

Datum	Aktenzeichen	Sekretariat
05.04.2024	GU/KapMuG-RegE	Fr. Reutter - Tel.: +49 7121 9090934 sekretariat.gundermann@tilp.de beA: Peter Gundermann

**Stellungnahme TILP zum Entwurf der Bundesregierung betreffend eines
Zweiten Gesetzes zur Reform des KapMuG vom
13. März 2024**

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachfolgend nehmen wir Stellung zum Entwurf der Bundesregierung
betreffend eines Zweiten Gesetzes zur Reform des Kapitalanleger-
Musterverfahrensgesetzes („KapMuG-RegE“) vom 13. März 2024.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit enthält dieses Dokument neben den im
Regierungsentwurf neu aufgeworfenen Problempunkten auch diejenigen
Punkte, die bereits in unserer Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 30.
Januar 2024¹ enthalten waren, im Regierungsentwurf bislang jedoch weiterhin
keine Berücksichtigung gefunden haben.

Im Einzelnen:

TILP Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Fachanwälte für Bank- und Kapitalmarktrecht

Peter A. Gundermann ¹
Alexander Heinrich ¹
Axel Wegner
Martin Kühler
Marvin Kewe ^{1,3}
Marc Dreher
Marc Schiefer, LL.M. (Miami) ^{1,2,3}
Christoph Walker

¹ Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

² Attorney at Law (New York)

³ Bankkaufmann

Alle sind angestellte Rechtsanwälte der
TILP Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Kooperationen

TILP Litigation
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Marc Schiefer, LL.M. (Miami) ^{1,2,3}
Christian Herrmann
Peter A. Gundermann ¹
Alexander Heinrich ¹
Marvin Kewe ^{1,3}
Axel Wegner
Martin Kühler

Christian Palme, LL.M. Eur.

¹ Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

² Attorney at Law (New York)

³ Bankkaufmann

Alle sind angestellte Rechtsanwälte der
TILP Litigation Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Einhornstraße 21
72138 Kirchentellinsfurt
office@tilp-litigation.com

Tilpreturn Lda & Comandita

Rua Ivens 3 B, Edf. D. Mécia Building, 6º Floor
9000-046 Funchal, Madeira/Portugal
info@tilpreturncomandita.pt

www.tilp.de

¹ vgl. https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_KapMuG_ReformG.html

I. Zur Frage der Aussetzung des Verfahrens

a) Keine Definition des Aussetzungsmaßstabes

Der Regierungsentwurf sieht in § 10 Abs.1 KapMuG-RegE vor, dass die Verfahren derjenigen Kläger, die das Musterverfahren einleitende Anträge gestellt haben von Amts wegen ausgesetzt werden „soweit die Entscheidung des Rechtsstreits von den Feststellungszielen des Musterverfahrens abhängt“. Der Regierungsentwurf bedient sich dabei im Wesentlichen der Terminologie des derzeit geltenden KapMuG (vgl. § 8 Abs.1 KapMuG) ohne allerdings klarzustellen, wie der **Abhängigkeitsmaßstab** definiert sein soll.

In der Gesetzesbegründung zur ersten Reform des KapMuG lautete es hierzu, die Abhängigkeit von den bekanntgemachten Feststellungszielen sei lediglich **abstrakt** zu beurteilen und liege vor, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von den Feststellungszielen „mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abhängen kann“ (vgl. BT-Drs. 17/8799, S. 20).

Mit Beschluss vom 30. April 2019 (Az. XI ZB 13/18) hat allerdings der Bundesgerichtshof - entgegen dem gesetzgeberischen Willen - entschieden, dass die Abhängigkeit von den Feststellungszielen nicht lediglich abstrakt beurteilt werden dürfe, weil dies mit dem sich aus den Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG folgenden verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbar sei. Der Bundesgerichtshof lässt eine Aussetzung des Verfahrens nach § 8 Abs. 1 KapMuG folglich nur dann zu, wenn nur noch Fragen offen sind, die ohne Klärung des Musterverfahrens nicht entschieden werden können. Der Bundesgerichtshof hält für eine Aussetzung folglich eine **konkrete** Abhängigkeit von den Feststellungszielen des Musterverfahrens für erforderlich.

Diese dem Willen des Gesetzgebers widersprechende Auslegung durch den Bundesgerichtshof führt in der Praxis zu erheblichen Problemen. Insbesondere in Fällen, in denen institutionelle Investoren aus dem Ausland Ansprüche geltend machen, führt die vom Bundesgerichtshof verlangte konkrete Abhängigkeit von den Feststellungszielen des Musterverfahrens dazu, dass sich die Ausgangsverfahren aufgrund individuell zu beurteilender Fragestellungen betreffend die Zulässigkeit der Klage künstlich in die Länge ziehen und sich die Aussetzung oftmals über viele Jahre verzögert.

Für die Verfahrensbeteiligten, insbesondere aber für die Justiz, die durch die Schaffung des KapMuG eigentlich entlastet werden sollte, bedeutet dies einen erheblichen Mehraufwand, welcher parallel zu den jeweils bereits laufenden Musterverfahren zu bewältigen ist. Geschädigte Kapitalanleger, vornehmlich aus dem Ausland, werden hierdurch im Ergebnis jahrelang von einer

Teilhabe am Musterverfahren ausgeschlossen. In der Praxis ergehen sogar Musterentscheide, ohne dass sämtliche Verfahren durch das Ausgangsgericht zuvor ausgesetzt wurden.

Soweit das Musterverfahren für die Anlegenseite schließlich negativ verbeschieden wird, weil der (rechtskräftige) Musterentscheid beispielsweise feststellt, dass der beklagte Emittent seine kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten nicht verletzt hat, erweist sich der auf Landgerichtsebene bis dato betriebene Mehraufwand zu Zulässigkeitsfragen überdies als obsolet, da die geltend gemachten Ansprüche ohnehin nicht bestehen und die Klagen als unbegründet abzuweisen sind. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs konterkariert folglich den dem KapMuG immanenten Effizienzgedanken und beeinflusst die Einleitung von Musterverfahren nach dem KapMuG negativ und nachhaltig.

Aktuelle Beschlüsse des OLG München im Fall Wirecard² deuten im Übrigen darauf hin, dass dem Bundesgerichtshof in der Frage des Aussetzungsmaßstabs auf OLG-Ebene nicht uneingeschränkt gefolgt wird. Die Auffassung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs berücksichtige die Gesetzgebungsgeschichte und die vom Gesetzgeber mit dem Musterverfahren beabsichtigte Bündelungswirkung nicht hinreichend; sie wäre zudem nicht prozessökonomisch, so das OLG München.³

Auch in der wissenschaftlichen Literatur wird die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lauter. Aus Sicht von Prof. Dr. Lars Klöhn verletzt das vom Bundesgerichtshof verlangte Konzept der konkreten Abhängigkeit die Bindung der Fachgerichte an den verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruch, da es den Zugang zum Kapitalanlegermusterverfahren rechtswidrig und unverhältnismäßig verkürzt.⁴

Prof. Klöhn begründet mit überzeugenden Argumenten in einem unlängst gemeinsam mit Jacob Zell in der Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) veröffentlichten Beitrag „Die Aussetzung des Ausgangsverfahrens gemäß § 8 KapMuG – warum der XI. Senat seine Rechtsprechung korrigieren muss“ folgendes Ergebnis:

² Vgl. OLG München, Beschluss vom 20.05.2022, 13 U 9056/21, AG 2022, 829; ablehnend zu einem konkreten Maßstab auch Anm. Lechner, WuB 2019, 591; auch Fullenkamp, in: Vorwerk/Wolf, KapMuG-Kommentar, 2. Auflage, KapMuG § 8, Rn. 13).

³ OLG München, Beschluss vom 19.09.2022 – 8 U 8302/21, NZG 2022, 1632 = NJW-RR 2022, 1563.

⁴ vgl. Klöhn/Zell, Die Aussetzung des Ausgangsverfahrens gem. § 8 KapMuG - warum der XI. Senat seine Rechtsprechung korrigieren muss, ZIP 2024, 321 ff.

„1.

Die Abhängigkeit von den Feststellungszielen ist in § 8 Abs. 1 KapMuG ebenso wie in § 3 Abs. 1 Nr. 1 KapMuG abstrakt zu bestimmen. Es genügt, wenn der Ausgangsrechtsstreit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von der Entscheidung über die Feststellungsziele abhängt. Dies ist der Fall, wenn (a) mindestens ein Feststellungsziel notwendiger Teil eines Vortrags der Parteien ist, der das (Nicht-)Bestehen des erhobenen Anspruchs schlüssig rechtfertigt, und es (b) hinreichend wahrscheinlich ist, dass das zukünftige Urteil auf dieses Feststellungsziel gestützt wird.

2.

Der Maßstab für die hinreichende Wahrscheinlichkeit ist nicht starr, sondern beweglich. Der notwendige Grad der Wahrscheinlichkeit ergibt sich aus einer Abwägungsentscheidung. Bei dieser Abwägung genießen die Prozessgerichte einen Beurteilungsspielraum. Abzuwägen sind insbesondere der Zeitaufwand und die Kosten, um außerhalb der Feststellungsziele liegende Entscheidungsmöglichkeiten zu prüfen, die bisherige Dauer des Einzelverfahrens und etwaige Beweisnachteile im Einzelverfahren infolge der Aussetzung.

3.

Die vom XI. Zivilsenat des BGH in seinem Beschluss vom 30.4.2019 vertretene verfassungskonforme Auslegung des § 8 Abs. 1 KapMuG ist unzulässig. Sie ist mit der Zielsetzung des KapMuG und mit der gesetzgeberischen Grundkonzeption offensichtlich nicht vereinbar und sprengt daher die in st. Rspr. des BVerfG anerkannten Grenzen der verfassungskonformen Auslegung.

4.

Die konkrete Bestimmung der Abhängigkeit in § 8 Abs. 1 KapMuG verletzt überdies den verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruch derjenigen Anleger, die Zugang zum Kapitalanlegermusterverfahren begehren und denen dieser Zugang auf der Grundlage des konkreten Abhängigkeitsbegriffs verwehrt wird.

5.

Die abstrakte Bestimmung der Abhängigkeit in § 8 Abs. 1 KapMuG hält sich demgegenüber im Rahmen der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers und verletzt weder den Justizgewährungsanspruch der Kläger noch der Beklagten.“

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass das neue KapMuG zum Zwecke einer effizienten Rechtsdurchsetzung und der Entlastung der Justiz eine **Klarstellung dahingehend enthalten sollte, dass der Abhängigkeitsmaßstab von den Gerichten abstrakt zu bestimmen ist.**

b) Aussetzung auf Antrag nach Ermessen des Gerichts

In § 10 Abs.2 KapMuG-RegE sieht der Regierungsentwurf zudem vor, dass das Prozessgericht auf **Antrag** einer Partei ein Ausgangsverfahren, das bereits anhängig ist oder bis zum rechtskräftigen Abschluss des Musterverfahrens noch anhängig wird, aussetzen **kann**. Ebenso wie der Referentenentwurf sieht nun auch der Regierungsentwurf die Möglichkeit vor, dass Verfahren am Musterverfahren vorbei geführt werden können sollen. Durch die Streichung der zwangsweisen Aussetzung entzieht der Regierungsentwurf dem KapMuG den bisherigen Konzentrationscharakter und kassiert einen Großteil der mit der Einführung des KapMuG verfolgten Ziele.

Die in § 8 Abs. 1 KapMuG geregelte Aussetzung des Verfahrens wurde in der rechtswissenschaftlichen Literatur bislang als eine der „zentralen Vorschriften für die durch das KapMuG angestrebte Verfahrensbündelung“⁵ begriffen. Künftig sollen die (Klage-) Parteien jedoch nicht mehr gezwungen werden, im Kollektiv für ihr Recht kämpfen zu müssen. Sie sollen ihren Rechtsstreit künftig auch als Individualverfahren führen können.

Das durch die Streichung der zwangsweisen Aussetzung vorgesehene Verfahrensmodell ist abzulehnen. Es ist ineffizient und unpraktikabel. Es führt dazu, dass es künftig nicht mehr zu einer einheitlichen Klärung von Tatsachen- und Rechtsfragen kommen wird. Die Gefahr divergierender Entscheidungen, die durch das KapMuG eigentlich verhindert werden sollen, steigt erheblich. Insbesondere dürfte die Abkehr von der Ausgestaltung des KapMuG als Zwangsverfahren zu einer nicht zu unterschätzenden Mehrbelastung der Justiz führen.

Künftig soll es möglich sein, am Musterverfahren vorbei unter Umständen tausende Parallelverfahren zu denselben Tatsachen- und Rechtsfragen zu führen. In all diesen Verfahren sind unter Umständen entsprechende Beweisaufnahmen durchzuführen. Dass dies von der Justiz nicht geleistet werden kann, liegt auf der Hand. Aber auch unter rein praktischen Erwägungen ist die Wandlung des KapMuG hin zu einem kollektiven Rechtsschutzinstrument auf freiwilliger Basis abzulehnen. So müssten Zeugen künftig unter Umständen beispielsweise in hunderten oder tausenden Parallelverfahren aussagen anstatt wie bislang im Musterverfahren ein einziges Mal für alle von den Ergebnissen des Musterverfahrens abhängigen Verfahren.

⁵ Vgl. Vorwerk/Wolf/Fullenkamp (2007), § 7 KapMuG a.F. Rdn. 1 zur funktionsgleichen Vorgängervorschrift im KapMuG 2005.

Ein neu geschaffenes Problem dürfte sich zudem daraus ergeben, dass die Aussetzung der Verfahren trotz Antragsrecht nun im Ermessen des Gerichts liegen soll. Die Parteien werden zukünftig wohl auch darüber streiten (müssen), ob das Gericht das ihm zustehende Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat. Im Zweifel wird das Oberlandesgericht oder gar der Bundesgerichtshof im Rahmen von (diversen) Beschwerdeverfahren die ordnungsgemäße Ausübung des Ermessens überprüfen müssen, was den Verfahrensbeteiligten überdies zusätzliche Kostenrisiken in Form von Rechtsanwaltsgebühren für die Beschwerdeverfahren aufbürdet.

Letztlich geht der Regierungsentwurf (ebenso wie zuvor der Referentenentwurf) aus unserer Sicht fälschlicherweise davon aus, dass die Aussetzung nach § 8 KapMuG zu einer übermäßigen Komplexität des Musterverfahrens beigetragen und damit zu dessen Schwerfälligkeit geführt hat. Unsere Erfahrung in vielen Musterverfahren nach dem KapMuG ist eine andere. Tatsächlich beteiligen sich selbst in Musterverfahren mit mehreren tausend Beteiligten meist nur wenige Beigeladene aktiv am Musterverfahren. Die Komplexität des Verfahrens liegt an der Komplexität des Streitstoffes. Dieser lässt sich jedenfalls in Bezug auf Rechtsfragen im Wesentlichen mit materiellrechtlichen Gesetzesänderungen verringern. Die Aufweichung der Zwangswirkung des KapMuG ist zur Beschleunigung der Musterverfahren weder erforderlich noch geeignet.

II. Auswahl des Musterklägers

Nach derzeit geltendem Recht wird der Musterkläger vom Oberlandesgericht aus dem Kreis derjenigen Kläger ausgewählt, deren Verfahren ausgesetzt wurden, § 9 Abs.2 KapMuG. Ausweislich des Regierungsentwurfs soll der Musterkläger künftig nur noch aus dem Kreis derjenigen Kläger ausgewählt werden, die einen (später bekannt gemachten) Musterverfahrensantrag gestellt haben und deren Verfahren in der Folge unterbrochen wurde, § 9 Abs.3 KapMuG-RegE.

Die vorgesehene Neuregelung dürfte dazu führen, dass in vielen Fällen ein im Vergleich zu später ins Verfahren tretenden Klägern ungeeigneter (Klein-)Anleger als Musterkläger ausgewählt wird. In vielen Fällen kann dies (nicht zuletzt aufgrund fehlender finanzieller Mittel für einzuholende Gutachten, die Beauftragung von fachlichen Experten und Beratern, die Beauftragung von Stenographen, etc.) zu Lasten der Qualität der Musterverfahrensführung gehen.

Zwar sind Kläger, deren Verfahren später auf Antrag ausgesetzt werden, als Beigeladene berechtigt, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, § 11 Abs.4 KapMuG-RegE - allerdings nur soweit ihre Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen des Musterklägers nicht in Widerspruch stehen. Die vorgesehene Neuregelung begünstigt letztlich ein „Windhundrennen“ um die Stellung als Musterkläger bzw. Musterklägervertreter. Derjenige, der (vor-

)schnell klagt und entsprechende Musterverfahrensanhträge stellt, wird demjenigen Kläger vorgezogen, der sich mehr Zeit lässt und die Sach- und Rechtslage zunächst gründlich prüft.

Da der Vorlagebeschluss gemäß § 7 Abs.1 S. 2 KapMuG-RegE unverzüglich nach Ablauf von sechs Monaten nach der ersten Bekanntmachung eines zulässigen Musterverfahrensanhtrages ergeht, haben an der Musterklagerstellung interessierte Kläger nur ein vergleichsweise kleines Zeitfenster, um ihrerseits Klage zu erheben und entsprechende Musterverfahrensanhtrage zu stellen. Da das Prozessgericht für die Bekanntmachung zulässiger Musterverfahrensanhtrage gemäß § 4 Abs.1 Satz 2 KapMuG-RegE mindestens drei Monate Zeit hat („soll“) und die in § 8 KapMuG-RegE geregelte *„Sperrwirkung des Vorlagebeschlusses“* so ausgelegt werden kann, dass solche Musterverfahrensanhtrage, die zum Zeitpunkt des Erlasses des Vorlagebeschlusses noch nicht bekannt gemacht wurden, als unzulässig zu verwerfen sind, muss sich ein Kläger binnen weniger Wochen nach Bekanntmachung des ersten Musterverfahrensanhtrages für die Erhebung einer Klage entscheiden, um die Musterklagerposition erreichen zu können.

Anders als für Kleinanleger stellt dieses kleine Zeitfenster für institutionelle Investoren, insbesondere bei fehlender Vorbefassung, ein großes Hindernis dar. So müssen vor einer Klageerhebung oftmals abertausende Transaktionen aus mehreren Dutzend Sondervermögen analysiert und unter Einbeziehung Dritter (bspw. Depotbanken) verifiziert werden, was neben der Aufarbeitung anderer Daten, der Einbeziehung entsprechender Entscheidungsgremien sowie der Befassung des Rechtsanwalts mit der Sach- und Rechtslage erheblich mehr Zeit in Anspruch nimmt.

Institutionelle Investoren wie Kapitalverwaltungsgesellschaften, Banken, Versicherungen oder Pensionsfonds, die solvent und in der Führung kapitalmarktrechtlicher Streitigkeiten erfahren sind, dürften damit künftig nicht mehr zum Musterkläger bestimmt werden (können). Das in § 9 Abs.3 KapMuG-RegE (weiterhin) geregelte Merkmal der besonderen Eignung eines Klägers für die Funktion als Musterkläger wird damit im Ergebnis ad absurdum geführt.

Möchte man das reformierte KapMuG als einen *„Beitrag für eine starke Anlegerkultur in Deutschland und für einen attraktiven Anlagestandort“*⁶ etablieren, sollte der derzeit vorgesehene begrenzte Kreis potenzieller Musterkläger deshalb aufgegeben und erheblich erweitert werden.

⁶ so Bundesjustizminister Dr. Marco Buschmann in seiner Pressemitteilung vom 28. Dezember 2023 zum Referentenentwurf.

III. Keine Neuregelung zur Informationsgewinnung

Bedauerlicherweise enthält der Regierungsentwurf (wie bereits der Referentenentwurf) keine Regelung zur Neuregelung der Rechte zur Informationsgewinnung. In kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten stehen Geschädigte regelmäßig einer für sie nicht einsehbaren Organisationsstruktur gegenüber. Es mangelt daher an Information für den Geschädigten, den dafür jedoch regelmäßig die Darlegungs- und Beweislast trifft.

Die Neuregelung des KapMuG greift diese wesentliche Thematik nicht auf. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass Gerichte von bereits bestehenden Möglichkeiten (insbesondere § 142 ZPO) nur sehr zurückhaltend oder gar nicht Gebrauch machen. Staatsanwaltschaften und Strafgerichte sind bei der Gewährung von Akteneinsicht ebenfalls sehr zurückhaltend. Geschädigten Anlegern bleibt daher häufig nur der Weg ins Ausland. Insbesondere die USA bieten mit dem dort bestehenden sog. Discovery-Verfahren nach Title 28 United States Code § 1782⁷ eine Möglichkeit an Informationen und Unterlagen zu kommen soweit diese einen Bezug zu den USA aufweisen. Diese Möglichkeit ist allerdings sehr zeit- und kostenintensiv und setzt eine entsprechende Liquidität des Klägers voraus. Sind die finanziellen Mittel nicht vorhanden, bleiben den Klägern entsprechende Informationen verwehrt.

Nach unserem Verständnis gehört zur Schaffung eines effektiven KapMuG daher auch die Neuregelung der Informationsgewinnung. Es ist nicht hinnehmbar, dass sich geschädigte Anleger mit erheblichem Kostenaufwand im Ausland entsprechende Informationen beschaffen müssen. Der Gesetzgeber sollte sich diesbezüglich daher an anderen gesetzlichen Regelungen orientieren. Insoweit lohnt ein Blick in das Kartellschadensersatzrecht.

So wurde bereits die Kartellschadensersatz-RL - eine vergleichbare Regelung findet sich in Art. 18 der Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher (RL (EU) 2020/1828) vom 25. November 2020 - durch § 33 g GWB in nationales Recht umgesetzt.⁸

⁷ „Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals“.

⁸ Grewe/Stegemann: EU-Verbandsklagerichtlinie, ZD 2021, 183 f., mit Verweis auf RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.

In § 33 g Abs. 1 GWB ist geregelt:

„(1) Wer im Besitz von Beweismitteln ist, die für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 33a Absatz 1 erforderlich sind, ist verpflichtet, sie demjenigen herauszugeben, der glaubhaft macht, einen solchen Schadensersatzanspruch zu haben, wenn dieser die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist.“

Die RL 2014/104/EU erkennt an, dass zwischen Schadensersatzgläubiger und Schadensersatzschuldner eine Informationsasymmetrie besteht (Erwägungsgrund 15 RL 2014/104/EU). Dies ist der Hintergrund für die Einführung von § 33g durch die 9. GWB-Novelle nach den Vorgaben der RL 2014/104/EU.⁹

Diese Konstellation gilt auch in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, in denen Geschädigte regelmäßig einer für sie nicht einsehbaren Organisationstruktur gegenüberstehen. Herangezogen werden kann zum Verständnis beispielsweise die Kommentierung zu § 33 g Abs. 1 GWB im Kartellschadensersatzrecht:¹⁰

„Nach Abs. 1 GWB bestehen Herausgabe- und Auskunftsansprüche für denjenigen, der glaubhaft macht, einen Schadensanspruch zu haben. Hierfür muss der Anspruchsteller seinen Anspruch mithilfe der ihm zugänglichen Tatsachen derart substantiiert darlegen, dass dieser hinreichend wahrscheinlich erscheint.

