

Datum 10.05.2024
Aktenzeichen GU/KapMuG-RegE
Sekretariat Fr. Reutter - Tel.: +49 7121 9090934
sekretariat.gundermann@tilp.de
beA: Peter Gundermann

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung

am 15. Mai 2024 im

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

zum

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG)

BT-Drs. 20/10942

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

I. Zur Frage der Aussetzung des Verfahrens

1. 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 Wirecard¹ 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.²

Auch in der wissenschaftlichen Literatur wird die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lauter. Aus Sicht des an der Humboldt-Universität zu Berlin lehrenden Dozenten 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.³

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“.

¹ 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)

² OLG München, Beschluss vom 19.09.2022 – 8 U 8302/21, NZG 2022, 1632 = NJW-RR 2022, 1563

³ vgl. Klöhn/Zell, Die Aussetzung des Ausgangsverfahrens gem. § 8 KapMuG - warum der XI. Senat seine Rechtsprechung korrigieren muss, ZIP 2024, 321 ff.

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

Wir regen daher an, § 3 Abs. 2 Ziffer 1 KapMuG RegE wie folgt zu formulieren:

„1. die Entscheidung des zugrundeliegenden Rechtsstreits nicht von geltend gemachten Feststellungszielen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abhängen kann.“

Gleiches gilt für die gleichlautenden Formulierungen in den §§ 6, HS 2, 10 Abs. 1 Satz 1, 2. HS, Abs. 2, 2. HS KapMuG RegE. Diese sollten daher lauten:

„.....soweit die Entscheidung des Rechtsstreits von den Feststellungszielen des Musterverfahrens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abhängen kann.....“

2. Beibehaltung der Aussetzung von Amts wegen geboten

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“⁴ 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.

⁴ Vgl. Vorwerk/Wolf/Fullenkamp (2007), § 7 KapMuG a.F. Rdn. 1 zur funktionsgleichen Vorgängervorschrift im KapMuG 2005

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.

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 materiell-rechtlichen Gesetzesänderungen verringern. Die Aufweichung der Zwangswirkung des KapMuG ist zur Beschleunigung der Musterverfahren weder erforderlich noch geeignet.

II. Verbot der Verfahrenstrennung vor Aussetzungsentscheidung

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

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.

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.

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 abstrakte Abhängigkeit von den Feststellungszielen des Musterverfahrens zu bejahen ist. Erforderlich ist hierfür die positive Regelung einer vorrangigen Abhängigkeitsprüfung vor Erlass einer Trennungsentscheidung.

Es wird deshalb angeregt, in § 10 Abs. 1 KapMuG RegE, sollte dieser in dieser Form bestehen bleiben, einen Satz 3 einzufügen und wie folgt zu formulieren:

„(1).....Eine Auftrennung von Klagen im Ausgangsverfahren nach § 145 ZPO ist vor einer Entscheidung nach den Sätzen 1 und 2 ausgeschlossen.“

Es wird weiter angeregt, in § 10 Abs. 2 KapMuG RegE, sollte dieser in dieser Form bestehen bleiben, ebenfalls einen Satz 3 einzufügen und wie folgt zu formulieren:

„(2).....Eine Auftrennung von Klagen im Ausgangsverfahren nach § 145 ZPO ist vor einer Entscheidung nach Satz 1 ausgeschlossen.“

Allenfalls wenn feststeht, dass die abstrakte Abhängigkeit vom Musterverfahren zu verneinen ist, erscheint eine Verfahrenstrennung bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 145 Abs. 1 ZPO gerechtfertigt.

Hilfsweise ist erforderlich, die bisherige Unanfechtbarkeit der Trennungsentscheidung abzuschaffen und den von einer solchen Entscheidung betroffenen Klägern in § 145 ZPO das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegen den Trennungsbeschluss mit aufschiebender Wirkung zur Verfügung zu stellen, da mit der Gerichtskostenanforderung (nach Auftrennung) vom Prozessgericht vollendete Tatsachen geschaffen werden.

III. 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 wird, 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. Musterklägervorteiler. Derjenige, der (vor-) schnell klagt und entsprechende Musterverfahrensanträge 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 Musterverfahrensantrages ergeht, haben an der Musterklägerstellung interessierte Kläger nur ein vergleichsweise kleines Zeitfenster, um ihrerseits Klage zu erheben und entsprechende Musterverfahrensanträge zu stellen. Da das Prozessgericht für die Bekanntmachung zulässiger Musterverfahrensanträge 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 Musterverfahrensanträge, die zum Zeitpunkt des Erlasses des Vorlagebeschlusses noch nicht bekannt gemacht wurden, als unzulässig zu verwerfen ist, muss sich ein Kläger binnen weniger Wochen nach Bekanntmachung des ersten Musterverfahrensantrags für die Erhebung einer Klage entscheiden, um die Musterklägerposition 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*“⁵ etablieren, sollte der derzeit vorgesehene begrenzte Kreis potenzieller Musterkläger deshalb aufgegeben und erheblich erweitert werden.

Es wird daher angeregt, in den Auswahlkriterien des § 9 Abs. 3 KapMuG RegE zu regeln, dass das Gericht vorrangig die Bestimmung institutioneller Kläger zum Musterkläger in Erwägung zu ziehen hat, um ein Musterverfahren auf Augenhöhe führen zu können. Dies könnte z.B. durch eine Ergänzung eines Satzes 2 in § 9 Abs. 3 Ziffer 1 geregelt werden:

„...Es wird vermutet, dass klagende Unternehmen, die mehr als 10 Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz oder Jahresbilanz 2 Millionen Euro übersteigt, besonders geeignet sind.“

⁵ so Bundesjustizminister Dr. Marco Buschmann in seiner Pressemitteilung vom 28. Dezember 2023 zum Referentenentwurf

Dem Gericht sollte zudem die Bestimmung eines geeigneteren Musterklägers auch noch nachträglich ermöglicht werden, z.B. indem auf Antrag eines Beigeladenen eine Auswechslung eines insoweit „vorläufigen“ Musterklägers nach § 11 Abs. 5 KapMuG RegE geregelt wird.

§ 11 Abs. 5 KapMuG RegE könnte daher wie folgt lauten:

„Das Oberlandesgericht kann den Musterkläger auf Antrag eines Beigeladenen aus erheblichen Gründen abberufen und einen neuen Musterkläger nach § 9 Abs. 3 bestimmen, wenn

*Ziffer 1: der Musterkläger das Musterverfahren nicht angemessen führt. oder
Ziffer 2: ein nach den Kriterien des § 9 Abs. 3 Ziffer 1 Satz 2 i.V.m. Ziffer 3 KapMuG RegE geeigneterer Musterkläger Verfahrensbeteiligter wird.“*

IV. 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 § 1782⁶ 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:

⁶ „Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals“

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.⁷

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.⁸

Diese Konstellation gilt auch in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, wo Geschädigte regelmäßig einer für sie nicht einsehbaren Organisationsstruktur gegenüberstehen.

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

Der nationale Gesetzgeber würde damit auch dem generell geltenden europarechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz genügen.

Dies fördert zudem nicht nur das Vorliegen materiell-rechtlich richtiger Entscheidungen, sondern erhöht auch den Druck auf die Parteien, somit auch die Möglichkeit zeitnäherer Einigungen. Dies wird das Musterverfahren und somit auch den Kapitalmarktstandort Deutschland insgesamt wesentlich attraktiver machen.

Es wird daher vorgeschlagen, nach § 14 KapMuG RegE („Allgemeine Verfahrensregeln“) einen neuen § 14 a KapMuG einzufügen und dort einen Anspruch auf Herausgabe von

⁷ 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.

⁸ Hempel, in: BeckOK Kartellrecht, Bacher/Hempel/Wagner-von Papp, 4. Edition, Stand: 01.04.2022, § 33 g GWB, Rn. 1

Beweismitteln im Musterverfahren zu verankern. Ggf. könnte eine Evaluierung nach 5 Jahren vorgesehen werden.

Mit der Modifizierung, dass es hier um Beweismittel geht, die für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 1 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes oder eines Anspruchs nach § 1 Absatz 1 Nummer 3 des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes oder eines Anspruchs nach § 1 Absatz 1 Nummer 4 des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes erforderlich sind, könnte man sich hier am Wortlaut des § 33 g GWB orientieren:

„ § 14 a

(1) Wer im Besitz von Beweismitteln ist, die für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 1 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes oder eines Anspruchs nach § 1 Absatz 1 Nummer 3 des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes oder die für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 1 Absatz 1 Nummer 4 des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes erforderlich sind, ist verpflichtet, sie an den Musterkläger oder einen Beigeladenen 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.

(2) Wer im Besitz von Beweismitteln ist, die für die Verteidigung gegen einen auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 1 Abs. 1 Nummer 1 und 2 des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes oder eines Anspruchs nach § 1 Abs. 1 Nummer 3 des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes oder die für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 1 Absatz 1 Nummer 4 des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes erforderlich sind, ist als Musterkläger oder Beigeladener verpflichtet, sie an die Musterbeklagte herauszugeben, gegen den ein Rechtsstreit über den Anspruch nach Absatz 1 rechtshängig ist, wenn dieser die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist.

(3) Die Herausgabe von Beweismitteln nach den Absätzen 1 und 2 ist ausgeschlossen, soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist. Bei der Abwägung sind insbesondere zu berücksichtigen:

- 1. in welchem Umfang der Antrag auf zugängliche Informationen und Beweismittel gestützt wird,*
- 2. der Umfang der Beweismittel und die Kosten der Herausgabe, insbesondere, wenn die Beweismittel von einem Dritten verlangt werden,*

3. der Ausschluss der Ausforschung von Tatsachen, die für den Anspruch nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 oder für die Verteidigung gegen diesen Anspruch nicht erheblich sind,

4. der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und sonstiger vertraulicher Informationen und welche Vorkehrungen zu deren Schutz bestehen.

Das Interesse desjenigen, gegen den der Anspruch nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 geltend gemacht wird, die Durchsetzung des Anspruchs zu vermeiden, ist nicht zu berücksichtigen.

(4) Die Herausgabe von Beweismitteln nach den Absätzen 1 und 2 kann verweigert werden, soweit der Besitzer in einem Rechtsstreit über einen Anspruch nach § 1 Abs. 1 Nummer 1 bis 4 des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes gemäß § 383 Nr. Absatz 1 Nummer 4 bis 6 oder gemäß § 384 Nummer 3 der Zivilprozessordnung zur Zeugnisverweigerung berechtigt wäre.

(5) Macht der nach Absatz 1 oder Absatz 2 Verpflichtete zu der Herausgabe der Beweismittel Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, kann er von dem anderen Teil den Ersatz dieser Aufwendungen verlangen.

(6) Erteilt der Verpflichtete nach Absatz 1 oder 2 die Auskunft vorsätzlich oder grob fahrlässig falsch, unvollständig oder gar nicht oder gibt er Beweismittel vorsätzlich oder grob fahrlässig fehlerhaft, unvollständig oder gar nicht heraus, ist er dem Anspruchsteller zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(7) Die von dem Verpflichteten nach den Absätzen 1 und 2 erteilten Auskünfte oder herausgegebenen Beweismittel dürfen in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten wegen einer vor der Erteilung der Auskunft oder der Herausgabe eines Beweismittels begangenen Tat gegen den Verpflichteten oder gegen einen in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen nur mit Zustimmung des Verpflichteten verwertet werden. Dies gilt auch, wenn die Auskunft im Rahmen einer Zeugen- oder Parteivernehmung erteilt oder wiederholt wird. Die Sätze 1 und 2 finden keine Anwendung in Verfahren gegen Unternehmen.⁹

V. Neuregelung der Anmeldung in § 13 Abs. 1 KapMuG RegE geboten

Die Anmeldung ist gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 KapMuG RegE (nur) binnen sechs Monaten ab Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses möglich. Je nach Fallgestaltung kann diese Frist zu spät beginnen, so dass die Verjährung der betreffenden Ansprüche bereits eingetreten ist, oder

⁹ Siehe auch Formulierungsvorschlag Reuschle in seiner Stellungnahme zur Anhörung

auch zu kurz laufen, wenn einzelne Anleger sich nicht rechtzeitig zur Anmeldung durchbringen können.

Im Gesetz zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucherrechten (VDuG) hingegen ist die Anmeldung erheblich großzügiger gestaltet: in der Praxis besonders wichtig – sie wirkt hinsichtlich der Verjährungshemmung zurück auf den Zeitpunkt der Erhebung der Verbandsklage (§ 204a Abs. 1 BGB).¹⁰ Im Gegensatz dazu entfaltet die KapMuG-Anmeldung ihre verjährungshemmende Wirkung erst mit Zustellung der Anmeldung (§ 204 Abs. 1 Nr. 6a BGB).

Endet die Anmeldefrist somit erst nach Ablauf der Verjährungsfrist, hätte eine Anmeldung nach Ablauf der Verjährungsfrist, aber noch innerhalb der Anmeldefrist keine verjährungshemmende Wirkung mehr.

Es wird daher vorgeschlagen, eine Angleichung im KapMuG vorzunehmen und z.B. durch Änderung des § 204 Abs. 1 Nr. 6 a BGB oder Einführung eines neuen § 204 b BGB eine auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung des Vorlagebeschlusses oder einen anderen zu definierenden früheren Zeitpunkt bezogene rückwirkende Verjährungshemmung zu regeln.¹¹ So könnte der aus der drohenden Verjährung entstehende Anreiz für weitere Klageerhebungen verringert werden.

VI. 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 verschlechtert und aus unserer Sicht im Ergebnis zu einer Schwächung des kollektiven Rechtsschutzes in kapitalmarktrechtlichen Angelegenheiten führt.

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,

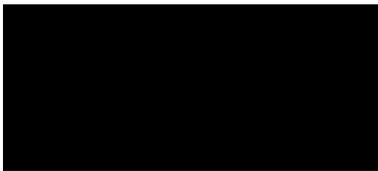
¹⁰ Vgl. auch Halfmeier, in: ZBB 2024, 85 ff.

¹¹ Vgl. auch Halfmeier, in: ZBB 2024, S. 85 ff.

sondern schlicht dessen Ergebnis abwartet. Eine Straffung des Verfahrens lässt sich stattdessen durch eine erhebliche Herabsetzung 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.

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 für den Einzelnen hiermit ebenfalls verbundene Erhöhung des Kostenrisikos führt zu einer Verschlechterung des individuellen Rechtsschutzes. Letztlich dürfte der Regierungsentwurf dazu führen, dass sich zahlreiche Anleger künftig gegen die gerichtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche entscheiden.



Peter Gundermann

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht