litisconsortes podem aludir às alegações de fatos de uma parte, mas, se uma parte apresentar alegações contraditórias, elas não surtirão efeito vinculante para os demais.

Como esse instituto não resultou em uma racionalização efetiva, no caso Telekom, o Tribunal Regional de Frankfurt pretendeu selecionar, inicialmente, dez casos-modelo que representassem os problemas típicos⁷. As provas apresentadas nos casos-modelo deveriam ser passíveis de utilização em todos os outros casos, nos termos do artigo 411a do ZPO⁸. Esse modo de proceder não é novo: de maneira similar, o Tribunal Administrativo de Munique rejeitou, sem expressa fundamentação legal, mais de 5.700 ações contra a expansão do Aeroporto de Munique. Esse procedimento não configura uma restrição inconstitucional à participação das partes não consideradas como demandantes representativos⁹. Como resposta a esse caso, uma regulamentação para procedimentos-modelo foi inserida no artigo 93a do Código Alemão de Processo Administrativo (VwGO).

Quanto ao processo civil, há, porém, uma diferença importante que traz dificuldades para esse modelo de causas-piloto “livres”: na Alemanha, a ação administrativa segue um modelo mais inquisitivo, no qual se aplica o princípio da investigação de ofício. Por conseguinte, a produção de provas não é uma tarefa que cabe, em primeiro lugar, às partes. Logo, não se coloca o problema de um adiantamento de custas para a prova pericial, com o qual os demandantes representativos teriam eventualmente de arcar no Processo Civil.

7 Comunicado à imprensa 1/2004 do Tribunal Regional de Frankfurt. Foi realizada uma audiência em 23.11.2004.

8 Em outras constelações de ações em massa, ao contrário, o art. 411a do ZPO frequentemente não é útil, cf. Mehring, T., ZRP 2025, p. 10, p. 11.

9 BVerfG, NJW 1980, p. 1511.

No caso Telekom, não se concretizaram nem as causas-piloto pretendidas nem as outras formas de fusão de pretensões; por exemplo, a conclusão de um acordo no âmbito de um procedimento-modelo¹⁰. O Tribunal Regional de Frankfurt optou simplesmente por não dar seguimento ao processo antes da iminente promulgação da KapMuG.

Tais causas-piloto são muito raras no Processo Civil alemão, pois, nesse ínterim, já existe uma série de procedimentos coletivos. Os raros exemplos mostram que elas dificilmente permitem uma efetivação do processo e uma defesa mais rápida dos direitos. Por exemplo, o processo contra o "Grupo de Göttingen", uma associação de empresas fundada para investimentos de capital, contra a qual a partir de 2006 cerca de quatro mil ações indenizatórias foram movidas no Tribunal Regional de Göttingen. O processo tramitou durante quase quinze anos apesar da tentativa de junção em, ao todo, quatro causas-piloto. O resultado foi uma ação de responsabilidade civil contra o Estado da Baixa Saxônia, que, aliás, não teve êxito¹¹.

2. JUNÇÃO PRIVADA AUTÔNOMA DE PROCESSOS

Em determinadas constelações processuais, pode-se considerar ainda um outro caminho para a coletivização: o agrupamento de ações individuais pode ser levado a efeito também na fase pré-processual, por meio de modelos de cessão.

A) MODELOS DE CESSÃO

Nas hipóteses em que ações coletivas não são admissíveis por lei, mas há a expectativa de que a mera quantidade de demandantes cause respectivos impactos sobre o desfecho do processo, buscam-se, em alguns casos, meios e caminhos de unir essas ações individuais, por exemplo, pela cessão e, portanto, reunião das pretensões individuais que as fundamentam. Às vezes, essas cessões são realizadas para pessoas físicas, como aconteceu no caso do processo de Max Schrems contra o Facebook^{12 13}, e, em outras vezes, para veículos criados especialmente para a condução do processo. Um exemplo é a empresa Cartel Damage Claims (CDC), que se especializou, com o "CDC Bundling Model", na defesa em nível europeu de ações indenizatórias por danos causados por cartéis¹⁴.

Contudo, os fins almejados nem sempre foram alcançados. A junção de ações de consumidores por cessão no foro competente (favorável) para as relações de consumo, por via de

10 A esse respeito, Jacoby, F., *Der Musterprozessvertrag*, 2000, p. 57; Wagner, G., *Prozessverträge*, 1998, p. 72.

11 Cf. *Bundesgerichtshof* (Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, BGH), NJW 2023, p. 2347.

12 EuGH, 25.1.2018, Rs. C-498/16 – *Schrems/Facebook*, ECLI:EU:C:2018:37.

13 Principalmente Althammer, C., in: Weller/Wendland (ed.), *Digital Single Market. Bausteine eines Digitalen Binnenmarkts* (Elementos de um Mercado Comum Digital), 2019, p. 159, p. 164 ss.

14 Vide EuGH, 21.5.2015, Rs. C-352/13 – *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA./Akzo Nobel e.a.*, ECLI:EU:C:2015:335.

regra, contrapõe-se ao Direito da União Europeia¹⁵. A cessão a um veículo responsável pelo processo, como no modelo da CDC, é considerada inescrupulosa por alguns tribunais, na medida em que esse veículo não dispõe de patrimônio, o que torna as cessões nulas¹⁶.

B) RECLAMAÇÃO DE DIREITO ALHEIO

Ao contrário da junção material de demandas repetitivas com base nos modelos de cessão descritos, um efeito semelhante também pode ser obtido em nível processual se, em vez de os próprios detentores das pretensões no sentido material figurarem como parte demandante, houver sujeitos que reclamem o direito alheio em seu próprio nome. A dissociação aí presente entre legitimidade material e processual é possível no Direito alemão no âmbito de negócios jurídicos por outorga de poderes – de forma análoga ao artigo 185 do Código Civil (BGB). Para tanto, a jurisprudência exige um justo interesse na condução do processo (de forma análoga ao artigo 66 e ao artigo 256, § 1º, do ZPO), que estará dado se a decisão influir na própria situação jurídica do demandante de direito alheio, podendo essa influência ser também de natureza econômica¹⁷.

Para o caso de violação por empresas de determinadas posições jurídicas de especial relevância, a Lei Alemã da Devida Diligência nas Cadeias de Abastecimento (LkSG)¹⁸ agora regulamenta uma nova forma de reclamação especial de direito alheio, que representa um meio termo entre a reclamação de direito alheio arbitrária e a reclamação legal¹⁹. Para a reclamação das posições jurídicas estabelecidas no artigo 2º, § 1º, da LkSG, o artigo 11 da LkSG concede às pessoas afetadas a possibilidade de outorgar poderes a sindicatos nacionais e organizações não governamentais²⁰ para a condução do processo²¹. Isso pressupõe que o reclamante de direito alheio mantenha uma representação permanente e, conforme o seu estatuto social, não se dedique comercialmente ou não apenas temporariamente à defesa dos direitos humanos. Essa regulamentação está formulada de maneira restritiva a

15 Cf. Stürner, M./Wendelstein, C., JZ 2018, p. 1083, p. 1090 s.

16 Landgericht (LG) Düsseldorf, JZ 2014, p. 635 (CDC/Zementkartell): Unwirksamkeit der Abtretungen nach § 134 BGB i.V.m. Art. § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG a.F. bzw. nach § 138 Abs. 1 BGB wegen fehlender Liquidität des Zessionars (CDC/Cartel de cimento: ineficácia das cessões conf. art. 134 BGB em combinação com o art. 1º, § 1º, 1. sentença, Lei sobre Consultoria Jurídica, antiga redação, ou art. 138, § 1º, BGB por falta de liquidez do cessionário); por fim, ratificado pelo OLG Düsseldorf, JZ 2015, p. 726. Crítica a essa abordagem, Stadler, A., JZ 2014, p. 613.

17 BGHZ (Decisões do BGH em matérias cíveis) 119, p. 237, p. 242; BGHZ 125, p. 196, p. 199; BGH, NJW 2017, p. 487, n. de margem 17.

18 Lei sobre os Deveres de Diligência Corporativos para Evitar Violações de Direitos Humanos nas Cadeias de Abastecimento, de 16.7.2021, BGBl. I, p. 2959.

19 RegE BT-Drs. (Projeto do Governo, material impresso do Parlamento, Bundestag) 19/28649 de 19.4.2021, p. 52.

20 Essas também devem ter sua sede no país, vide RegE BT-Drs. 19/28649 de 19.4.2021, p. 53.

21 Mais detalhadamente em Stürner, M., in: FS Schack, 2022, p. 856.

fim de impedir o surgimento de uma “indústria de ações”. Os poderes podem ser outorgados sem instrumento formal, até mesmo por comportamento concludente²².

Ao contrário do Direito alemão, outros ordenamentos jurídicos não admitem uma reclamação de direito alheio arbitrária²³. E, mesmo na doutrina alemã, há vozes que levantam dúvidas sobre a necessidade desse instituto como um todo, pois ele seria suscetível a abusos e, além disso, não haveria interesse digno de proteção em razão da possibilidade de concessão (fiduciária) de plenos direitos e de representação²⁴.

Parece muito questionável se, em particular, a reclamação especial de direito alheio, nos termos do artigo 11 da LkSG, pode conferir estímulos essenciais a uma condução de processo estratégica, visto que carece do contraponto material em forma de uma sanção por responsabilidade civil com pretensão de validade internacional: o artigo 3º, § 3º, 1ª sentença, da LkSG exclui a responsabilidade civil em caso de violação aos deveres de diligência nela previstos em relação aos direitos humanos.

No entanto, isso pode mudar com a implementação da Diretiva da UE sobre Deveres de Diligência das Empresas em Matéria de Sustentabilidade (a CSDDD)²⁵: em seu artigo 29, § 1º, referida diretiva define uma responsabilidade civil por infrações a esses deveres de diligência, os quais devem ter aplicação internacional imperativa (artigo 29, § 7º, CSDDD), ou seja, como direito interveniente, nos termos do artigo 26 do Regulamento Roma II, em frente ao regimento estrangeiro sobre atos ilícitos, de modo geral, aplicável conforme artigo 4, § 1º, do Regulamento Roma II²⁶. O artigo 29, § 3º, da CSDDD contém, além disso, disposições voltadas a uma aplicação efetiva dessa norma de responsabilidade civil²⁷. Segundo a alínea d, os Estados-Membros devem assegurar que existam condições adequadas “em que qualquer parte alegadamente lesada pode autorizar um sindicato, uma organização não governamental de defesa dos direitos humanos ou do ambiente ou outra organização não governamental e, em conformidade com o direito nacional, as instituições nacionais de direitos humanos, com sede num Estado-Membro, a intentar ações para fazer valer os direitos da parte alegadamente lesada”. A

22 Cf. RegE BT-Drs. 19/28649, p. 53 com referência a BGH GRUR 2008, p. 1108, n. de margem 52; vide ainda BGHZ 94, p. 117, p. 122. A minuta do projeto da LkSG elaborada pelo ministério competente (RefE) havia previsto uma exigência da forma escrita, art. 12, § 1º, 2ª sentença, do RefE de 15.2.2021.

23 Por exemplo, França (“*nul ne plaide par procureur*”), Itália (art. 81 Codice di Procedura Civile) ou Áustria (OGH IPRax 1999, p. 383, p. 384); cf. Schack, H., in: FS Gerhardt, 2004, p. 859, p. 870 s.; mais recentemente Hoffmann, J.F., ZZP 130 (2017), p. 403, p. 409 ss.

24 Schack, H., Internationales Zivilverfahrensrecht, 9. ed., 2025, n. de margem 676; Schack, H., in: FS Gerhardt, 2004, p. 859, p. 869 ss.; Koch, H., JZ 1984, p. 809. Panorama da discussão em Hoffmann, J.F., ZZP 130 (2017), p. 403, p. 406 ss.

25 Diretiva de 13.6.2024 sobre os deveres de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859, ABl. (EU), L 2024/1760, 5.7.2024.

26 De acordo com a proposta da Comissão Europeia de uma chamada Diretiva Omnibus, de 26.2.2025, COM (2025) 81 final, a norma sobre responsabilidade civil do art. 29, § 1º, CSDD-RL, deverá, no entanto, ser suprimida.

27 Vide a respeito BeckOK-LkSG/Stürner, M., 9. ed., versão de 15.3.2025, art. 11 LkSG, n. de margem 39 ss.

reclamação de direito alheio do artigo 11 corresponde a essas disposições²⁸; a implementação da Diretiva da UE certamente dotará o instrumento de maior relevância.

III. PROCEDIMENTOS-MODELO

O segundo grupo de coletivizações é formado pelos chamados procedimentos-modelo. Eles podem ser ações coletivas “verdadeiras”, em que desde o início os autores ou titulares do direito participam de um processo em grupo no qual a junção das demandas pode ocorrer de formas variadas. Nesse grupo, há também ações coletivas “falsas”, nas quais inicialmente são propostas ações individuais e a junção ocorre somente no curso do processo em relação a determinadas questões de fato ou de direito idênticas em todas as ações.