Glaubhaftmachen im Sinne dieser Vorschrift kann aber laut Bechthold/Bosch nicht vollständig mit der Glaubhaftmachung in § 294 ZPO gleichgesetzt werden. § 294 ZPO regelt, dass derjenige, der eine tatsächliche Behauptung glaubhaft machen muss, sich sämtlicher Beweismittel bedienen kann, auch der Versicherung an Eides statt. Dazu können nach § 294 Abs. 2 ZPO nur präsente Beweismittel genutzt werden.

Im Zusammenhang mit § 33 g ist aber nicht einzusehen, wieso nur präsente Beweismittel zugelassen sein sollen und nicht alle Beweismittel wie für das zivilprozessuale Erkenntnisverfahren zugelassen sind (so auch Langen/Bunte/Bornkamm/Tolkmitt Rn. 13; MüKoWettbR/Makatsch/Kacholdt § 33 g Rn. 20).

⁹ Hempel, in: BeckOK Kartellrecht, Bacher/Hempel/Wagner-von Papp, 4. Edition, Stand: 01.04.2022, § 33 g GWB, Rn. 1.

¹⁰ Bechthold/Bosch, in: Bechthold/Bosch, GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 10. Auflage 2021, § 33 g, Rn. 6-11.

Im ersten Schritt ist für die Glaubhaftmachung erforderlich, dass der Schadensersatzanspruch schlüssig vorgetragen wird. Dies ist überhaupt Voraussetzung für den Herausgabeanspruch. Schlüssig ist nur vorgetragen, wenn sich aus dem Vortrag die Voraussetzungen für den Anspruch auf Schadensersatz subsumieren lassen (Langen/Bunte/Bornkamm/Tolkmitt Rn. 11).

Letztlich geht es um das Beweismaß: Im Rahmen von § 294 ZPO (dazu BGHZ 156, 139 (142); Zöller/Greger ZPO § 294 Rn. 6; Langen/Bunte/Bornkamm/Tolkmitt Rn. 8) genügt es, dass das Gericht die tatsächlichen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs mit überwiegender Wahrscheinlichkeit und nicht zu seiner Überzeugung feststellt.

Es kann nicht verlangt werden, dass die tatsächlichen Voraussetzungen bereits mit präsenten Beweismitteln bewiesen sein müssen. Das hieße, dass der Herausgabeanspruch gar nicht bestünde, weil die Beweismittel bereits vorhanden sind und damit nicht mehr für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs „erforderlich“ sind (für eine Anlehnung an § 294 ZPO, aber letztlich mit ähnlichem Ergebnis Preuß in Kersting/Podszun 9. GWB-Novelle Kap. 10 Rn. 21, 34; zustimmend MüKoWettbR/Makatsch/Kacholdt Rn. 19).

Erforderlich sind nur zum Beweis geeignete Beweismittel, also solche, die der Anspruchsteller braucht, um die anspruchsbegründenden Tatsachen beweisen zu können. Verfügt er bereits über adäquate Beweismittel, besteht der Herausgabeanspruch nicht. Fraglich ist, ob der Anspruch auf Herausgabe dann scheitert, wenn der Anspruchsteller das benötigte Beweismittel auf andere Weise als vom Besitzer des Beweismittels erlangen kann, also bspw. indem er auf ein anderes, leichter verfügbares Beweismittel ausweicht (s. Preuß in Kersting/Podszun 9. GWB-Novelle Kap. 10 Rn. 28). Nach LG München (NZKart 2020, 269 (270)) sind nach § 33g nur solche Informationen herauszugeben, die aufgrund des beim Anspruchsteller bestehenden Informationsdefizits zur Durchsetzung der Ansprüche notwendig sind.

Das Beweismittel muss so bezeichnet werden, dass der beantragte Ausspruch vollstreckungsfähig ist, hier gem. § 883 ZPO. In vielen Fällen wird es nur möglich sein, stufenweise vorzugehen und zunächst Auskunft zu verlangen, um überhaupt die Beweismittel identifizieren zu können. Für den Auskunftsanspruch gelten die Voraussetzungen der Glaubhaftmachung eines Anspruchs und der Spezifizierung der Auskunft entsprechend (Abs. 10).“

Dieser Weg könnte auch im Kapitalmarkthaftungsprozess beschritten werden und würde geschädigten Investoren zu einem effektiven Instrument der Rechtsdurchsetzung verhelfen.

IV. Verfahrenstrennung

Ein in jüngster Zeit zu beobachtendes Phänomen ist schließlich der Umstand, dass Gerichte vermehrt dazu übergehen, in subjektiver Klagehäufung, d.h. von mehreren geschädigten Kapitalanlegern gemeinsam erhobene Klagen gemäß § 145 ZPO in Einzelverfahren aufzutrennen. Insbesondere im Komplex Wirecard vor dem Landgericht München I ist dies derzeit der Fall.

Grundsätzlich ist es gesetzlich zulässig, dass mehrere Kläger ihre Ansprüche in einer gemeinsamen Klage geltend machen. Vorteil dieses Vorgehens ist, dass die bei Erhebung einer Klage anfallenden Gerichtskosten und Rechtsanwaltsgebühren sich nicht nach dem jeweiligen Einzelstreitwert, sondern nach dem Gesamtstreitwert der Klage richten. Aufgrund der im Gerichtskosten- und Rechtsanwaltsvergütungsgesetz geltenden Gebührendegression ist die den einzelnen Kläger durch dieses Vorgehen treffende Kostenlast regelmäßig erheblich geringer als dies im Falle der Erhebung einer Einzelklage der Fall wäre.

