

# Datenbesitz statt Dateneigentum

Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten

Digitale Daten

Seit einigen Jahren geht das Gespenst des Dateneigentums um. Nachdem das Thema durch eine abschließende Begutachtung der Justizministerkonferenz obsolet geworden ist, zeich-

net sich jetzt eine Möglichkeit zur Zuordnung von Ausschließlichkeitsrechten an Informationen ab: der Datenbesitz.

Lesedauer: 20 Minuten

## I. Einleitung

Seit vielen Jahren wird in der juristischen Fachwelt und zunehmend auch in der Politik über das Thema des sog. „Dateneigentums“ gestritten. Die Diskussion kreist dabei um die Frage, ob an Daten – unabhängig von dem jeweiligen Inhalt und dem jeweiligen Speichermedium – ein (sach-)eigentumsähnliches absolutes Recht existiert oder ob ein solches zumindest sinnvoll wäre. Nachdem zuletzt auch Forderungen an den Gesetzgeber immer lauter wurden, hat sich 2017 die *Arbeitsgruppe „Digitaler Neu-*

*start“ der Justizministerinnen und Justizminister der Länder* ausführlich mit dem Thema auseinandergesetzt.<sup>1</sup>

Das Ergebnis des 413 Seiten starken Berichts, der sich auch noch mit anderen Themen befasst, dürfte für viele Autoren ernüchternd gewesen sein. Die *Arbeitsgruppe* stellte fest, dass ein „Dateneigentum“ oder ein anderes absolutes Recht an digitalen Daten in der gegenwärtigen Rechtsordnung nicht existiere. Damit jedoch nicht genug. Der Bericht stellt ebenso fest, dass aktuell die Schaffung eines solchen absoluten Rechts weder nötig noch wünschenswert sei. Zwar stelle der Schutz von digitalen Daten in der Rechtsordnung eher einen „Flickenteppich“ dar, erhebliche Schutzlücken seien aber nicht zu erkennen. Der Schutz, der sich aktuell vor allem aus den strafrechtlichen Vorschriften, aus den eigentumsrechtlichen Regelungen für die jeweiligen Speichermedien und aus Spezialgesetzen zum Dateninhalt (z.B. Urheberrecht) ergebe, sei ausreichend, um die widerstreitenden Interessen angemessen in Einklang zu bringen.

<sup>1</sup> *Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder*, Bericht v. 15.5.2017, abrufbar unter: [https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruerjahrskonferenz\\_neu/Bericht\\_der\\_AG\\_Digitaler\\_Neustart\\_vom\\_15\\_Mai\\_2017.pdf](https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruerjahrskonferenz_neu/Bericht_der_AG_Digitaler_Neustart_vom_15_Mai_2017.pdf); vgl. ferner u.a. auch zum „Dateneigentum“: Hoeren, VMR 2013, 486; Fezer, MMR 2017, 3; Wandtke, MMR 2017, 6; Determann, MMR 2018, 277 und ders., ZD 2018, 503; abl. Kühling/Sackmann, Rechte an Daten: Regulierungsbedarf aus Sicht des Verbraucherschutzes? – Rechtsgutachten im Auftrag des vzbv, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/11/26/18-11-01\\_gutachten\\_kuehling-sackmann-rechte-an-daten.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/11/26/18-11-01_gutachten_kuehling-sackmann-rechte-an-daten.pdf).

Die Überlegungen, mit denen die *Arbeitsgruppe* dem „Dateneigentum“ oder einem sonstigen absoluten Recht die Absage erteilt, haben dabei durchaus ihre Berechtigung. Die speziellen Eigenarten von Daten lassen eine (analoge) Anwendung der Vorschriften zum Sacheigentum nicht zu. Anders als körperliche Gegenstände zeichnen sich Daten durch Nicht-Rivalität, Nicht-Exklusivität und Nicht-Abnutzbarkeit aus.<sup>2</sup> D.h., Daten können von einer Vielzahl von Nutzern verwendet werden, ohne dass die Nutzung des jeweils anderen dadurch beeinträchtigt wird. Darüber hinaus sind Daten ohne besonderen finanziellen Aufwand beliebig kopierbar und unterliegen keiner Abnutzung oder Alterung. All dies ist bei körperlichen Gegenständen anders und rechtfertigt wiederum zumindest in Teilen die Schaffung des absoluten Rechts, das die gegenwärtige Rechtsordnung für Sacheigentum vorsieht.

Trotz dieser klaren Positionierung bleiben Fragen offen, die mit zunehmender Dringlichkeit einer Klärung bedürfen. Immer noch ist unklar, wie die Inhaberschaft an Daten rechtlich zu qualifizieren ist. Im Sinne einer einheitlichen Rechtsordnung ist es aber unerlässlich, die Inhaberschaft an Daten, die mittlerweile in unterschiedlichsten Rechtsgebieten eine Rolle spielt, dogmatisch überzeugend in das bestehende Rechtssystem einzuordnen. Nur so lassen sich Grenzfälle lösen und ungeklärte Fragen des gegenwärtigen Rechts überzeugend und stringently beantworten. Darüber hinaus ist aber nach dem Bericht der *Justizministerkonferenz* wohl auch eine neue Terminologie notwendig, um die offenen Diskussionen sinnvoll zu einem Ende zu bringen. Der Begriff des „Dateneigentums“ dürfte jedenfalls in Zukunft nicht mehr wirklich brauchbar sein, wenn man nicht gleichzeitig auch eine eindeutige rechtspolitische Botschaft übermitteln möchte.

Es ist also an der Zeit, sich auf die Ausgangsfragen zurückzubesinnen und vor diesem Hintergrund neue Wege zu gehen. Die Grundidee, auch im Umgang mit Daten auf sachenrechtliche Kategorien zurückzugreifen, ist dabei allerdings nicht vorschnell zu verwerfen. So stellt sich z.B. die Frage, ob die gegenwärtige Rechtsordnung – auch wenn ihr ein „Dateneigentum“ fremd ist – nicht zumindest eine Art „Datenbesitz“ kennt. Dass eine solche Annahme nicht völlig fernliegend ist, zeigt schon ein Urteil des *BGH* aus dem Jahre 1996. Dort geht der *BGH*, wenn auch ohne nähere Begründung, davon aus, dass ein Herausgabeanspruch aus § 667 BGB auch den „tatsächlichen Besitz [an] Kundendaten“ umfassen kann.<sup>3</sup>

Anknüpfungspunkt für eine derartige Untersuchung sollte zunächst natürlich der sachenrechtliche Begriff des Besitzes sein. Sodann ist rechtsgebietsübergreifend zu ermitteln, ob die Vorschriften, die auf eine Inhaberschaft an Daten Bezug nehmen, eine ähnliche Schutzrichtung aufweisen. Zu denken ist dabei vor allem an § 303a StGB. Dadurch lassen sich eventuell Modelle etablieren, die die Zuordnung von Daten nicht mehr über das missverständliche Kriterium des Eigentums versuchen, sondern einen „Datenbesitz“ begründen.

## II. Zivilrechtlicher Besitz

Der zivilrechtliche Besitz ist in den §§ 854 ff. BGB geregelt. Im Unterschied zum Eigentum betrifft der Besitz die tatsächliche Herrschaft über eine Sache und nicht die rechtliche. Dingliche Rechte werden durch bloßen Besitz nicht begründet. Bereits aus dem Wortlaut des § 854 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass grundsätzlich nur an Sachen i.S.d. § 90 BGB, also körperlichen Gegenständen, Besitz begründet werden kann. Unkörperliche Gegenstände sind nicht besitzfähig und genießen keinen Besitzschutz.<sup>4</sup>

Zentrale Voraussetzung des zivilrechtlichen Besitzbegriffs ist die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache. Wann eine solche Sachherrschaft vorliegt, bestimmt sich nach der wohl herrschen-

den Meinung nach der Verkehrsauffassung.<sup>5</sup> Dabei ist unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Falls entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens eine zusammenfassende Wertung vorzunehmen.

Zusätzlich zur tatsächlichen Sachherrschaft ist auch ein sog. natürlicher Besitzwille erforderlich. Dieser ist nicht rechtsgeschäftlicher Natur, sodass die §§ 104 ff. BGB keine Anwendung finden. Erforderlich ist lediglich eine natürliche Einsichtsfähigkeit.<sup>6</sup>

Trotz des tatsächlichen Charakters gewährt der Besitz eine Rechtsstellung, an die bestimmte Rechtsfolgen anknüpfen.<sup>7</sup> Der Besitzer darf sich etwa nach § 859 BGB der verbotenen Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Er hat petitorische (§ 1007 BGB) und possessorische (§§ 861, 862 BGB) Besitzschutzansprüche. Außerdem ist der berechtigte Besitz nach h.M. ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, sodass seine Verletzung Schadensersatzansprüche begründen kann.<sup>8</sup> Schließlich hat der Besitz auch eine Publizitätsfunktion.<sup>9</sup> Der Besitzübergang ist als Publizitätsakt Voraussetzung für eine Vielzahl von dinglichen Rechtsgeschäften. Auch ist er als Rechtsscheinträger die Grundlage für den gutgläubigen Erwerb von Sachen nach §§ 932 ff. BGB.

## III. Der Skripturakt des § 303a StGB

Einen ersten Anhaltspunkt dafür, ob die Rechtsordnung etwas wie „Datenbesitz“ kennt, kann § 303a StGB geben. Schon bei der Diskussion darum, ob ein „Dateneigentum“ existiert, wurde teilweise mit der Norm argumentiert. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer rechtswidrig Daten i.S.d. § 202a Abs. 2 StGB löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert.

Schon früh wurde erkannt, dass dieser vergleichsweise offene Wortlaut einer Beschränkung bedarf. Das Verändern von Daten ist im täglichen Leben – umso mehr in der heutigen Zeit – ein völlig sozialadäquater und nicht mehr wegzudenkender Vorgang.<sup>10</sup> Solange dieser Vorgang berechtigterweise erfolgt, besteht dementsprechend auch kein Strafbedürfnis. Mit der Frage der Berechtigung geht zwingend auch die Frage nach Zuordnungskriterien für Daten einher. Der Inhaber der Daten ist schließlich selbstverständlich berechtigt, seine „eigenen“ Daten völlig straflos nach Belieben zu verändern. Anknüpfen lässt sich diese Einschränkung an das im Wortlaut genannte Merkmal der Rechtswidrigkeit.<sup>11</sup> Dies bestätigen auch die Gesetzgebungsmaterialien zum Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), mit dem § 303a StGB im Jahre 1986 eingeführt wurde. In der Beschlussempfehlung des *Rechtsausschusses* heißt es, die Rechtswidrigkeit könne sich sowohl aus der Verletzung des Verfügungsrechts des Speichernenden als auch aus der Verletzung von Interessen des vom Inhalt der Daten Betroffenen ergeben.<sup>12</sup>

Nicht geklärt wird in den Materialien allerdings die Frage, wem das als selbstverständlich vorausgesetzte Verfügungsrecht eigentlich zustehen soll. In Betracht kämen insoweit drei Möglichkeiten:<sup>13</sup>

<sup>2</sup> *Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“* (o. Fußn. 1), S. 30.

<sup>3</sup> *BGH NJW* 1996, 2159, 2161.

<sup>4</sup> *BGH ZD* 2016, 134; *MüKoBGB/Joost*, § 854 BGB Rdnr. 2; *BeckOK BGB/Fritzsche*, § 854 BGB Rdnr. 5.

<sup>5</sup> *BGHZ* 101, 186; *HK-BGB/Schulte-Nölke*, § 854 BGB Rdnr. 3; *BeckOK BGB/Fritzsche*, § 854 BGB Rdnr. 20.

<sup>6</sup> *BeckOK BGB/Fritzsche*, § 854 BGB Rdnr. 27.

<sup>7</sup> *HK-BGB/Schulte-Nölke*, Vor § 854 BGB Rdnr. 3.

<sup>8</sup> *BGHZ* 32, 204.

<sup>9</sup> *HK-BGB/Schulte-Nölke*, Vor § 854 BGB Rdnr. 3.

<sup>10</sup> *Welp*, IuR 1988, 443, 447.

<sup>11</sup> *Lackner/Kühl/Heger*, § 303a StGB Rdnr. 4.

<sup>12</sup> *BT-Drs.* 10/5058, S. 34.

<sup>13</sup> Zusammenfassend bereits *Hoeren*, *MMR* 2013, 486.

■ Anknüpfen ließe sich zum einen an die Verfügungsberechtigung über das jeweilige Speichermedium. Das Eigentumsrecht an dem Datenträger erlaubt dem Eigentümer, mit dem Objekt beliebig zu verfahren. Dies könnte auch das Verändern, Löschen oder Unterdrücken der auf dem Datenträger befindlichen Daten umfassen.

■ Zum anderen wäre denkbar, an den Inhalt der Daten anzuknüpfen und demjenigen ein Verfügungsrecht zuzugestehen, der vom Inhalt der jeweiligen Daten betroffen ist.

■ Schließlich wird aber auch vorgeschlagen auf die Person des Speichernden, also auf den sog. „Skripturakt“ bzw. den „Skribenten“ abzustellen.<sup>14</sup> Danach soll die Inhaberschaft an den Daten i.S.d. § 303a StGB demjenigen zustehen, der durch Eingabe oder Ausführung eines Programms die Daten selbst erstellt.

Alle denkbaren Ansätze weisen Schwächen auf, das Abstellen auf den „Skripturakt“ scheint aber insgesamt am überzeugendsten. Dass es nicht allein auf dingliche Rechte am Speichermedium ankommen kann, zeigt schon ein Blick auf die immer populärer werdenden Cloud-Dienste. Der Nutzer speichert bei diesen Geschäftsmodellen seine Daten auf fremden Servern, um über das Internet aus aller Welt auf sie zugreifen zu können. Dadurch will er aber keinesfalls seine eigene Verfügungsbefugnis an den Daten zu Gunsten des Cloud-Anbieters aufgeben. Auch die Schaffung eines eigenen Tatbestands spricht dafür, dass das Eigentum am Speichermedium zumindest nicht das alleinige Kriterium sein kann. In diesem Fall wäre es nämlich ein Leichtes gewesen, das Strafbedürfnis mit einer einfachen Ergänzung des § 303 StGB zu befriedigen.<sup>15</sup>

Auch eine Anknüpfung an den Inhalt der Daten scheint wenig überzeugend. Soweit der Inhalt der Daten schützenswert ist, wird dieser Schutz bereits von spezialgesetzlichen Vorschriften, etwa dem Urheberrecht, gewährleistet.

Ein Abstellen auf den „Skripturakt“ scheint hingegen auch im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes sinnvoll. Der *Rechtsausschuss* weist in den Gesetzgebungsmaterialien darauf hin, dass es Zweck des Gesetzes sei, als Daten dargestellte Informationen davor zu schützen, dass ihre Verwendbarkeit beeinträchtigt oder beseitigt wird.<sup>16</sup> Verwendet werden Daten in erster Linie derjenige, der sie auch selbst erstellt hat. Er soll davor geschützt werden, dass die Nutzbarkeit der Daten, deren Erstellung u.U. auch einen nicht unerheblichen wirtschaftlichen Aufwand erfordert hat, durch andere eingeschränkt wird.

Zu klären ist nun, ob die Inhaberschaft an Daten, die an diesen „Skripturakt“ anknüpft, dem zivilrechtlichen Institut des Besitzes so sehr ähnelt, dass es gerechtfertigt erscheint, in diesem Fall von einer Art „Datenbesitz“ zu sprechen.

Dafür spricht zunächst der tatsächliche Charakter, der dem zivilrechtlichen Besitz und der „Dateninhaberschaft“ i.S.d. § 303a StGB gemein ist. Der Besitz stellt auf die Sachherrschaft über eine Sache als tatsächliches und nicht als rechtliches Kriterium ab. Entscheidend ist die Möglichkeit, im tatsächlichen Sinne mit der Sache nach Belieben verfahren zu können. Dabei kommt es nicht darauf an, wem die betreffende Sache eigentumsrechtlich zuzuordnen ist; auch an gestohlenen Sachen kann Besitz begründet werden (wenngleich dieser natürlich unberechtigt ist).