1. PROCEDIMENTOS-MODELO “FALSOS”

A KapMuG, já mencionada diversas vezes, é um exemplo de que a coletivização também pode ser realizada em uma fase posterior da ação. Esse procedimento é aplicável principalmente em ações movidas por divulgação falsa ou enganosa de informações sobre o mercado de capitais e por seu uso ou omissão de informações (artigo 1º, § 1º, inc. 1 e 2, KapMuG). A fusão é produzida para que demandante e demandado requeiram a declaração de presença ou ausência de requisitos de fato e de direito para a existência ou inexistência de direitos ou relações jurídicas (artigo 2º, § 1º, KapMuG). O pressuposto é que a decisão sobre os objetivos de declaração no procedimento-modelo possa ter relevância não apenas para o litígio individual, mas também para outros litígios de igual natureza (artigo 2º, § 3º, KapMuG). Consequentemente, o tribunal não pode dar início de ofício ao procedimento-modelo.

Caso o tribunal julgue admissível o requerimento de procedimento-modelo (artigo 3º, KapMuG), isso levará à suspensão da ação originária, se a decisão do litígio depender previsivelmente dos objetivos de declaração pleiteados (artigo 6º, KapMuG). As questões-modelo serão endereçadas ao Tribunal Regional Superior (*Oberlandesgericht*, OLG) competente no rito processual (artigo 7º, KapMuG), que determinará, pelo critério da equidade, um demandante-modelo entre todos os demandantes de todas as ações originárias (artigo 9º, § 3º, KapMuG). Todos os demais demandantes serão apenas terceiros chamados ao procedimento-modelo. Porém, terão direito de apresentar instrumentos de acusação ou defesa, bem como de praticar efetivamente todos os atos processuais, desde que as suas alegações ou os seus atos não contrariem alegações ou atos do demandante-modelo (artigo 11, § 4º, KapMuG). Aos terceiros são, portanto, concedidos em certa medida o direito de ser ouvido e o direito de participação.

Ao término do procedimento, será proferida uma decisão-modelo (artigo 19, KapMuG) ou uma proposta de acordo será aceita (artigos 20 ss., KapMuG) e homologada pelo tribunal. Havendo o acordo, os terceiros chamados podem optar pela aceitação ou por sua exclusão deste; o acordo homologado somente terá eficácia se menos de 30% dos chamados declaram a sua exclusão. A proposta de acordo deverá conter sobretudo uma regulamentação

28 Igualmente em Kieninger, E.-M., ZIP 2024, p. 1037, p. 1047.

para que as prestações fixadas sejam repartidas entre os demandantes (artigo 20, § 2º, 1, KapMuG). O acordo-modelo encerra o procedimento-modelo (artigo 26, § 2º, KapMuG).

Se, ao contrário, o procedimento-modelo, que desta forma está configurado como uma espécie de procedimento intermediário, for finalizado por uma decisão-modelo, as ações originárias sobrestadas na primeira instância terão prosseguimento. A decisão-modelo vincula os tribunais nos quais tramitam todas essas ações (artigo 25, § 1º, KapMuG).

No que diz respeito ao processo da Telekom, é preciso constatar que a KapMuG não se mostrou um mecanismo eficiente para a resolução de controvérsias. Somente em novembro de 2021 houve uma proposta de acordo, ou seja, passados mais de vinte anos das primeiras ações. Apenas poucos outros grandes processos foram conduzidos conforme a KapMuG; por exemplo, um procedimento-modelo contra a Volkswagen AG por perdas cambiais sofridas por investidores relacionadas ao "escândalo do diesel", no Tribunal Regional Superior de Braunschweig (em tramitação desde 2018) ou o processo Wirecard perante o Tribunal Regional Superior da Baviera (desde 2023). É necessário aguardar ainda para saber se a alteração da KapMuG realizada em 2024²⁹ realmente contribuirá para uma maior eficiência³⁰.

2. PROCEDIMENTOS-MODELO "VERDADEIROS"

Enquanto a KapMuG está moldada como mero procedimento intermediário, procedimentos-modelo "verdadeiros" se distinguem pelo fato de o elemento coletivo lhes ser inerente desde o início. No Direito alemão, esse é o caso das ações associativas (*Verbandsklagen*) regulamentadas na Lei de Defesa dos Direitos do Consumidor (VDuG).

Nas ações associativas e de grupos, uma associação representante de interesses é autorizada a pleitear pretensões de terceiros. Esse tipo de tutela coletiva de direitos é possível em muitos países da Europa, mas existem restrições. Nem todo grupo de interesses que se reúne *ad hoc* dispõe, como tal, de legitimidade para a propositura da ação. Mais comum é a definição por lei dos critérios que legitimam uma associação a propor ação no interesse público. A ideia do *private law enforcement* encontra aqui uma expressão evidente.

Um dos principais pontos fracos da KapMuG é que, com o encerramento do procedimento-modelo com uma decisão-modelo, as ações originárias sobrestadas prosseguem e as respectivas pretensões individuais ainda terão de ser exigidas. Assim, no processo da Telekom, a incorreção do prospecto de vendas de ações da Telekom AG era, entre outros, objeto do procedimento-modelo. Ainda que a incorreção seja constatada no fim dessa etapa processual, um investidor lesado terá de expor no processo individual e, se necessário, comprovar o nexo de causalidade entre essa incorreção e a decisão de compra, assim como o valor do dano.

29 Segunda Lei de Reforma da KapMuG de 16.7.2024, BGBl. I, Nr. 240.

30 Uma visão cética em Mehring, T., ZRP 2025, p. 10 e 12, que reivindica um amplo procedimento de produção de provas modelo, com o qual "se possibilite a produção exemplar de provas em um procedimento-modelo, com efeito vinculante, considerando, para tanto, além do parecer pericial, também todos os demais meios de provas".

A ação-modelo declaratória, existente desde 1º de novembro de 2018³¹ (inicialmente regulamentada nos artigos 606 ss. do ZPO, agora nos artigos 1º-13, 41 ss. da VDuG), praticamente não trouxe auxílio nesse sentido, embora contenha uma série de facilitações. Ela foi implementada para dar aos consumidores lesados no âmbito do escândalo do diesel a possibilidade de fazer valer as suas pretensões perante a Volkswagen com custos acessíveis e poucos riscos. O momento da entrada em vigor da lei foi definido de forma a permitir a adesão ao procedimento-modelo antes da prescrição regulamentar, em 31 de dezembro de 2018.

Os legitimados para propor ações são, precipuamente, associações de defesa dos consumidores habilitadas, como a Federação Alemã de Organizações de Defesa do Consumidor (Verbraucherzentrale Bundesverband) (artigo 2º, § 1º, VDuG). Elas precisam comprovar que as pretensões ou relações jurídicas de ao menos 50 consumidores (artigo 4º, § 1º, inc. 2, VDuG) podem depender dos objetivos de declaração da ação-modelo declaratória. Consumidores afetados podem incluir as suas pretensões no Registro de Ações Associativas dentro do prazo de três semanas após a conclusão da audiência (artigo 46, § 1º, VDuG). O registro não gera para eles um risco de arcar com custos processuais. Contudo, cada consumidor registrado deverá exigir as suas pretensões individualmente, mesmo depois que todos os objetivos de declaração forem plenamente alcançados.

Diversamente, a ação de reparação³² (*Abhilfeklage*), em vigor desde 13 de outubro de 2023, tem por objetivo a condenação de uma empresa a uma prestação aos consumidores lesados, incluindo o pagamento de um valor total coletivo (artigo 14, VDuG). Trata-se, por sua vez, de uma ação associativa na qual as pretensões dos consumidores devem ser essencialmente da mesma natureza (artigo 15, § 1º, 1ª sentença, VDuG). Aqui está o impasse do procedimento³³. Caso o tribunal chegue à conclusão de que tal igualdade não está presente, a ação de reparação será rejeitada como inadmissível. Para evitar uma perda do processo, a parte demandante deveria ponderar se a propositura de uma ação-modelo declaratória não seria menos arriscada. Essa possibilidade ainda lhe ficaria reservada se a ação de reparação fosse considerada admissível (artigo 41, § 2º, VDuG).

Se a ação de reparação for julgada procedente, é proferida uma decisão preliminar de reparação. Nela, serão estabelecidos os requisitos concretos que definirão o direito dos consumidores afetados, bem como os documentos probatórios a serem apresentados por cada consumidor no procedimento de execução (artigo 16, § 2º, 1ª sentença, VDuG). Isso servirá de base para a conclusão de um acordo entre as partes, no qual as diretrizes da decisão preliminar de reparação serão cumpridas (artigo 17, § 1º, VDuG).

Se não houver acordo, o processo terá continuidade e o tribunal proferirá uma decisão definitiva de reparação (artigo 17, § 2º; artigo 18, VDuG), a qual determinará, em especial, um

31 Criada pela Lei de Implementação de uma Ação-Modelo Declaratória, de 12.7.2018, BGBl. I, 1151.

32 Instituída pela Lei de Implementação da Diretiva (UE) 2020/1828 sobre ações associativas para a proteção de interesses coletivos dos consumidores e revogação da Diretiva 2009/22/EG, bem como para alteração da KapMug (VRUG), de 12.10.2023, BGBl. 2023 I, Nr. 272.

33 Zöller, R./Althammer, C., ZPO, 35. ed., 2024, art. 15 VDuG, n. de margem 1; Skauradszun, D./Paulus, D., VDuG, 2024, art. 15, n. de margem 6.

procedimento de execução (artigos 22 ss., VDuG) a ser conduzido por um administrador designado pelo tribunal. Sua função é basicamente pagar aos consumidores que tenham direito o valor depositado pela empresa vencida em um fundo de execução.

As primeiras ações de reparação já foram ajuizadas; por exemplo, uma ação da Verbraucherzentrale Bundesverband contra a operadora Vodafone por aumentos de preço de tarifas de internet fixa. A efetividade desse procedimento complexo ainda terá de ser comprovada neste caso. Para os consumidores, uma participação na ação conterà o risco de uma rejeição das pretensões, com trânsito em julgado (artigo 11, § 3º, 1ª sentença, VDuG), sem ter havido uma possibilidade significativa de influência no processo. O consumidor que tiver contratado um seguro de proteção jurídica e não tenha participado (prioritariamente) da ação de reparação por motivos financeiros, provavelmente optará com frequência pelo processo individual³⁴.

IV. O PROCEDIMENTO DE DECISÃO PARADIGMÁTICA PERANTE O BUNDESGERICHTSHOF (LEITENTSCHEIDUNGSVERFAHREN)

A forma mais recente de um procedimento-modelo ou piloto foi instituída no Direito alemão em 31 de outubro de 2024, o novo *Leitentscheidungsverfahren*, regulamentado no artigo 552b do ZPO³⁵. Segundo o artigo, o tribunal de revisão, por via de regra o Bundesgerichtshof (BGH), pode determinar por deliberação que uma revisão se torne um procedimento de decisão paradigmática, se a revisão levantar questões jurídicas cuja decisão seja relevante para uma série de processos.

É curioso que o BGH tenha admitido um primeiro procedimento de decisão paradigmática já na data da entrada em vigor da lei. Tratava-se de pretensões de indenização por perdas e danos contra o Facebook por vazamento de dados. Eles ocorreram por uma falha na proteção de dados, em razão da qual terceiros desconhecidos puderam, inserindo sequências numéricas aleatórias, associar números de telefone a contas de usuários por meio da função de importação de contatos do Facebook e extrair os dados disponíveis sobre esses usuários (o chamado *scraping*). Os dados de aproximadamente 533 milhões de usuários, obtidos dessa forma e agora associados a um número de telefone, foram disseminados publicamente na internet em abril de 2021³⁶. Os demandantes alegaram que teriam sofrido uma nítida perda de controle sobre os seus dados, o que provocou um enorme aumento de tentativas de contato fraudulentas³⁷. Apesar disso, nesse procedimento não foi prolatada uma decisão paradigmática, e sim uma decisão de revisão regular³⁸. A razão será explicada a seguir.

34 Vide Mehring, T., ZRP 2025, p.10.

35 Criado pela Lei de Implementação de um Procedimento de Decisão Paradigmática no BGH, de 24.10.2024, BGBl. I, Nr. 328.

36 Como descrito em BGH, NJW 2024, p. 3595, p. 3596.

37 BGH, NJW 2024, p. 3595, p. 3596.

38 BGH, NJW 2025, p. 298.

1. FINALIDADE

O procedimento de decisão paradigmática, bastante incomum no contexto do Processo Civil alemão por vários motivos, originou-se pelo fato de as partes, segundo o princípio dispositivo, poderem encerrar o processo de revisão sem que haja decisão, por desistência, por acordo ou declaração de resolução. Isso parece oportuno do ponto de vista da economia processual; no entanto, faz com que o BGH não mais decida sobre o mérito e, assim, não possa exercer o papel que lhe foi atribuído de elucidar questões jurídicas fundamentais, bem como de promover a evolução do Direito.

Isso é visto com desconforto, em especial, em relação a casos jurídicos nos quais inúmeros processos estão em tramitação nas instâncias inferiores e questões jurídicas relevantes para a sua decisão continuam pendentes. Tais eram as circunstâncias no escândalo do diesel. Devido à instalação de dispositivos de desligamento proibidos em certos tipos de motor, a partir de 2015 centenas de milhares de ações foram movidas, notadamente contra a Volkswagen, mas também outros fabricantes de veículos e seus revendedores. A existência e a extensão dos direitos não estavam claras, assim como a questão dos direitos de garantia conforme o Direito Comercial. Nesse caso, uma resolução por parte do BGH, como Supremo Tribunal Cível alemão, era absolutamente necessária e pertinente, também em face da previsível divergência das decisões nos diferentes tribunais de apelação.

Contudo, pode-se presumir que os réus – a Volkswagen ou também revendedores – tinham pouco interesse na elucidação por um tribunal de última instância, que poderia suscitar uma situação jurídica desfavorável para eles. Por isso, a tática claramente adotada foi a celebração de acordos em processos nos quais se previam desdobramentos jurídicos negativos. Parece evidente que esses acordos foram vantajosos para os demandantes – mas isso não foi amplamente divulgado, pois eles incluíam a obrigação de manter sigilo. Dessa forma, é completamente compreensível que as partes tenham optado por não seguir com o processo, mesmo que para os demandantes as chances de êxito pudessem ser avaliadas como muito boas. É racional sob o aspecto financeiro – considerando um valor alto fixado no acordo – se levarmos em conta os custos necessários para a futura tramitação e o persistente risco de perda do processo. O Processo Civil serve, em primeiro lugar, à tutela jurídica individual; a responsabilidade de cada parte pela evolução do Direito como um todo é, em última análise, secundária.

O procedimento de decisão paradigmática agora permite que o tribunal de revisão prolate uma decisão sobre as questões jurídicas decisivas pendentes nessas ações, ainda que o processo de revisão seja encerrado pelos motivos descritos. Em virtude da sua importância para a uniformização e evolução do Direito, o caso, de todo modo, quanto ao seu cerne jurídico, é extraído do poder dispositivo das partes e confiado à coletividade.

2. PRECEDENTES

Mesmo sem exposto fundamento legal, no passado, o BGH não se absteve de publicar, de forma apropriada, explanações jurídicas que se afiguravam relevantes.

A) “NÃO” – DECISÕES

Uma das decisões mais revolucionárias no Direito Civil diz respeito à capacidade jurídica da sociedade de direito civil (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts* – GbR). Tradicionalmente, essa forma básica de sociedade não era considerada juridicamente capaz; na doutrina, ela foi classificada – segundo Flume ou von Gierke – como união dos seus sócios com patrimônio comum³⁹. Na conhecida “Decisão da Cooperativa Weißes Roß”, de 29 de janeiro de 2001⁴⁰, o BGH, por sua vez, reconheceu a capacidade jurídica da GbR sempre que ela figurar em relações jurídicas com divulgação pública. Na realidade, a Turma competente tratou a GbR como sociedade comercial aberta (*offene Handelsgesellschaft* – oHG). Essa decisão produziu efeitos sobre a capacidade da GbR de ser parte ativa e passiva, sobre a possibilidade de firmar os seus próprios vínculos como sociedade ou de ser inscrita no registro público de imóveis. A decisão mudou completamente o desenho jurídico da GbR e só se tornou obsoleta em 1º de janeiro de 2024: nesse momento, entrou em vigor a Reforma para a Modernização do Direito das Sociedades de Pessoas (MoPeG), que consignou a capacidade jurídica da GbR com atuação externa em dispositivo legal, no artigo 705, § 2º, alternativa 1, BGB.

Desse modo, a decisão pode ser considerada paradigmática, embora não na forma de uma decisão-piloto, já que o processo em questão não se baseava em pretensões em massa. Ao contrário: tratava-se de uma pretensão de pagamento decorrente de uma letra de câmbio pleiteada contra a demandada, a Cooperativa, uma GbR, e, portanto, de um caso individual.

No contexto do tema a ser examinado aqui, a decisão não seria digna de menção se não contivesse uma falha, que foi amplamente ignorada: ela é juridicamente ineficaz por razões processuais, pois foi proferida como sentença por contumácia, a qual foi extinta após a admissão de um recurso interposto pelo demandado contumaz que deu continuidade ao processo⁴¹. Em seguida, durante o curso do processo, as partes declararam a controvérsia como resolvida, de forma que só restou ao BGH a fixação das custas, conforme o artigo 91a do ZPO, e não mais uma decisão sobre o mérito. Na decisão sobre as custas, constam elucidações sobre o desfecho processual da sentença anterior por contumácia, de 29 de janeiro de 2002⁴²; no entanto, em sua publicação na coletânea oficial, não há observação sobre a ausência de eficácia⁴³.

B) PUBLICAÇÃO DE DELIBERAÇÕES INFORMATIVAS (*HINWEISBESCHLÜSSE*)

Enquanto essa decisão revolucionária, devido à intrincada situação processual, não possa talvez servir exatamente de exemplo para a criatividade do BGH no que tange à publicação de elucidações jurídicas que perderam o alicerce processual pelo encerramento do processo de revisão, exemplifica-a ainda melhor a prática constantemente observada de publicação de

39 Flume, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. I/1; *Die Personengesellschaft*, 1977, § 7 I, p. 56; v. Gierke, O., *Deutsches Privatrecht I*, 1895, p. 676, p. 682 ss.

40 BGHZ 146, p. 341.

41 BGH, NJW 2002, p. 1207.

42 BGH, NJW 2002, p. 1207.

43 Detalhadamente em Stürner, R., JURA 2021, p. 463.

deliberações informativas. Há algum tempo, por exemplo, no âmbito do processo do diesel já mencionado várias vezes, o BGH publicou uma deliberação informativa muito minuciosa⁴⁴, na qual foram apresentados os elementos-chave de uma responsabilidade civil baseada na garantia comercial do vendedor perante o consumidor lesado. Não acontece com frequência de o BGH publicar uma deliberação informativa tão detalhada, mesmo que o demandante tenha desistido da revisão, comunicando que as partes chegaram a um acordo⁴⁵. Diante dos inúmeros processos desencadeados pelo escândalo do diesel, a deliberação certamente obtém, contudo, um efeito sinalizador para os tribunais de instâncias inferiores⁴⁶.

Trata-se da primeira decisão do BGH no caso do diesel, o qual deu origem a milhares de ações em instâncias inferiores⁴⁷. Nela, a Oitava Turma Cível do BGH expôs uma "avaliação preliminar". Ela não produz efeito vinculante algum nem para o processo em questão – encerrado – nem para quaisquer outros processos ainda em tramitação. O Direito alemão não conhece a vinculação formal dos precedentes. Uma mera deliberação informativa é, portanto, incapaz de produzir qualquer espécie de efeito vinculante. Entretanto, precisamente essa deliberação informativa teve um impacto muito amplo, obtendo um efeito de paradigma. Era exatamente esse o seu objetivo. Suas ementas muito claras já o demonstram⁴⁸.

Desse modo, o BGH reagiu à situação processual da desistência da revisão pouco tempo antes da audiência, a qual tornou obsoleto o processo inteiro, incluindo as decisões das instâncias inferiores. Em face da nítida tendência em prol da responsabilidade civil, o vendedor processado optou por "fugir da revisão".

No processo, esse é o seu justo direito. Afinal, o Processo Civil baseia-se no princípio dispositivo em relação às partes e não tramita de ofício, como, por exemplo, o processo administrativo. Assim, a publicação da deliberação informativa é uma reação, na verdade, não prevista processualmente ao encerramento da lide, o qual priva o BGH do seu cerne jurisdicional, impedindo a uniformização e evolução do Direito. Porém, ela é considerada lícita. Problemática seria uma publicação da deliberação informativa antes da resolução ou antes da audiência, uma vez que, nesse caso, poderia surgir o receio de um impedimento⁴⁹. Agora, o procedimento de decisão paradigmática criou uma base legal para a prática de publicação de deliberações informativas.

C) DECISÃO JUDICIAL EM AÇÕES LOCATÍCIAS (*RECHTSENTSCHEID IN MIETSACHEN*)

No procedimento de decisão paradigmática, evidenciam-se ainda certos paralelos com a chamada decisão judicial em ações locatícias (artigo 541 do ZPO, antiga redação), vigente

44 Deliberação indicativa de 8.1.2019, VIII ZR 225/17, NJW 2019, p. 1133.

45 Vide Comunicado à Imprensa do BGH n. 22/2019.

46 Por isso, a deliberação informativa é bem-recebida por Gsell, B., EWiR 2019, p. 429, p. 430.

47 Ball, W., DAR 2019, p. 607, p. 608.

48 Crítica a respeito pelo fato de a Turma não ter justificado a publicação (como consequência, a classificação como "manifestação de opinião não solicitada") Riedel, NJW, Caderno 13/2019, Prefácio.

49 Por isso, a deliberação informativa é bem-recebida por Gsell, B., EWiR 2019, p. 429, p. 430.

na Alemanha de 1968 a 2001. Com esse instituto, tentou-se estabelecer uma uniformidade jurídica nas normas referentes à locação residencial por meio da obrigação de submissão dos autos imposta aos Tribunais Regionais na qualidade de tribunais de apelação. Essa obrigação surgia quando um Tribunal Regional pretendia divergir de uma decisão do BGH ou de um Tribunal Regional Superior ou se a respectiva questão jurídica fosse de importância fundamental. Em tais casos, era preciso requerer uma decisão do Tribunal Regional Superior competente. Esse procedimento era necessário porque, de acordo com o Direito Processual vigente à época, não havia recurso admissível contra decisões de Tribunais Regionais. Ao contrário, sobre eles resplandecia o “céu azul da coisa julgada”.

Esse instrumento de uniformização e evolução do Direito foi abolido pela Reforma do Processo Civil, de 1º de janeiro de 2002, já que a revisão se tornou amplamente possível conforme os limites existentes de valor das causas e requisitos de admissibilidade e, portanto, o BGH é o único tribunal de revisão igualmente para as ações locatícias⁵⁰.

Embora a decisão judicial parecesse à época um recurso necessário para o estabelecimento da uniformidade jurídica, considerando as possibilidades restritas de recursos em ações locatícias, foi possível constatar que ela era menos um procedimento litigioso e mais um parecer jurídico vinculante e, conseqüentemente, “uma forma de decisão completamente alheia à Justiça”⁵¹.

3. REQUISITOS E PROCEDIMENTOS DA DECISÃO PARADIGMÁTICA

Um processo somente poderá ser admitido como de decisão paradigmática se houver questões jurídicas a serem esclarecidas que também sejam relevantes para um grande número de outras ações. Isso só acontece se as questões forem relevantes para a decisão. O BGH não pode tomar uma decisão paradigmática advinda apenas “por ocasião” do processo de revisão. Em outras palavras: um *obiter dictum* jamais poderá ser objeto de uma decisão paradigmática⁵².

Cabe à Turma que admitir a decisão paradigmática avaliar (e justificar) se há o “grande número” necessário de outros processos. As revisões podem estar em tramitação na própria Turma ou também em outras Turmas do BGH. Mas também é suficiente que os outros processos estejam pendentes em instâncias inferiores⁵³.

Nos termos do artigo 148, § 4º, do ZPO, qualquer Corte pode, depois de ouvir as partes, suspender a audiência se a decisão de um litígio pendente sob sua competência depender das questões jurídicas que constituam o objeto de um procedimento de decisão paradigmática,

50 Sobre a Reforma, vide Hinz, W., NZM 2001, p. 601, p. 608 s.

51 Hinz, W., NZM 2001, p. 601, p. 609.

52 BeckOK-ZPO/Kessal-Wulf, S., 55. ed., versão de 1º.12.2024, § 552b, n. de margem 2.

53 Como no caso do vazamento de dados do Facebook, BGH, NJW 2024, p. 3595, n. de margem 19: mais 25 processos estavam pendentes na Turma, outros milhares, nas outras instâncias.

até que o procedimento seja finalizado, salvo se uma das partes contestar a suspensão apresentando razões convincentes para tal. Isso se aplica igualmente à própria Turma que determinar o *Leitentscheidungsverfahren*. O sobrestamento não pode se estender por mais de um ano (arg. artigo 149, § 2º, ZPO); após esse prazo, o processo deve ser regularmente retomado por solicitação de uma das partes.

Por sua vez, uma oitiva das partes no âmbito da determinação de um procedimento de decisão paradigmática não é necessária. Isso decorre de um argumento a *contrario sensu* do artigo 148, § 4º, do ZPO, bem como à luz dos critérios de eficiência igualmente almejados pela Reforma⁵⁴.

Daí não resultam restrições aos direitos das partes: o direito de ser ouvido somente envolve uma participação quando posições jurídicas relevantes das partes são afetadas. Mas a decretação do procedimento de decisão paradigmática não acarreta desvantagens para as partes; em princípio, o processo de revisão prossegue normalmente. A decisão de suspensão, que é, ao contrário, relevante para as partes, é proferida após a sua oitiva, como exposto.

O fato de o procedimento de decisão paradigmática tornar supérfluo o encerramento "tático" por acordo ou a "fuga da revisão" como meio de evitar uma declaração judicial não é uma desvantagem significativa, que exigiria uma oitiva das partes. A finalidade da Reforma era exatamente essa; de resto, eventuais interesses das partes devem dar lugar ao interesse coletivo predominante pela evolução do Direito por intermédio do BGH. O princípio dispositivo das partes encontra aqui os seus limites.

A lei não prevê um recurso contra isso; a decisão é incontestável. Digna de debate seria a admissibilidade de uma reclamação constitucional. Mas essa já parece malograr pela falta de empenho nesse sentido.

4. DECISÃO

Uma decisão paradigmática somente é prolatada, conforme artigo 565, § 1º, 2ª sentença, do ZPO, quando o processo de revisão termina sem que seja proferida uma sentença acompanhada da justificativa do seu teor. Logo, o procedimento de decisão paradigmática é, de certa forma, subsidiário; ele se torna desnecessário (sem outra deliberação) se uma decisão regular for proferida no processo de revisão⁵⁵.

Na deliberação, decisão que é proferida sem audiência e deve ser justificada, declara-se inicialmente que a revisão está encerrada. Além disso – e muito mais importante –, é tomada uma decisão paradigmática sobre as questões jurídicas aludidas na deliberação (e apenas sobre elas), conforme o artigo 552b do ZPO. Isso será realizado normalmente na forma de ementas (de ofício), ainda que não sejam expressamente obrigatórias⁵⁶.

54 BGH, NJW 2024, p. 3595, n. de margem 9.

55 Como no caso do Facebook: BGH, NJW 2025, p. 298; vide Paal, B., NJW 2025, p. 261, p. 262.

56 BeckOK-ZPO/ Kessal-Wulf, S., 55. ed., versão de 1.12.2024, art. 565, n. de margem 6.

Ressalte-se mais uma vez que, mesmo a decisão paradigmática, não produz efeito vinculante algum⁵⁷. Nem as Turmas do próprio BGH nem os tribunais de outras instâncias ficam sujeitos aos seus enunciados. Como a decisão paradigmática é proferida fora do processo (encerrado) de revisão, também não há efeito vinculante para as outras instâncias, como está expressamente determinado no caso da devolução do processo de acordo com o artigo 563, § 2º, do ZPO⁵⁸. Uma decisão paradigmática não cria, dessa forma, novas normas *per se*, apenas constata a situação jurídica.

Na prática, no entanto, essas decisões, sobretudo as das Cortes Supremas, revestem-se de forte autoridade. Às vezes, o magistrado assume o papel de um legislador substituto⁵⁹. Isso se aplica particularmente em relação à concretização de cláusulas genéricas: nesse caso, no que se refere à prática jurídica, é atribuído ao precedente um valor quase superior ao da própria norma. Por via de regra, não se diverge de uma jurisprudência consolidada. O BGH formulou-o certa vez da seguinte maneira: "Um desvio da continuidade da jurisprudência somente pode ser admitido se razões claramente prevaletentes ou mesmo imperativas o justificarem"⁶⁰.

Os tribunais das instâncias inferiores geralmente seguem a jurisprudência das Cortes Superiores ou Supremas; a divergência obriga o tribunal de instância inferior, eventualmente, a admitir a apelação ou revisão, especialmente quando isso for necessário para garantir uma jurisprudência uniforme⁶¹. Para o advogado, a fim de evitar riscos associados à responsabilidade civil, o conhecimento e a observância da jurisprudência da instância superior ou última é uma questão de sobrevivência: segundo a jurisprudência do BGH, um advogado responde por erros causados pelo desconhecimento da jurisprudência⁶². Por isso, de modo geral, ele deve orientar-se pela jurisprudência do tribunal da última instância e, por via de regra, também pode confiar na sua perpetuação⁶³. Pode-se falar então de uma autoridade persuasiva (*persuasive authority*) ou de um efeito vinculante de fato⁶⁴.

57 Cf. BT-Drs. 20/8762, p. 15.

58 Uma outra exceção existe para as decisões do Tribunal Constitucional Federal, que conf. art. 31 BVerfGG (Lei do Tribunal Constitucional Federal) possuem efeito vinculante (§ 1º) e em alguns casos (§ 2º) até mesmo força de lei.

59 Cf. Berger, K.P., *Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, 1996, p. 90 ss.; id., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999, p. 95 ss.; Kramer, E., in: Assmann/Brüggeimer/Sethe (ed.), *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*, 2001, p. 31, p. 36 ss.

60 BGHZ (GrS) 85, p. 64, p. 66. Detalhadamente sobre o teor e os limites do efeito do precedente, Langenbucher, K., *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, 1996, p. 106 ss., p. 126 ss., bem como Krebs, P., *AcP* 195 (1995), p. 171, p. 182 ss.

61 Art. 511, § 2º, inc. 2, art. 4º, 1. sentença, inc. 2, ZPO (apelação) ou art. 543, § 1º, inc.1, § 2º, 1. sentença, inc. 2 ZPO (revisão).

62 BGH, NJW 1983, p. 1665; BGH, NJW-RR 1993, p. 243, p. 245; BGH, NJW 2001, p. 675, p. 678.

63 BGH NJW 1993, p. 3323, p. 3324.

64 Cf. Olzen, D., *JZ*, 1985, p. 155, p. 157.

das decisões prolatadas por instâncias superiores no Direito Continental europeu, que só admitem uma divergência por razões de mérito imperativas⁶⁵.

5. DIREITO COMPARADO

Um breve exame comparado mostra que o regramento alemão sobre a decisão paradigmática pode ser classificado como discreto no cotejo internacional.

A) CHINA

O Supremo Tribunal Popular chinês emite constantemente as chamadas “interpretações judiciais” ou “exegeses da Justiça”, que são publicadas no Diário Oficial da Corte. Trata-se, na verdade, de normas de caráter genérico e abstrato, que podem ser denominadas de “normas da Justiça”⁶⁶. O Supremo Tribunal Popular não precisa basear-se em uma ação concreta como ponto de partida, podendo editar tais interpretações *sponte sua*. Além disso, as interpretações não dizem respeito apenas a questões individuais, mas, muitas vezes, a leis completas, por exemplo, a *Arbitration Law of the People's Republic of China*, de 1994, sobre a qual uma extensa exegese jurídica foi publicada⁶⁷. Desse modo, o Supremo Tribunal Popular não atua como Judiciário, e sim desempenha funções legislativas⁶⁸.

B) INGLATERRA

O Direito inglês também conhece um instituto funcionalmente equivalente, os chamados *Practice Directions* ou *Practice Statements*, embora nem de longe tenham o mesmo alcance da interpretação da Justiça chinesa. Todo tribunal tem o direito de emitir *Practice Directions*. Eles dizem respeito ao processo e destinam-se a aumentar a eficiência nos casos em que as normas legais vigentes não são claras ou contêm lacunas. Trata-se, porém, de uma espécie de auxílio à interpretação e exegese das normas, que antes era reservada aos magistrados da própria *High Court*⁶⁹, mas que não possuem força de lei⁷⁰, ou

65 Krebs, P., AcP 195 (1995), p. 171, p. 182 ss.; Berger, K.P., *Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, 1996, p. 94; sobre as abordagens teóricas, também Effer-Uhe, D., JÖR 68 (2020), p. 37.

66 Mais detalhes em Pißler, K., *RabelsZ* 80 (2016), p. 372; Ahl, B., *ZChinR* 2007, p. 251.

67 Interpretation of the Supreme People's Court concerning Some Issues on the Application of the “Arbitration Law of the People's Republic of China”, Fashi [2006] No. 7, adopted at the 1,375th Meeting of the Judicial Committee of the SPC on December 26, 2005, promulgated and in effect on 8 September 2006.

68 Pißler, K., *RabelsZ* 80 (2016), p. 372, p. 376 ss. Sobre a legitimação constitucional incerta desse procedimento, vide Ahl, B., *ZChinR* 2007, p. 251, p. 252 ss.

69 Sobre a questão se é lícita a elaboração de normas por tribunais (por ex., por *Practice Directions*) Andrews, N., *ZZPInt* 2 (1997), p. 18 ss.

70 Cf. Re Langton [1960] 1, WLR 246, 248 (CA).

seja, eles adquirem um teor normativo próprio apenas condicional⁷¹. O fundamento legal é a Seção 5 do *Civil Procedure Act* de 1997; segundo o dispositivo, é necessária a anuência do *Lord Chancellor* e do *Lord Chief Justice*.

C) UE

Finalmente, cabe mencionar o procedimento de reenvio prejudicial (*Vorabentscheidungsverfahren*) previsto no artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Seu objetivo é assegurar uma interpretação uniforme do Direito da União Europeia em todos os Estados-Membros. Para esse fim, todos os tribunais dos Estados-Membros podem encaminhar ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em Luxemburgo questões atinentes à exegese de normas da União Europeia, desde que sejam relevantes para a decisão do processo em tramitação. Esse direito de envio evolui para uma obrigação, quando o respectivo tribunal for a última instância no processo concreto. O TJUE decide sobre a interpretação no âmbito de um processo intermediário e, enquanto isso, o processo originário é sobrestado no tribunal do Estado-Membro. A decisão do TJUE é vinculante para todos os Estados-Membros⁷².

A diferença para o *Leitentscheidungsverfahren* é evidente: sob o aspecto processual, o procedimento do reenvio prejudicial é conduzido no formato contraditório. Quanto ao teor, não importa absolutamente se a questão a ser decidida possui relevância para um grande número de outros processos. Afinal, nem o tribunal requerente nem o próprio TJUE podem desconsiderar o poder dispositivo persistente das partes: se o processo originário for resolvido, tanto a deliberação sobre o encaminhamento quanto o próprio procedimento de reenvio prejudicial tornam-se inócuos.

V. PERSPECTIVA

Toda espécie de agrupamento de pretensões pela coletivização de ações leva necessariamente a algum tipo de restrição dos direitos de participação dos litigantes envolvidos. Isso inclui, sobretudo, o direito de ser ouvido em ações coletivas: o ganho de eficiência esperado não seria alcançado se todas as partes precisassem ser ouvidas em igual medida. Por conseguinte, os direitos fundamentais processuais do indivíduo passam para o segundo plano; eles são transferidos para um único ou somente para poucos demandantes em sede de modelo, teste ou piloto. O monitoramento da sua atuação processual – e, notadamente, das ações dos seus representantes no processo – torna-se, portanto, um ponto crucial de toda forma de tutela coletiva de direitos.

71 Cf. *Godwin v. Swindon Borough Council* [2002] 1 WLR 997, 1001 (CA): “[A]t best a weak aid to the interpretation of the rules themselves.” (*May LJ*). Crítica ao papel dos *Practice Directions*, Jolowicz (2000) 59 CLJ 53.

72 Sobre esse procedimento do ponto de vista do Direito Civil, vide Stürner, M., *Europäisches Vertragsrecht*, 2021, § 35, n. de margem 11 ss.

Essas restrições podem ser justificadas principalmente pelo fato de que, de outra forma, diante do volume de processos, o direito de cada indivíduo a uma decisão não poderia ser assegurado em prazo razoável. Em última análise, a coletivização visa à aplicação do Direito. Além disso, ela protege o direito de acesso à Justiça, pois, especialmente, em litígios com baixo valor de causa, os titulares de um direito, em sua maioria, não estão dispostos a arcar com os custos e o esforço de mover um processo. Fala-se nesse sentido de apatia racional: é racional não pleitear um direito eventualmente existente se o risco financeiro envolvido for muito maior e se for previsível que o processo se arraste por anos.

Em tais circunstâncias, as ações coletivas oferecem uma possibilidade de fazer valer o direito com custo muito acessível e de maneira simplificada. O preço a pagar reside principalmente na ampla renúncia aos próprios direitos de participação no processo ou na sua transferência para a responsabilidade de um intermediário, por exemplo, uma associação. Porém, até isso deve ser interessante para a maioria dos potenciais demandantes. De qualquer forma, fica a seu critério não tomar parte na ação coletiva e pleitear as suas pretensões por meio de uma ação individual.

Por fim, no procedimento de decisão paradigmática, o princípio dispositivo atribuído às partes também é afetado, mas não limitado, pois a possibilidade de encerramento do processo continua a existir. O princípio é afetado porque o substrato do processo, sobre o qual as partes deveriam ter o condão de influir, pode, sem a sua anuência, ser estabelecido como fundamento da decisão paradigmática. Mas não se trata de uma perda relevante.

Atinge-se, no entanto, o direito das partes a uma decisão em prazo razoável, já que a admissão de um procedimento de decisão paradigmática pode levar à suspensão da ação. Aliás, isso se aplica também a outros processos para os quais os pontos levantados no incidente são precedentes. Entretanto, a suspensão é restrita a no máximo um ano; também existem direitos à oitiva a esse respeito, de forma que pode ser requerida uma premência em caráter especial. Além disso, tais suspensões por prejudicialidade não constituem uma raridade, basta recordar o reenvio prejudicial ao TJUE, cujo trâmite suspende igualmente o processo originário. Interesses individuais devem, portanto, ser postos em segundo plano em face do interesse da coletividade, que deve ser considerado como superior, na uniformização e na evolução do Direito.



Obra produzida pela Escola Superior do
Ministério Público da União, composta
nas fontes Montserrat, Rig Sans e Zilla
Slab e impressa em papel offset 90g/m²
pela Gráfica e Editora Qualytá Ltda.
qualyta@qualytadf.com.br
Distribuição gratuita. Venda proibida.