Gemäß § 145 Abs. 1 ZPO kann das Gericht jedoch anordnen, dass mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden, wenn dies aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. In jüngster Zeit wird als Begründung einer Verfahrenstrennung häufig angeführt, erfahrungsgemäß wiesen Klagen von Kapitalanlegern individuelle Fragestellungen auf, die einfacher in einem Einzelrechtsstreit geklärt werden könnten. Infolge der Verfahrenstrennung richten sich die vom einzelnen Kläger zu bezahlenden Gerichtskosten und Rechtsanwaltsgebühren nach dem individuellen Einzelstreitwert, was zu einer erheblichen Erhöhung der vom einzelnen Kläger zu tragenden Kostenbelastung führt.

Nicht selten werden die betroffenen Verfahren bereits unmittelbar nach deren Auftrennung gemäß § 8 Abs. 1 KapMuG ausgesetzt, was das Argument der besseren Prüfbarkeit durch Auftrennung ad absurdum führt. Die Folgen dieser Praxis sind verheerend. Die Verfahrenstrennung führt zu einer nachträglichen Veränderung des Prozesskostenrisikos der Kläger. In vielen Fällen sehen sich von einer Auftrennung ihres Verfahrens betroffene Kläger einem Kostenrisiko ausgesetzt, das ein Vielfaches dessen beträgt, was ohne Auftrennung anfallen würde. Letztlich wird in diesen Fällen nachträglich ein wesentlicher Grundparameter zu Lasten der Kläger verschoben, der zentral für die Entscheidung ist, ob überhaupt Klage erhoben werden soll.

Da die Trennungsentscheidung des Gerichts nicht isoliert anfechtbar ist und die Frage der Auftrennung im Ermessen des Gerichts liegt, führt die Trennungspraxis dazu, dass geschädigte Kapitalanleger trotz grundsätzlicher Verfügbarkeit eines gesetzlich zulässigen kostenschonenden Vorgehens mehr und mehr von der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche abgehalten

werden. Letztlich ist das Phänomen der Verfahrenstrennung Ausfluss der verfehlten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Aussetzungsmaßstab und der insoweit (weiterhin) fehlenden Klarstellung durch den Gesetzgeber.

Der Gesetzgeber ist daher aufgerufen, die Verfahrenstrennung bei in subjektiver Klagehäufung erhobenen Klagen in Verfahren nach dem KapMuG jedenfalls dann zu untersagen, wenn die Abhängigkeit von den Feststellungszielen des Musterverfahrens zu bejahen ist. Erforderlich ist hierfür die positive Regelung einer vorrangigen Abhängigkeitsprüfung vor Erlass einer Trennungsentscheidung. Allenfalls wenn feststeht, dass die Abhängigkeit vom Musterverfahren zu verneinen ist, erscheint eine Verfahrenstrennung bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 145 Abs. 1 ZPO gerechtfertigt. Erforderlich ist zudem, die bisherige Unanfechtbarkeit der Trennungsentscheidung abzuschaffen und den von einer solchen Entscheidung betroffenen Klägern ein Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen.

V. Zur neuen Rollenverteilung zwischen Land- und Oberlandesgericht

Der Regierungsentwurf sieht eine Neuverteilung der Rollen von Land- und Oberlandesgericht vor. Bislang bestimmte das Landgericht das initiale Verfahrensprogramm durch Erlass des Vorlagebeschlusses. Dieser war für das Oberlandesgericht bindend, § 6 Abs. 1 Satz 2 KapMuG. „Um dem Oberlandesgericht eine effiziente Verfahrensführung zu ermöglichen“ sieht der Regierungsentwurf vor, dass das Oberlandesgericht künftig selbst die sich aus den Ausgangsverfahren ergebenden Feststellungsziele für das Musterverfahren formuliert.

Das Oberlandesgericht soll ausweislich des Regierungsentwurfs auch prüfen, ob die in den Musterverfahrensansträgen enthaltenen Feststellungsziele sachdienlich sind. Das Oberlandesgericht soll dabei insbesondere berücksichtigen:

- die zu erwartende Reichweite des Musterverfahrens für inhaltlich gleichgelagerte Fälle,
- dessen möglicher Beitrag zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung
- die damit verbundene Orientierungs- und Entlastungswirkung bei den Instanzgerichten sowie
- die Eignung der denkbaren Feststellungsziele für eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung innerhalb einer angemessenen Verfahrensdauer.

Vollkommen offen lässt der Regierungsentwurf dabei, auf welcher Informationsbasis das Oberlandesgericht die ihm obliegende Sachdienlichkeitsprüfung vornehmen soll (die Prozessakten

der Ausgangsverfahren liegen ihm nicht vor) und ob das Oberlandesgericht etwa in Form einer Schlüssigkeitsprüfung bereits vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses eine inhaltliche Vorprüfung der zur Entscheidung gestellten Feststellungsziele vornehmen soll.

Die neue Rollenverteilung bleibt auch an anderer Stelle nicht ohne Konsequenzen. So konnten geschädigte Kapitalanleger nach Erlass eines Vorlagebeschlusses bislang davon ausgehen, dass es sicher zu einem Musterverfahren kommen wird und die sie potenziell treffenden Prozesskostenrisiken entsprechend kalkulieren. Nach dem Regierungsentwurf kann das Oberlandesgericht die Eröffnung des Musterverfahrens nun jedoch wegen fehlender Sachdienlichkeit der Feststellungsziele ablehnen, § 9 Abs. 4 KapMuG-RegE. Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Konnte sich das Landgericht bislang durch Erlass eines Vorlagebeschlusses eine erhebliche Arbeitsbelastung ersparen und tausende Verfahren durch entsprechende Bündelung am Oberlandesgericht einer Klärung zuführen, liegt es nun im Ermessen des Oberlandesgerichts, ob es diese Bündelung und die hiermit verbundene Arbeit annimmt oder die Verfahren wegen fehlender Sachdienlichkeit wieder zurück an das Landgericht gibt. Kritisch ist, dass der ablehnende Beschluss des Oberlandesgerichts unanfechtbar sein soll.

Die für die Nichteröffnung des Musterverfahrens zentrale Frage der Sachdienlichkeit ist im Regierungsentwurf nicht näher definiert. Sie wird lediglich als durch die Rechtsprechung inhaltlich „im Einzelnen“ ausdifferenzierte prozessrechtliche Figur dargestellt. Ohne die Möglichkeit einer rechtlichen Überprüfung des Ablehnungsbeschlusses besteht jedoch die Gefahr, dass das Argument fehlender Sachdienlichkeit genutzt werden kann, um sich der mit einem Musterverfahren verbundenen Arbeitsmehrbelastung zu entziehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits das Landgericht durch unanfechtbaren Beschluss einen Musterverfahrens Antrag zurückweisen kann (§ 3 Abs. 1 KapMuG-RegE). Somit besteht an zwei entscheidenden Schnittstellen die Möglichkeit ein Musterverfahren unanfechtbar zu verhindern. Dies ist aus Sicht von Geschädigten und im Interesse des kollektiven Rechtsschutzes abzulehnen.

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 KapMuG-RegE bestimmt zudem das Oberlandesgericht im Eröffnungsbeschluss die Feststellungsziele des Musterverfahrens anhand der vom Prozessgericht vorgelegten Musterverfahrens Anträge. Die Regelung soll nach dem Regierungsentwurf Ausdruck der in Absatz 1 vorgesehenen Autonomie des Oberlandesgerichts sein, über die Eröffnung des Musterverfahrens und dessen konkrete Reichweite zu entscheiden. Das Oberlandesgericht soll hiernach berechtigt sein, den Gegenstand des Musterverfahrens innerhalb des durch die im Vorlagebeschluss enthaltenen Musterverfahrens Anträge gezogenen Rahmens durch Auswahl nur einzelner Feststellungsziele, durch Kombination mehrerer Feststellungsziele oder deren

Umformulierung des Musterverfahrens so inhaltlich zuzuschneiden, dass das Musterverfahren prozessökonomisch sinnvoll geführt werden kann. Das Oberlandesgericht entscheidet damit nicht nur über das „Ob“ der Durchführung des Musterverfahrens, sondern auch über dessen inhaltliche Reichweite in Gestalt der zu entscheidenden Feststellungsziele.

Damit widerspricht § 9 Abs. 2 Nr. 1 KapMuG-RegE dem Sinn und Zweck des Musterverfahrens grundlegend, wonach die in den Feststellungszielen unterbreiteten Fragen mit Bindungswirkung für die Prozessgerichte in allen bislang nach § 8 Abs. 1 KapMuG ausgesetzten bzw. nunmehr nach § 6 KapMuG-RegE unterbrochenen und sodann nach § 10 Abs. 1 KapMuG-RegE auszusetzenden Verfahren geklärt werden sollen. Der Unterbrechungsentscheidung würde durch eine nachträgliche Abänderung, Aufhebung oder Ersetzung der Feststellungsziele des Vorlagebeschlusses in unzulässiger Weise die Grundlage entzogen.¹¹

So wäre Klägern, deren Verfahren infolge der Bekanntmachung eines zulässigen Musterverfahrensantrages gemäß § 6 KapMuG-RegE unterbrochen wurde bei Nichtberücksichtigung ihres Feststellungsziels im Eröffnungsbeschluss die Teilnahme am Musterverfahren unumkehrbar verwehrt.

Denn mangels Abhängigkeit von den Feststellungszielen des Musterverfahrens darf das Prozessgericht das Verfahren in diesen Fällen nicht von Amts wegen aussetzen, § 10 Abs. 1 KapMuG-RegE. Der von der Entscheidung des Oberlandesgerichts betroffene Kläger kann die entsprechenden Feststellungsziele auch nicht im Wege eines Erweiterungsantrages zum Gegenstand des Musterverfahrens machen. Dies ist gemäß § 12 Abs. 1 KapMuG-RegE nur den Beteiligten des Musterverfahrens vorbehalten. Die Beteiligtenstellung knüpft wiederum an die Aussetzung des Verfahrens an, § 11 Abs. 4 KapMuG-RegE.

Denkbar ist dieser Fall bspw. im Zusammenhang mit der begehrten Feststellung der Anspruchsberechtigung bestimmter Wertpapiergattungen (bspw. Anleihen oder Derivate) oder in Fällen, in denen die Periode anspruchsberechtigter Wertpapiertransaktionen klägerseits uneinheitlich bewertet wird und das Oberlandesgericht aus Gründen der Sachdienlichkeit lediglich eine verkürzte Schadensperiode zum Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses macht.

Da der Eröffnungsbeschluss gemäß § 9 Abs. 1 KapMuG-RegE mit keinem Rechtsmittel angegriffen werden können soll, kann sich der betroffene Kläger gegen den Ausschluss aus dem Musterverfahren nicht zur Wehr setzen. Vor diesem Hintergrund sollten sowohl der

¹¹ so bereits zutreffend BGH im Musterverfahren gegen die Hypo Real Estate, Beschluss vom 17. Dezember, 2020 - II ZB 31/ 14, WM 2021, 285 Rn. 292.

Eröffnungsbeschluss, als auch die Zurückweisung der Eröffnung des Musterverfahrens Rechtsmitteln unterliegen.

Der Regierungsentwurf lässt im Übrigen die äußerst praxisrelevante Frage offen, wie das Oberlandesgericht die Entscheidung über den Inhalt des Eröffnungsbeschlusses oder die Ablehnung der Eröffnung eines Musterverfahrens ohne Kenntnis der Prozessakten des Ausgangsverfahrens treffen können soll. Auch insoweit besteht folglich akuter Handlungsbedarf.

VI. Neufassung der Kostenregelung im Musterverfahren

Ein wesentlicher Punkt, der vom Regierungsentwurf nicht adressiert wird, im Zuge einer Überarbeitung des KapMuG unseres Erachtens jedoch ebenfalls in den Fokus genommen werden sollte, betrifft die Frage, von wem im Musterverfahren entstandene Kosten in welcher Form zu tragen sind. Bislang sieht das KapMuG vor, dass die dem Musterkläger und den Beigeladenen im erstinstanzlichen Musterverfahren jeweils entstehenden Kosten als Teil der Kosten des ersten Rechtszugs des jeweiligen Ausgangsverfahrens behandelt werden, § 24 KapMuG. Lediglich die gerichtlichen Auslagen des erstinstanzlichen Musterverfahrens wie beispielsweise die Kosten für Übersetzer oder Sachverständige sind nach der Regelung des Gerichtskostengesetzes von allen Beteiligten anteilig zu tragen.

In der Praxis führt dies oftmals zu ungerechten Ergebnissen. So hat beispielsweise in Fällen, in denen Streit über ein von Zeugen behauptetes Zeugnisverweigerungsrecht besteht, bislang derjenige die in diesem Zwischenstreit angefallenen Kosten zu tragen, der das behauptete Zeugnisverweigerungsrecht rügt. In der Praxis sind dies der Musterkläger und/oder der/die Musterbeklagte(n).

Dies führt aus Sicht der Kostentragungspflicht zu Ungerechtigkeiten. Denn stellt das Gericht fest, dass dem Zeugen kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht und der Zeuge aussagen muss, profitieren nicht nur die Parteien, die das Zeugnisverweigerungsrecht gerügt haben, sondern gegebenenfalls neben dem Musterkläger auch sämtliche Beigeladene von der Aussage des Zeugen. Stellt das Gericht hingegen fest, dass dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, trifft die Beigeladenen keine Pflicht zur anteiligen Tragung der dem Zeugen entstandenen Kosten. Diese sind dann im Ergebnis vollständig vom Musterkläger selbst zu tragen.

Dieser Ungerechtigkeit sollte der Gesetzgeber durch eine entsprechende Neufassung der Kostenverteilung im Musterverfahren begegnen. Der Regierungsentwurf greift diese praxisrelevante Problematik (ebenso wie zuvor Referentenentwurf) bislang nicht auf.

VII. Fazit

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass der Gesetzgeber das KapMuG als besondere Verfahrensordnung zu einem sowohl für die Justiz als auch den Individualrechtsschutz effektiven Instrument bei der Bewältigung von Massenverfahren mit kapitalmarktrechtlichem Bezug fortentwickeln und als solches dauerhaft etablieren will.

Trotz des Umstandes, dass die Bundesregierung die am Referentenentwurf geübte Kritik teilweise angenommen hat, ist jedoch zu konstatieren, dass auch der Regierungsentwurf die bislang bestehenden Möglichkeiten deutlich verschlechtert und aus unserer Sicht im Ergebnis zu einer Schwächung des kollektiven Rechtsschutzes in kapitalmarktrechtlichen Angelegenheiten führen dürfte.

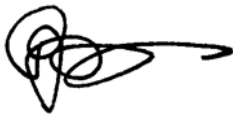
Insbesondere das ausdrücklich verfolgte Ziel einer erheblichen Reduzierung der Zahl der Verfahrensbeteiligten dürfte in der Praxis zu empfindlichen Konsequenzen für geschädigte Kapitalanleger führen. Der Regierungsentwurf geht insoweit unzutreffend davon aus, dass die Anzahl der Beteiligten wesentlichen Einfluss auf die Dauer und Effizienz des Musterverfahrens hat. Die Erfahrung zeigt, dass sich der Großteil der Beigeladenen nicht am Musterverfahren beteiligt, sondern schlicht dessen Ergebnis abwartet. Eine Straffung des Verfahrens lässt sich stattdessen durch eine erhebliche Herabsenkung der Aussetzungsvoraussetzungen erreichen. Die hierdurch zu erreichende Bündelung gleichgerichteter Ansprüche würde eine echte Entlastung für Gerichte und Parteien bedeuten und dazu beitragen, dass sich alle Beteiligten auf das Wesentliche, nämlich die inhaltliche Führung des Musterverfahrens konzentrieren können.

Der Regierungsentwurf läuft in seiner jetzigen Fassung zahlreichen Zielen zuwider, die einst zum Erlass des KapMuG geführt haben. Durch die Abschaffung der Zwangswirkung des KapMuG steht insbesondere zu befürchten, dass die ohnehin schon überlastete Justiz an den Rand der Leistungsfähigkeit gebracht wird. Die nach dem Regierungsentwurf zu erwartende große Anzahl parallel geführter Einzelverfahren dürfte den durch die reduzierte Anzahl Beigeladener erstrebten Effizienzgewinn im Musterverfahren konterkarieren, eine einheitliche Klärung von Tatsachen- und Rechtsfragen verhindern und die Gefahr divergierender Entscheidungen exorbitant erhöhen.

Die Betroffenheit hunderter, oftmals gar (zehn-)tausender Betroffener und potenzieller Beteiligter ist in denjenigen Fällen in denen der Anwendungsbereich des KapMuG eröffnet ist, eher die Regel als die Ausnahme. Der Anspruch an eine Reform des KapMuG sollte daher sein, ein Rechtsschutzinstrument zu entwickeln, das Rechtssuchende in die Lage versetzt, auch (inhaltlich)

komplexe Großverfahren wie in Sachen Volkswagen und Wirecard effizient und möglichst zügig zu führen.

Der vorgelegte Regierungsentwurf wird diesem Ziel nicht gerecht. Er stellt vielmehr eine Verschlechterung bereits bestehender Möglichkeiten dar, wirft den kollektiven Rechtsschutz im kapitalmarktrechtlichen Bereich um Jahre zurück und ist geeignet, den Wirtschafts- und Finanzplatz Deutschland empfindlich und nachhaltig zu schwächen.



Peter Gundermann

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht