

## Stellungnahme

### **zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes**

Verfasser:  
Andreas W. Tilp  
Rechtsanwalt

TILP Rechtsanwalts­ge­sell­schaf­t mbH  
Einhornstr. 21  
D-72138 Kirchentellinsfurt  
Telefon: +49 7121 90 90 9 0  
Telefax: +49 7121 90 90 9 81  
[info@tilp.de](mailto:info@tilp.de)  
[www.tilp.de](http://www.tilp.de)

Die Tübinger Kanzlei TILP Rechtsanwalts­ge­sell­schaf­t mbH („TILP“ - vormals TILP Rechtsanwälte) vertritt seit 1994 ausschließlich Kapitalanleger und wird von unabhängigen Marktbeobachtern seit vielen Jahren zur Marktspitze im Bank- und Kapitalmarktrecht gezählt (vgl. z. B. die jährlich erscheinenden JUVE Handbücher für Wirtschaftskanzleien von 2005 bis 2011). TILP hat inzwischen über 100 Entscheidungen des BGH sowie des BVerfG von grundsätzlicher Bedeutung für Anlegerrechte in Deutschland herbeigeführt, darunter die sogenannten Kickback-Urteile des BGH von Dezember 2006 und Mai 2009. Die Kanzlei vertritt seit 2004 zusammen mit der US-Kanzlei TILP PLLC sowie Partnerkanzleien in den USA und Europa große institutionelle Investoren als Kläger in kapitalmarktrechtlichen Schadensfällen. In Deutschland vertritt die Kanzlei in KapMuG-Verfahren vor dem OLG Frankfurt den jeweiligen Musterkläger in den beiden Rechtsstreiten gegen die Deutsche Telekom und im Rechtsstreit gegen die AHBR/CorealCredit Bank sowie vor dem OLG München den Musterkläger im Rechtsstreit gegen die Hypo Real Estate.

Andreas W. Tilp war u. a. Sachverständiger der Regierungskommission Corporate Governance und ist u. a. stellvertretender Vorsitzender des DAV-Gesetzgebungsausschusses Bank- und Kapitalmarktrecht.

**Vorliegende Stellungnahme wird ausschließlich abgegeben namens der Kanzlei TILP Rechtsanwalts­ge­sell­schaf­t mbH und in deren Funktion als Interessenvertreter.**

Wir begrüßen, dass der Referentenentwurf („RefE“) auf eine effizientere Bearbeitung der privatrechtlichen Folgen für Massenschäden bei Kapitalanlegern zielt. Wir meinen allerdings, dass dieses Ziel mit dem Entwurf nicht erreicht wird und schlagen daher vor, das KapMuG auslaufen zu lassen und an seiner Stelle mittels eines – u.E. im übrigen EU-rechtlich durch den effet utile gebotenen - neu zu schaffenden Artikelgesetzes effektiven und effizienten Rechtsschutz im Bereich von Massenschäden bei Kapitalanlegern zu schaffen.

Dementsprechend gliedert sich unsere Stellungnahme in zwei Teile: Vorschläge für einen Rahmen eines neuen Artikelgesetzes (sub A.) sowie Anmerkungen zu zentralen Punkten im RefE (sub B.).

## **A. Auslaufen des KapMuG zu Gunsten eines Artikelgesetzes zum effektiven und effizienten Rechtsschutz im Bereich von Massenschäden bei Kapitalanlegern**

### **I. Zentrale Bedenken gegen das KapMuG**

Unter der Prämisse, dass der Gesetzgeber mit dem KapMuG wirklich effektiven und effizienten Rechtsschutz verwirklichen will, fehlt es dem KapMuG nach unserem Verständnis an einer Rechtfertigung, weil seine Nachteile überwiegen. Und zwar insbesondere aus folgenden Überlegungen:

#### **1. Hohe Barrieren für den Zugang zum Recht**

Der RefE lässt zentrale Barrieren zum Zugang zum Recht unberührt.

##### **(1) Kurze kenntnisunabhängige Verjährungsfristen im Bereich des Kapitalmarktrechtes**

Entgegen des langjährigen Widerstandes des Bundesrates sind eine Reihe von Verjährungsvorschriften im Kapitalmarktrecht weiterhin entgegen der BGB-Regelungen für Geschädigte nachteilig ausgestaltet: drei Jahre maximal, kenntnisunabhängig (vgl. beispielhaft § 46 BörsG; §§ 37b Abs. 4, 37c Abs. 4 WpHG; § 12 Abs. 4 WpÜG).

##### **(2) Unverhältnismäßig hohe Gerichtskosten und von der PKH nicht kompensierte Risiken der gegnerischen Anwaltskosten**

Deutschland hat mit die höchsten Gerichtskosten in Europa. Während beispielsweise in Frankreich und Italien die gesamten Gerichtskosten für eine 30 Mio-EUR-Klage allenfalls im niedrigen vierstelligen Bereich liegen, beläuft sich hierfür hierzulande allein der Gerichtskostenvorschuss für die erste Instanz auf € 274.368,00.

Prozesskostenhilfe („PKH“) kann zwar Gerichtskosten kompensieren, nicht dagegen die Risiken der gegnerischen Anwaltskosten.

Zu den Gesamtkostenrisiken einer normalen ZPO-Klage durch nur drei Instanzen folgender exemplarischer Überblick:

- Streitwert = 2.000,00 €  
Gerichtskosten = 876,00 €  
Eigene Anwaltskosten = 1.511,65 € (brutto)  
Gegnerische Anwaltskosten = 1.511,65 € (brutto)  
Gesamt (brutto) = 3.899,30 € (entspricht rund 195 % des Streitwertes)
- Streitwert = 17.000,00 €  
Gerichtskosten = 3.180,00 €  
Eigene Anwaltskosten = 6.633,77 € (brutto)  
Gegnerische Anwaltskosten = 6.633,77 € (brutto)  
Gesamt (brutto) = 16.447,54 € (entspricht rund 97 % des Streitwertes)
- Streitwert = 30 Mio €  
Gerichtskosten = 1.097.472,00 €  
Eigene Anwaltskosten = 990.881,58 € (brutto)  
Gegnerische Anwaltskosten = 990.881,58 € (brutto)  
Gesamt (brutto) = 3.079.235,16 € (entspricht rund 10,3 % des Streitwertes)

Das Verhältnis von Kostenrisiken zu Chancen einer Klage stellt sich also gerade bei kleineren Streitwerten besonders ungünstig dar. Gerade aber im Bereich von Massenschäden bei Kapitalanlegern stellen relativ geringe Streitwerte - jedenfalls für die Masse der Kläger - die Regel dar; so beläuft sich beispielsweise der durchschnittliche Streitwert einer Ausgangsklage im Telekom-Verfahren auf knapp 5.900,00 € (vgl. Tilp, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Stresstest für den Telekom-Prozess, FS für Achim Krämer, 2009, S. 331, 332, [http://www.tilp.de/files/Beitrag\\_Tilp\\_FS\\_Kraemer.pdf](http://www.tilp.de/files/Beitrag_Tilp_FS_Kraemer.pdf)).

### **(3) Mangelhafte Beweisermittlungsmöglichkeiten für Geschädigte**

Gerade im Bereich des Kapitalmarktrechtes gilt, dass sich die Schädigungshandlungen regelmäßig im Rahmen der internen Abläufe des Schädigers abgespielt haben, die Kläger sich also mit einem massiven Beweisermittlungsproblem konfrontiert sehen. Weder § 142 ZPO noch das Informationsfreiheitsgesetz („IFG“) haben daran in der Praxis etwas geändert. Häufig verweigern in einschlägigen Prozessen gerade staatliche Stellen den Zugang zu Informationen. Beispielhaft sei nur auf die zweimalige Intervention der Bundesregierung im Rahmen des Telekom-Prozesses gegen den Zugang zu den US-amerikanischen Prozessakten zu Lasten der deutschen Telekom-Kläger verwiesen (vgl. Tilp, FS Krämer, a.a.O., S. 353 f.).

#### **(4) Mangelnde finanzielle Anreize für Klägeranwälte**

Aufgrund der empirisch belegten Inaktivität von Geschädigten (sog. „rationale Apathie“) bedarf es in der Praxis ausreichender finanzieller Anreize für die Anwälte der Geschädigten. Diese sind in Deutschland jedoch nicht gegeben: § 4a des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes („RVG“) stellt hohe Hürden vor die wirksame Vereinbarung von Erfolgsgebühren, § 49b Bundesrechtsanwaltsordnung („BRAO“) verbietet Anwälten die Finanzierung der Prozesse ihrer Mandanten, und das KapMuG sieht - auch weiterhin - keine adäquate Vergütung vor, welche dem Arbeitsaufwand und dem Haftungsrisiko des den Musterkläger vertretenden Anwaltes entsprechen würde.

#### **2. Keine Entlastung der Gerichte, da faktischer Zwang zur Klageeinreichung**

Das KapMuG gewährleistet den Hauptvorteil kollektiven Rechtsschutzes, nämlich die Überflüssigkeit von Einzelklagen der verschiedenen Geschädigten, nicht. Weiterhin werden mangels Verjährungshemmung (vgl. die oben sub I. 1(1) dargestellten kurzen kapitalmarktrechtlichen Verjährungsregelungen) faktisch alle Geschädigten, die Schadensausgleich erreichen wollen, zur jeweils eigenen Klage gezwungen. Die im BMJ im Jahr 2009 angedachte Rechtsfigur der „einfachen Teilnahme“ wird im RefE nicht mehr aufgegriffen, obwohl sie bei richtiger Ausgestaltung eine deutliche Verbesserung der Verfahrensrechte von Geschädigten beinhaltet hätte (indem beispielsweise die Gefahr einer Abschreckung von „voll klagenden“ Geschädigten gebannt worden wäre dadurch, dass die vom „einfachen Teilnehmer“ zu zahlenden Gerichtskosten in einen Gerichtskostentopf zu Gunsten der voll Klagenden geflossen wäre).

#### **3. Aufoktroierte Aussetzung aller Ausgangsklagen**

Mit dem Musterverfahren geht die Aussetzung sämtlicher Ausgangsklagen zwingend einher, auch wenn Ausgangskläger an einem KapMuG-Verfahren gar kein Interesse haben.

U. E. gilt der Rechtsgrundsatz, dass die Auswahl eines – wie auch immer gearteten – Musterverfahrens voraussetzt, dass es als Muster auch wirklich dienlich ist und eine effektive Verbesserung der Rechtsposition des Betroffenen bringt, verglichen mit dem „normalen“ Zivilprozeß. Die anhängigen Fälle werden also von der (Verfahrens)Rechtsslage her in Bezug gesetzt. Dabei erscheint es uns wesentlich, dass die Zeit bis zur Entscheidung über ein solches Musterverfahren in aller Regel überschaubar bleibt. Beide Prämissen treffen im KapMuG-Verfahren jedoch regelmäßig nicht zu. Daraus resultiert die Gefahr, dass der von (einigen wenigen) KapMuG-Beteiligten einseitig durchgesetzte Zugang zu diesem Verfahren den effektiven Rechtsschutz Dritter, die diese Verfahren nicht wollen, in unzumutbarer Weise beeinträchtigt. Ob das der Fall ist, hängt natürlich davon ab, wie man die individualrechtlichen Belange Dritter mit den hinter dem KapMuG stehenden Gemeinwohlinteressen wertet. Je mehr man sich auf den Standpunkt stellt, mit dem KapMuG werde ein untaugliches Ziel verfolgt, desto gewichtiger wird der Eingriff in die Individualinteressen der Dritten zu beurteilen sein.

Bekanntlich können Ausgangskläger aus einem KapMuG-Verfahren nicht „aus-optieren“ (im Gegensatz zu der Regelung des Vergleiches in § 19 RefE). Damit wird der im Grundgesetz verankerte Justizgewährleistungsanspruch eingeschränkt. Aufgrund der oben aufgezeigten strukturellen Mängel des

KapMuG stehen diesem gravierenden Nachteil aus unserer Sicht keine überwiegenden Vorteile gegenüber, weder generell noch individuell.

Diejenigen Geschädigten, die vom aktuellen und zukünftigen Anwendungsbereich des KapMuG erfasst werden und welche kein KapMuG-Verfahren wünschen, stellen sich damit verfahrensrechtlich besser, sollte das KapMuG ersatzlos entfallen. Jedenfalls gilt dies nach der bisherigen Empirie für den ganz überwiegenden Teil der Fälle. Den Ausgangsklägern wird die Aussetzung ihrer Verfahren aufgezwungen, selbst wenn sie selbst gar kein Interesse an einem Musterverfahren haben. Damit wird ihre Rechtsdurchsetzung „eingefroren“, einen Einfluss auf die zeitliche Dauer der Aussetzung haben sie nicht. U.E. müsste es zumindest für Kläger möglich sein, aus einem Musterverfahren „aus-zu-optieren“, es ihnen also möglich sein, ihre individuellen Ausgangsverfahren ungeachtet eines Musterverfahrens weiter zu betreiben. Diese „Zwangswirkung“ des KapMuG, welche beispielsweise das viel gescholtene US-Recht nicht kennt, führt zu aus unserer Sicht weder zumutbaren noch hinnehmbaren Verfahrensdauern. Das Telekom-Verfahren wie auch das HRE-Verfahren zeigen dies exemplarisch, wie auch der Fall AHBR/CorealCredit Bank, welcher seit 2008 beim OLG Frankfurt „ruht“. In Ausnahmefällen, wie beispielsweise im Fall DaimlerChrysler, mag es eine hinnehmbare Verfahrensdauer mit relativ „schnellem“ Zwischenergebnis geben - da die Beantwortung einer Musterfrage ja auch nur ein „Einzel-Ergebnis“ in Form eines „Zwischen-Ergebnisses“ darstellt. Die wirkliche Musik spielt gleichwohl erst in der „zweiten Runde“, wenn also die jeweiligen Ausgangsverfahren individuell wieder weiterbetrieben werden, nachdem ein BGH-Musterentscheid vorliegt, der sich aber nach der Konzeption des KapMuG zwangsläufig nur mit Einzelfragen beschäftigen kann; endgültige Rechtssicherheit schafft dann erst das – potentiell wiederum komplett durch alle Instanzen zu durchlaufende – Ausgangsverfahren der zweiten Runde.

Nach unserem Verständnis begegnet das KapMuG daher grundsätzlichen Bedenken im Hinblick auf den Justizgewährleistungsanspruch (Art. 19 GG); erst recht gilt dies dann, wenn der Anspruch auf Entscheidung in angemessener Zeit (Art. 2, 20 GG; 6 EMRK) verletzt wird.

#### **4. Existenz des KapMuG als Argument der Bundesregierung gegen Maßnahmen der EU-Kommission zur Verbesserung kollektiven Rechtsschutzes**

Bekanntlich sieht die Bundesregierung keinen Handlungsbedarf zur Verbesserung kollektiver Rechtsschutzmaßnahmen durch die EU-Kommission (vgl. die Stellungnahme der Deutschen Bundesregierung vom 25.05.2011 an die Europäische Kommission betreffend deren Konsultation zum kollektiven Rechtsschutz; vgl. andererseits die Stellungnahme von TILP Rechtsanwälte zu dieser Konsultation, <http://www.tilp.de/files/Stellungnahme-TILP-SEK-2011-173-final.pdf>).

Was den Bereich des Kapitalmarktrechtes betrifft, argumentiert die Bundesregierung dabei vor allem mit der Existenz des KapMuG. Hierzu führt sie auf Seite 4 ihrer vorzitierten Stellungnahme u.a. aus:  
*„Insbesondere in Prospekthaftungsfällen ist mit dem Musterverfahren nach dem KapMuG ein effektives und schnelle rechtskräftige Entscheidungen über die entscheidungserheblichen Rechts- und Tatsachenfragen ermöglichendes Instrument zur Verfügung gestellt. Auch die Durchsetzung der kapitalmarktrechtlichen Haftungsnormen wird hierdurch gefördert und die Gerichte werden entlastet... Die zwischenzeitlich durchgeführte Evaluation hat ergeben, dass das Musterfeststellungsverfahren ein taugliches Instrument zur Bewältigung von Massenklagen im Bereich des Kapitalmarktrechts ist...“*

Angesichts der 6-jährigen-KapMuG-Rechtswirklichkeit der bisherigen 12 KapMuG-Musterverfahren sind derartige Behauptungen nach unserer Auffassung verfehlt. Gerade einmal 2 der Musterverfahren wurden inhaltlich vom OLG per Musterentscheid entschieden ( Perseus, LBB Fonds 13, vom KG zugunsten der Kläger, rkr.; DaimlerChrysler vom OLG Stuttgart zu Lasten der Kläger, n. rkr.).

## **5. Fazit**

Vor diesem Hintergrund begegnet das KapMuG, gerade auch in Form des jetzigen RefE, schweren verfassungsrechtlichen Bedenken, es fehlt ihm insbesondere wegen Verstoßes gegen den gemeinschaftsrechtlichen effet utile sowie wegen Verstoßes gegen den grundgesetzlich garantierten Justizgewährleistungsanspruch an Rechtfertigung. Zugleich dient die bloße Existenz des KapMuG der Bundesregierung als Argument gegen EU-Maßnahmen zur Verbesserung kollektiven Rechtsschutzes. Das KapMuG sollte daher auslaufen zu Gunsten eines Artikelgesetzes, mit dem effektive und effiziente Verbesserungen bei der Bearbeitung privatrechtlicher Folgen von Massenschäden bei Kapitalanlegern herbeigeführt werden.

## **II. Eckpfeiler für den Rahmen eines neuen Artikelgesetzes zur Schaffung effektiven und effizienten Rechtsschutzes im Bereich von Massenschäden bei Kapitalanlegern**

Als Rahmenbedingungen eines solchen Artikelgesetzes sind u.E. die oben sub I.1. aufgeführten Eckpfeiler erforderlich. Im Übrigen verweisen wir auf die Stellungnahme von TILP Rechtsanwälte vom 28.04.2011 an die EU-Kommission zu deren Konsultation zum kollektiven Rechtsschutz (<http://www.tilp.de/files/Stellungnahme-TILP-SEK-2011-173-final.pdf>) sowie auf die Ausführungen von Tilp/Roth in NJW aktuell Heft 10/2009, Seite XIIf., Standpunkt: 9 Thesen auf dem Wege zur kollektiven Rechtsdurchsetzung ([http://www.tilp.de/files/Standpunkt\\_TILP\\_NJW\\_Heft\\_10\\_2009.pdf](http://www.tilp.de/files/Standpunkt_TILP_NJW_Heft_10_2009.pdf)).

## **B. Anmerkung zu zentralen Punkten des RefE**

Nachfolgend nehmen wir zu aus unserer Sicht zentralen Punkten des RefE Stellung unter Benennung des jeweiligen Artikels bzw. Paragraphen des RefE-KapMuG.

### **Artikel 1: KapMuG**

#### **Zu § 1**

- Dem Wortlaut der Norm kann nicht hinreichend klar entnommen werden, was ausweislich der Begründung des RefE gewollt ist, nämlich eine moderate Ausweitung auf Ansprüche aus fehlerhafter Anlagevermittlung und -beratung. Die jetzige Formulierung „gestützt“ anstelle des bisherigen „beruht“ gibt dies u. E. nicht her.
- Der Normtext wäre im übrigen anzupassen an die Änderungen, welche sich aus dem „Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechtes“ ergeben.

#### **Zu § 3**

- Der Begriff des „Lebenssachverhalts“ sollte definiert werden. Die Vorschrift ist u. a. im Zusammenhang mit §§ 4 und 6 RefE zu sehen. Danach kommt dem Lebenssachverhalt u. a. Bedeutung zu im Hinblick auf das Kriterium der „Gleichgerichtetheit“ von Musterverfahrensansträgen wie auch der Frage, welches Prozessgericht gesetzlicher Richter des Vorlagebeschlusses gerade im Hinblick auf den „Lebenssachverhalt“ ist. Der Zusammenhang mit dem Begriff der „Gleichgerichtetheit“ wird auch auf Seite 28 RefE zu Recht angesprochen.

Beispiel (angelehnt an das HRE-Verfahren):

Im Ausgangsrechtstreit 1 macht die damit befasste Kammer des LG als erste einen Musterverfahrensanspruch bekannt, streitgegenständlich dort sind Pflichtverletzungen der Beklagten in einem Zeitraum X.

Im Ausgangsrechtstreit 2 vor einer anderen Kammer des LG werden dagegen Pflichtverletzungen der Beklagten aus einem Zeitraum Y geltend gemacht (Beispielsvariante 1: Der sich mit dem Zeitraum X überschneidet; Beispielsvariante 2: Welcher sich mit dem Zeitraum X nicht überschneidet).

Rechtsproblem: Ist die Kammer aus dem Ausgangsrechtstreit 1 auch gesetzlicher Richter für den Erlass eines Vorlagebeschlusses, welcher die Feststellungsziele aus dem Ausgangsrechtstreit 2 beinhaltet?

Weiteres Rechtsproblem: Ist hinsichtlich beider Ausgangsrechtstreite ein einheitliches Musterverfahren zu führen oder sind separate Musterverfahren zu führen?

Nach diesseitigem Verständnis beabsichtigte der Gesetzgeber die Durchführung eines einheitlichen Musterverfahrens, welches nach Möglichkeit alle der in den diversen Ausgangsrechtstreiten

aufgeworfenen Rechtsfragen beinhaltet. Der RefE reflektiert u. E. die aufgezeigten Rechtsprobleme nur unzureichend.

- Die „Soll-“ Vorschrift in Absatz 3 ist zu ändern, die Formulierung hat auf „hat“ zu lauten, gegebenenfalls unter Verlängerung der vorgesehenen Drei-Monats-Frist. Erfahrungsgemäß wird der gesetzgeberische Wille bisher durch die Handhabung seitens der Gerichte häufig konterkariert, indem KapMuG-Anträge entweder nicht bearbeitet oder erst im Urteil verbeschieden werden. Gegebenenfalls müsste über ein „Zwangsmittel“ nachgedacht werden, beispielsweise in Form einer Art „Ersatzvornahme“ durch das OLG.

## **Zu § 5**

Die Unterbrechung bewirkt nach § 249 Abs. 1 ZPO, „dass der Lauf einer jeden Frist aufhört“. Dies gilt jedoch nicht für die Verjährungsfrist. Diese wird vielmehr gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch die Erhebung der Klage gehemmt. Allerdings nur hinsichtlich Ansprüchen, welche streitgegenständlich sind. Der Streitgegenstandsbegriff wiederum bestimmt sich maßgeblich nach dem Begriff des Lebenssachverhaltes. Nun ordnet zwar § 22 RefE die Bindungswirkung des Musterentscheids auch „für und gegen alle Beigeladenen des Musterverfahrens unabhängig davon“ an, „ob der Beigeladene selbst alle im Musterverfahren festgestellten Tatsachen ausdrücklich geltend gemacht hat.“ U. E. könnte jedoch zweifelhaft sein, ob sich die Beklagtenseite nicht gleichwohl auf Verjährung berufen kann hinsichtlich Ansprüche, welche auf Lebenssachverhalten fußen, die in dem jeweiligen Ausgangsrechtstreit (noch) nicht geltend gemacht wurden. Dieses Rechtsproblem stellt sich aktuell im Telekom-Verfahren. Dieses Problem sollte durch eine klare Normierung gelöst werden, weil ansonsten das KapMuG ad absurdum geführt wird. Es kann nicht angehen, dass ein Beteiligter eines KapMuG-Verfahrens schlechter gestellt wird als in einem normalen ZPO-Prozess, will das KapMuG die Verfahrensrechte doch gerade stärken. Jedenfalls angesichts der bisher üblichen Dauer von KapMuG-Verfahren steht nämlich regelmäßig zu befürchten (jedenfalls so lange die aufgezeigten kurzen kenntnisunabhängigen Verjährungsfristen gelten), dass ein rechtskräftiger Musterentscheid stets nach Ablauf der einschlägigen Verjährungsfristen ergeht. Häufig, wie beispielsweise im Telekom-Verfahren, werden sich aber erst im Laufe einer mündlichen Verhandlung im Musterverfahren Umstände herausstellen, welche in den Ausgangsprozessen noch gar nicht vorgetragen worden sind.

Beispiel (in Anlehnung an das Telekom-Verfahren):

Alle Ausgangskläger rügen einen falschen Prospekt und stützen sich auf die Prospektfehler 1, 2 und 3. Im Musterverfahren stellt sich nach Ablauf der kurzen Prospekthaftungs-Verjährung heraus, dass der Prospekt aufgrund des Prospektfehlers 4, welcher bisher in keinem der Ausgangsrechtstreite vorgetragen wurde, falsch ist. Beispielsvariante 1: Die Ausgangskläger 1 bis 10 begründen ihre Prospekthaftungsklage lediglich damit, „der Prospekt sei falsch“, ohne jedoch einen konkreten



Prospektfehler zu benennen. Die Beklagte wendet nunmehr Verjährung mit der Begründung ein, in den Ausgangsrechtstreiten 11ff. seien ja die Prospektvorwürfe ganz konkret gestützt worden (nur) auf die Prospektfehler 1 bis 3, damit auf andere Lebenssachverhalte als die des vom OLG erkannten Prospektfehlers 4. Wie ist dieses Rechtsproblem zu lösen? Es erscheint uns zweifelhaft, dass die vom KapMuG angeordnete Bindungswirkung dieses Problem wirklich hinreichend klar löst. Je nach dem, welche Auffassung zum aufgezeigten Rechtsproblem vertreten wird, könnte es darauf hinauslaufen, dass ausgerechnet diejenigen Ausgangskläger, welche eine anfänglich unsubstanzierte Klage eingereicht haben, welche dann jedoch unterbrochen bzw. ausgesetzt wurde, sich auf den festgestellten Prospektfehler 4 berufen können, all die anderen dagegen nicht. Das KapMuG hätte auf Grund seiner strukturell angelegten langen Verfahrensdauer den dann benachteiligten Ausgangsklägern jedoch abgeschnitten, was sie im ganz normalen Zivilprozess gehabt hätten: die Chance - auf Grund z. B. eines richterlichen Hinweises - binnen unverjährter Zeit weitere Umstände vorzutragen.

#### **Zu § 6**

- Vgl. hierzu zunächst unsere Ausführungen oben zu § 3.
  
- Der RefE knüpft nunmehr hinsichtlich der Verfertigung des Vorlagebeschlusses an die „bekannt“-Machung weiterer gleichgerichteter Musterverfahrensanträge an, während der bisherige § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KapMuG lediglich an das Kriterium des „gestellt“-Seins anknüpft. Diese gesetzliche Änderung stellt jedenfalls dann eine Benachteiligung der Rechtssituation für die Ausgangskläger dar, wenn die Gerichte ihrer Verpflichtung zum Bekanntmachen von Musterverfahrensanträgen rechtsfehlerhaft nicht nachkommen. Es sollte daher erwogen werden, diesen Fall dahingehen zu regeln, dass jedenfalls dann das Vorliegen von in neun weiteren Verfahren gestellten gleichgerichteten Musterverfahrensanträgen genügt.
  
- Für die in Abs. 4 Satz 2 angeordnete Unanfechtbarkeit fehlt u. E. die Rechtfertigung. Das bisherige KapMuG ließ die Anfechtung zu, vgl. § 4 Abs. 4.

#### **Zu § 7**

Die – wie bisher – grundsätzliche Sperrungswirkung des Vorlagebeschlusses ist sinnvoll, falls gewährleistet ist, dass auch alle in den diversen Ausgangsrechtstreiten gestellten Musterverfahrensanträge vom Musterverfahren mit umfasst sind. Dies aber setzt die Lösung der oben zu § 3 aufgeworfenen Problematik zum Lebenssachverhalt voraus, weil ansonsten droht, dass die Beklagtenseite einerseits die Beschränkung des Streitstoffs des Musterverfahrens behauptet, andererseits auf Grund der Aussetzung der Ausgangsrechtstreite zumindest diejenigen Ausgangskläger,

die dann (vermeintlich) vom Musterverfahren nicht (oder teilweise nicht) erfasst wären auf Grund der Aussetzung gehindert sind, ihre (Verfahrens) Rechte zu wahren.

#### **Zu § 8**

- Hierzu verweisen wir zunächst auf unsere oben sub A.I.3. geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken, da es an einer opt-out- Regelung zu Gunsten von Ausgangsklägern (im Übrigen auch zu Gunsten von Ausgangsbeklagten) fehlt.
- Weiter verweisen wir auf unsere Ausführungen zu § 5 zum Komplex der Unterbrechung.

#### **Zu § 9**

Die Regelung in Abs. 4 begegnet Bedenken. Die Bestimmung des Musterklägers gemäß Abs. 2 der Norm setzt als kumulatives Erfordernis bereits die „Eignung des Klägers, die Interessen der Beigeladenen angemessen zu vertreten“ voraus. Ein Mangel in der Vertretung gemäß Abs. 4 der Norm kann dann also nur ein solcher sein, welcher im Verlauf des Musterverfahrens zu Tage tritt. Die Norm selbst nennt hierzu keine Regelbeispiele. Insgesamt erscheint fraglich, ob das neu im Rahmen der Auswahl des Musterklägers aufgenommene Kriterium der „Eignung“ nicht per se verfehlt ist, da der Musterkläger per se zunächst einmal seine eigenen Interessen wahrnimmt. Das hat auch gerade auch für den Anwalt des Musterklägers zu gelten. Es besteht die Gefahr, dass das Gesetz hier eine strukturelle Interessenkollision schafft. Nach unserem Verständnis sollte Abs. 4 ersatzlos gestrichen werden. Weiter sollte Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 entfallen.

#### **Zu § 15**

Dass nunmehr das OLG für die Erweiterung des Vorlagebeschlusses zuständig sein soll, ist sinnvoll. Allerdings sollte gegen die Nicht-Erweiterung ausdrücklich die Rechtsbeschwerde statthaft sein. Dies erst recht vor dem Hintergrund des § 7 RefE, welcher die Einleitung weiterer Musterverfahren ja ausschließt. Ohne Zulassung der Rechtsbeschwerde droht ansonsten eine Vertiefung der eh schon bestehenden Rechtsnachteile der Kläger ausgesetzter Ausgangsrechtsreite: Der Rechtsstreit ist dann nicht nur ausgesetzt, sie können trotz bestehender Unsicherheit, ob ihr Anliegen vom Vorlagebeschluss überhaupt abgedeckt ist, kein weiteres Musterverfahren anstrengen und die Frage der Abdeckung auch nicht überprüfen lassen, und sie könnten ohne zugelassene Rechtsbeschwerde schließlich auch nicht gegen eine Zurückweisung ihres Erweiterungsantrages vorgehen.

### **Zu § 19**

U. E. wirft die Regelung des opt-outs aus dem Vergleich erst recht die Frage auf, weshalb Ausgangskläger nicht aus dem KapMuG-Verfahren per se aus-optieren können.

### **Zu § 22**

Im Hinblick auf die sub § 5 aufgeworfene Frage zur Bindungswirkung wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

### **Artikel 2: ZPO**

#### **Zu § 32b**

U. E. sollte in der Norm auch geregelt werden, wie sich die Zuständigkeit bemisst in Fällen, in denen – jedenfalls bei überschneidenden Lebenssachverhalten – zwei verschiedene Emittenten verklagt werden, deren Sitz sich jeweils an unterschiedlichen Gerichten befindet (Beispiel: die vor dem LG Braunschweig kürzlich erhobene Klage gegen Porsche und VW).

#### **Zu § 145**

Angesichts der häufig anzufindenden gerichtlichen Praxis der Prozesstrennung ist diese Änderung zu begrüßen, allerdings sollte dann auch sichergestellt werden, dass die Gerichte genügend Anreize erhalten, die Norm entsprechend anzuwenden.

### **Artikel 6: RVG**

Die dort vorgesehene Anhebung des Gebührensatzes für den Anwalt des Musterklägers ist völlig unzureichend.