<sup>14</sup> So vor allem *Welp*, IuR 1988, 443, 447.

<sup>15</sup> *Hoeren*, MMR 2013, 486: In dem damaligen Aufsatz war die Zuordnung bei dem „Skripturakt“ nie als „Dateneigentum“ gemeint gewesen. Im Nachhinein ist auch das Kriterium des „Skripturakts“ zu ungenau und zu unpräzise, um die schwierige Zuordnung passgenau zu erklären.

<sup>16</sup> BT-Drs. 10/5058, S. 34.

<sup>17</sup> Unterschiede ergeben sich nur in Einzelfällen, etwa beim Besitzdiener oder der Besitzfiktion im Erbrecht.

<sup>18</sup> Zuletzt *Markendorf*, ZD 2018, 409, 410 f.

Ähnlich orientiert sich die Inhaberschaft an Daten i.S.d. § 303a StGB – zumindest sofern man auf den „Skripturakt“ als entscheidendes Zuordnungskriterium abstellt – an der tatsächlichen Handlung der Datenerstellung. Unerheblich ist zunächst, wem der genutzte Datenträger rechtlich zuzuordnen ist oder ob der Dateninhalt durch fremde Immaterialgüterrechte in irgendeiner Weise geschützt ist. Allein die tatsächliche Schaffung des Datenbestands ist entscheidend.

Auch belegt die bloße Schaffung des § 303a StGB, dass der Gesetzgeber das Bedürfnis gesehen hat, den tatsächlichen Inhaber von Daten nicht ungeschützt zu lassen. Dass er zu dessen Schutz das besonders scharfe Schwert des Strafrechts nutzt, unterstreicht dies einmal mehr. Ähnlich schützt der Gesetzgeber auch den Besitzer einer Sache vor einer Beeinträchtigung seiner Rechtsposition. So knüpft etwa der Begriff der Wegnahme im Rahmen des Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB ebenfalls an eine Entziehung des tatsächlichen Gewahrsams an, der dem zivilrechtlichen Besitzbegriff sehr ähnlich ist.<sup>17</sup> Dies könnte dafür sprechen, dass der Inhaberschaft an Daten – ähnlich wie dem klassischen Besitz – auch im zivilrechtlichen Sinne eine besondere Bedeutung zukommen soll. Es ließe sich argumentieren, dass es aus diesem Grund auch ein Bedürfnis gibt, die zivilrechtlichen Vorschriften zum Besitzschutz, soweit passend, entsprechend anzuwenden. Es erscheint etwa durchaus sachgerecht, einem Inhaber von Daten im Falle eines gegenwärtigen Hackerangriffs auf die „eigenen“ Daten auch ein zivilrechtliches Selbsthilferecht ähnlich dem des § 859 BGB zuzugestehen.

Problematisch ist im Vergleich zu dem sachenrechtlichen Besitz im Falle von „Datenbesitz“ allerdings die Publizitätsfunktion. Die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache ist in der Regel nach außen erkennbar. Nur diese Tatsache rechtfertigt etwa die Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers aus § 1006 BGB. Die Inhaberschaft an Daten ist aber, wenn man den „Skripturakt“ des § 303a StGB als Zuordnungskriterium zu Grunde legt, nur zu Beginn, sprich bei der Erstellung der Daten nach außen erkennbar. Sobald die Daten erzeugt sind, ist nicht ohne Weiteres ersichtlich, wer den „Skripturakt“ vorgenommen hat und wem die Inhaberschaft an den Daten in diesem Sinne zusteht. Dies spricht wiederum gegen eine Gleichstellung mit dem sachenrechtlichen Besitz.

Dabei ist allerdings zu beachten, dass auch das zivilrechtliche Besitzinstitut nicht konsequent an eine nach außen erkennbare Sachherrschaft anknüpft. Nach § 868 BGB ist nämlich z.B. auch ein Vermieter, der die Sache einem Anderen überlässt, noch mittelbarer Besitzer im zivilrechtlichen Sinn. Auch der § 857 BGB, nach welchem im Falle des Todes (neben dem Eigentum) auch der Besitz an körperlichen Gegenständen auf die Erben übergeht, ist letztlich nichts anderes als eine Fiktion. Insoweit ist also festzuhalten, dass die mangelnde Erkennbarkeit der Inhaberschaft nach dem „Skripturakt“ nicht zwingend gegen die Annahme eines „Datenbesitzes“ sprechen muss.

## IV. Daten als Besitz

Zu allererst ist zu betonen, dass die fehlende Sachqualität von Daten nicht gegen die Anwendbarkeit des Besitzrechts spricht. Die h.L. geht für Daten immer schon davon aus, dass der Begriff Sache weit auszulegen ist bzw. bei der Suche nach einem geeigneten Ausschließlichkeitsrecht außer Acht bleibt.<sup>18</sup> I.Ü. ähneln sich Besitz und die Zuordnung bei § 303a StGB insofern, als ein rein tatsächlicher Akt für die Zuordnung gewählt wird. Das Element des „Skripturakts“ hat eine verblüffende Ähnlichkeit mit dem der Sachherrschaft.

Unterschiede ergeben sich beim mittelbaren Besitz. Auch das ist ein Vorteil gegenüber der Theorie des „Skripturakts“. Man

müsste nämlich bei § 303a StGB die technische Erstellung als hinreichendes Kriterium für die Zuordnung von Daten entscheiden lassen. Dies bringt erhebliche Schwierigkeiten mit sich, wenn man z.B. an das Schicksal von Daten in einem Auto denkt. Wer generiert diese Daten? Der Autofahrer? Der Hersteller der technischen Aufzeichnungsgeräte? Der Automobilhersteller? Durch die Einbeziehung von Besitzdienern und mittelbaren Besitzern besteht die Möglichkeit, die nach außen erkennbare Sachherrschaft als präziseres Kriterium auch für das Strafrecht heranzuziehen und mehrgliedrige Herrschaftsverhältnisse an Daten zu konstruieren.

Mit dem Besitz wäre auch ein relativ schwaches Konstrukt gewählt, um Daten zuzuordnen. Es bestünden in beschränktem Maße Ansprüche aus § 861 BGB wegen Besitzentziehung und nach § 862 BGB wegen Besitzstörung. Der Verletzer kann seinerseits nach § 863 BGB den Nachweis führen, dass die Entziehung oder Störung nicht verbotene Eigenmacht sei. Zeitlich sind die Ansprüche ebenfalls begrenzt (§ 864 BGB). Insofern besteht auch bei den Details des Besitzrechts durchaus Potenzial, um eine angemessene Berücksichtigung anderer Rechte und einen allgemeinen Zugang zu Daten zu gewährleisten.

Von daher ist das Kriterium der nach außen erkennbaren Sachherrschaft ein brauchbarer Weg, um Daten über den Besitz zu-

zuordnen. Die Frage nach dem „Dateneigentum“ erweist sich als Irrläufer, der zu Recht von Teilen der Literatur als abwegig und nicht hilfreich abgelehnt wird. Es geht nicht um „Dateneigentum“, sondern um „Datenbesitz“, nicht um eine Konstruktion de lege ferenda, sondern um einen Zuordnungsweg de lege lata.

## V. Fazit

Auch wenn Einzelheiten noch unklar sind, zeichnet sich immer mehr ab, dass Daten über den „Datenbesitz“ zugeordnet werden können. Der „Datenbesitz“ hat Ähnlichkeiten mit dem „Skripturakt“ im Strafrecht und gibt dem Inhaber Ausschließlichkeitsrechte schwächerer Art nach Maßgabe der tatsächlichen Sachherrschaft an Daten.



Professor Dr. Thomas Hoeren ist Direktor der zivilrechtl. Abteilung des ITM an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Miterausgeber der MMR. Er ist zurzeit auf Grund eines Stipendiums der Humboldt-Stiftung an der Universität Amsterdam mit Forschungsaufträgen rund um den Datenbesitz beschäftigt.

Der Verfasser dankt Moritz von Saß für die sehr hilfreichen Hintergrunddiskussionen.

LEONID GUGGENBERGER / NIKOLAS GUGGENBERGER

# Die Musterfeststellungsklage – Staat oder privat?

Ein verfehltes Gesetz und bessere Alternativen

Verbrauchergeneralanwalt

Der folgende Beitrag setzt sich mit der neuen Musterfeststellungsklage auseinander. Die Bundesregierung reagierte mit dem Gesetz auf das sog. „rationale Desinteresse“ vor allem von Verbrauchern, Ansprüche in geringer bis mittlerer Höhe gegen oftmals als übermächtig empfundene Unternehmen durchzusetzen. Zunächst wird die Funktion der Musterfeststellungsklage erläutert und deren Unzulänglichkeiten aufgezeigt. Das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage wird seinem angeblichen Ziel in keiner

Weise gerecht und ist darüber hinaus auch verfassungswidrig. Daher werden anschließend vorzugswürdige rechtspolitische Alternativen dargestellt. Insbesondere eine von einem „Verbrauchergeneralanwalt“ im öffentlichen Auftrag geführte echte Sammelklage bietet sich an. Dynamische Standards zur automatisierten Umkehr der Durchsetzungslast würden die Rechtsdurchsetzung weiter entscheidend stärken.

Lesedauer: 29 Minuten

## I. Einführung

Am 14.6.2018 hat der *Deutsche Bundestag* das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage verabschiedet und damit ein neues Instrument zur kollektiven Rechtsdurchsetzung geschaffen. Das Gesetz ist am 1.11.2018 in Kraft treten<sup>1</sup>. Die Neuregelung eröffnet eingetragenen Verbraucherschutzverbänden die Möglichkeit, gerichtlich feststellen zu lassen, dass für eine Vielzahl von Fällen relevante, anspruchsbegründende oder anspruchshindernde Voraussetzungen (nicht) vorliegen. Die Geschädigten können sich sodann i.R.e. nachgelagerten Leistungsklage auf diese Feststellungen stützen. Gerade wegen der Beschränkung auf eine Feststellungswirkung verfehlt das neue Rechtsinstitut aber das ausgegebene Ziel, nämlich die Hürden der Rechtsdurchsetzung erheblich abzusenken. Das Gesetz verkennt die rational-ökonomischen Funktionsprinzipien der Prozessführung und ignoriert die darüber hinausgehenden verhaltenspsychologischen Aspekte. Die Neuregelung setzt weder die notwendigen Anreize für eine private Rechtsdurchsetzung noch bereitet sie den Rahmen für eine durchaus ebenso denkbare öffentlich-rechtliche Lösung. Die Musterfest-

stellungsklage steht insoweit mittendrin und nirgendwo und verstößt i.Ü. gegen den grundgesetzlichen Anspruch auf rechtliches Gehör. Dabei gäbe es Alternativen, die im Anschluss an eine Darstellung der Ausgangslage (II.) und des Inhalts der Neuregelungen (III.) aufgezeigt werden (IV.), bevor der Beitrag mit einer Zusammenfassung und Gesamtwürdigung schließt (V.).

## II. Ausgangslage

Gerade bei standardisierten Massengeschäften ist der individuell erforderliche Aufwand zur Anspruchsdurchsetzung regelmäßig unverhältnismäßig hoch im Vergleich zur Höhe der durchzusetzenden Ansprüche.<sup>2</sup> Zu dem ersatzfähigen und gerade im Privatbereich häufig versicherten monetären Aufwand in Gestalt von Anwalts- und Gerichtskosten kommt der mit einer Rechtsdurchsetzung verbundene Zeit- und Nerven aufwand, der vor allem bei Kleinbeträgen einen signifikanten, wenn nicht so-

<sup>1</sup> BGBl. I v. 5.7.2018, S. 1578.

<sup>2</sup> Gesetzesentwurf, BT-Drs. 19/2507, S. 1.