



An den
Deutschen Bundestag
– Rechtsausschuss –
Berlin

Prof. Dr. Axel Halfmeier LL.M.

Professor für Bürgerliches Recht,
Rechtsvergleichung sowie internatio-
nales Privat- und Verfahrensrecht

Leuphana Universität Lüneburg
Institut für Wirtschaftsrecht
Wilschenbrucher Weg 69
21335 Lüneburg

Fon 04131.677-7925
Fax 04131.677-7911
halfmeier@leuphana.de

www.leuphana.de

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung
im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 25. April 2012**

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes
(BT-Drs. 17/8799)**

1. Ausgangssituation

Der Deutsche Bundestag hat in diesem Jahr über die Reform und Entfristung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG) zu entscheiden. Bei dieser Entscheidung über die Fortentwicklung des kollektiven Rechtsschutzes handelt es sich aber nicht um ein isoliertes, verfahrenstechnisches oder gar rein deutsches Phänomen. Vielmehr beschäftigen sich derzeit zahlreiche Parlamente unserer Nachbarstaaten sowie der gesamten Europäischen Union mit ähnlichen Fragen. So haben u. a. die Niederlande, Dänemark, Schweden, Polen und Italien bereits Gruppenklagen oder andere Formen von Kollektivverfahren in unterschiedlicher Weise in ihr Zivilverfahrensrecht integriert; in anderen EU-Staaten und auf der Ebene der Europäischen Union selbst wird intensiv über die Ausgestaltung solcher Verfahren diskutiert.

Vor diesem Hintergrund kann sich die Reform des KapMuG nicht nur mit technischen Einzelheiten beschäftigen, sondern sie muss als Gelegenheit begriffen werden, das KapMuG zu einem möglichst effizienten System des kollektiven Rechtsschutzes fortzuentwickeln und dabei die Entwicklungen in unseren Nachbarstaaten zu reflektieren und ggf. aufzugreifen.



Dabei ist zunächst die Frage zu beantworten, was als Qualitätsmaßstab für ein in diesem Sinne effizientes verfahrensrechtliches Instrument gelten soll. In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist man sich weitgehend darüber einig, dass das KapMuG und andere Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im wesentlichen zwei Funktionen erfüllen sollen, die man mit den Begriffen Verfahrensabwicklungsfunktion einerseits und Rechtsdurchsetzungsfunktion andererseits beschreiben kann. Auch das KapMuG war bei seiner Schaffung u. a. auf die Erfüllung dieser beiden Hauptfunktionen ausgerichtet (vgl. BT-Drs. 15/5091, 16 f.).

Die Verfahrensabwicklungsfunktion des kollektiven Rechtsschutzes besteht darin, dass Fälle mit einer Vielzahl erhobener Klagen – paradigmatisch insoweit die Prospekthaftungsklagen gegen die Deutsche Telekom – effizient, zügig und kostengünstig von der Justiz abgearbeitet werden können.

Die Rechtsdurchsetzungsfunktion zielt darüber hinaus jedoch darauf ab, auch solche Fälle zum potentiellen Gegenstand eines justizförmigen Verfahrens zu machen, die im traditionellen Modell des individuellen Zivilverfahrens aufgrund bestimmter Randbedingungen – insbesondere den Kostenrisiken und sonstigen Zugangsschranken zur Justiz – sowie ggf. einer daraus resultierenden "rationalen Apathie" der Anspruchsinhaber gar nicht geltend gemacht werden. Damit sollen auf Seiten der potentiellen Beklagten zusätzliche Anreize zu rechtskonformem (und damit z. B. im Bereich des Kapitalmarktinformationsrechts auch volkswirtschaftlich effizientem) Verhalten gesetzt werden.

In der Realität des nun seit über sechs Jahren geltenden KapMuG zeigt sich allerdings, dass dieses Gesetz vor allem die Verfahrensabwicklungsfunktion im Blick hatte und dass auch diese noch deutlich verbesserungsfähig ist, wie die zahlreichen Verbesserungsvorschläge des vorliegenden Entwurfs zeigen. Die zugleich beabsichtigte Rechtsdurchsetzungsfunktion hat das Gesetz jedoch nicht in nennenswertem Maße erfüllen können, so dass auch in diesem Bereich jetzt nachgebessert werden sollte.

2. Stellungnahme zu einzelnen Vorschriften des KapMuG-Entwurfes

Die folgenden Ausführungen können den Gesetzentwurf nicht in seiner ganzen Komplexität würdigen, sondern beschränken sich auf diejenigen Punkte, die vor dem Hintergrund der oben skizzierten Ausgangslage besonders wichtig sind.



a) Anwendungsbereich (§ 1 KapMuG-E)

Die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs des Gesetzes im wesentlichen auf das Kapitalmarktdeliktsrecht ist ein historischer Zufall und ein deutscher Sonderweg. Er ist nur durch den seit 2002 im Telekom-Prospekthaftungsprozess entstandenen Abwicklungsdruck zu erklären. Aus Sicht eines objektiven Beobachters ist diese Beschränkung aber gänzlich irrational: Es ist nicht nachzuvollziehen, warum gerade Kapitalanlegern bevorzugte Bedingungen bei der Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Ansprüche eingeräumt werden und warum dies nicht auch für andere Massenphänomene gelten soll. Verallgemeinerbare Feststellungsziele gibt es auch in zahlreichen anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Verbraucherschutzrecht, im Kartellrecht oder im zivilrechtlichen Schutz gegen Immissionen. Warum in Deutschland zehntausend enttäuschte Aktionäre ein gemeinsames Musterverfahren durchführen dürfen, nicht aber zehntausend unrechtmäßig behandelte Versicherungsnehmer (z. B. wegen ein und derselben unwirksamen AGB-Klausel), ist objektiv nicht nachvollziehbar. Eine derartige Engführung des kollektiven Rechtsschutzes mit Spezialbehandlung einzelner Gruppen von Anspruchsinhabern kennen auch die Verfahrensrechte unserer Nachbarstaaten nicht.

Insoweit ist die im vorliegenden Entwurf vorgesehene bescheidene Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Ansprüche wegen Vertragsverletzung bezüglich der Verwendung oder mangelnden Aufklärung über öffentliche Kapitalmarktinformationen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG-E) zwar zu begrüßen, bleibt aber unzureichend.

b) Aussetzung (§ 8 KapMuG-E)

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme im Anschluss an die bisherige BGH-Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des KapMuG kritisch darauf hingewiesen, dass bei einer Ausweitung des Anwendungsbereichs einem Anspruchsteller möglicherweise unerwünschte Verzögerungen seines Verfahrens drohen, wenn dieser – z. B. wegen des Zusammenhangs seines Anspruchs mit einem angeblichen Prospektfehler – zwangsweise (§ 8 KapMuG-E) in ein unter Umständen gar nicht erwünschtes Musterverfahren gedrängt wird.

Damit legt der Bundesrat ein Grundproblem des KapMuG offen, nämlich seinen Zwangscharakter. Dieser ist in der internationalen rechtsvergleichenden Diskussion zum kollektiven Rechtsschutz eine absolute Ausnahme und findet sich soweit ersichtlich nur in Deutschland. Allgemein unter-



scheidet man in der einschlägigen internationalen Diskussion "opt-out" und "opt-in"-Modelle von Gruppenverfahren: Damit ist gemeint, dass die mit entsprechenden Rechtswirkungen verbundene Mitgliedschaft in der vom Verfahren betroffenen Gruppe entweder kraft der richterlichen Entscheidung über das Verfahren entsteht und ein Mitglied nur durch ausdrückliche Erklärung austreten kann ("opt-out" wie z. B. in den Niederlanden), oder dass diese Mitgliedschaft erst durch ausdrückliche Erklärung des Betroffenen herbeigeführt wird ("opt-in" wie z.B. in Schweden). Dagegen zwingt § 7 KapMuG (im Entwurf § 8 KapMuG-E) sämtliche betroffene Kläger in das Musterverfahren und lässt kein Austrittsrecht zu.

Auch diese Regelung ist wohl nur historisch damit erklärbar, dass das Telekom-Verfahren möglichst einheitlich und – so hoffte man damals – zügig abgeschlossen werden sollte. Sie müsste aber noch einmal überdacht werden. Eine Angst vor massenhaften Austritten aus dem Musterverfahren erscheint unbegründet. Käme es wirklich zu ihnen, so wäre dies immerhin ein Indiz dafür, dass das KapMuG weiterer Überarbeitung bedürfte.

c) Beteiligte des Musterverfahrens (§ 9 KapMuG-E) und Einführung der einfachen Teilnahme

Sowohl der Bundesrat wie auch die Bundesregierung haben sich für eine Prüfung der Möglichkeit ausgesprochen, einem Anspruchsteller die Beteiligung am Musterverfahren und an dessen Wirkungen zu ermöglichen, ohne dass dieser – wie bisher – eine förmliche Klage wegen seines individuellen Anspruchs erheben muss. Diese Bemühungen sind mit Nachdruck zu unterstützen, weil nur so die eingangs angesprochene Rechtsdurchsetzungsfunktion des KapMuG verbessert werden kann. Es ist empirisch belegt, dass der mit einer Klage verbundene Aufwand sowie das entsprechende Kostenrisiko die entscheidenden Faktoren sind, die zur "rationalen Apathie" von Geschädigten führen. Auch wenn die betragsmäßige Grenze je nach Berechnungsmodus und individueller Risikoneigung variiert, so steht doch fest, dass es auch bei durchschnittlichen Erfolgsaussichten und ggf. mehreren Tausend Euro Schaden unter Umständen schlichtweg nicht rational ist, eine Klage zu erheben. Dies wiederum führt zu volkswirtschaftlich unerwünschten Fehlsteuerungen, z. B. deutlich verringerten Anreizen zu rechtskonformem Verhalten bei Aktiengesellschaften mit vielen Kleinaktionären im Verhältnis zu solchen mit wenigen Großaktionären.

Schon dies spricht für eine niedrighschwellige Zugangsform zum Musterverfahren. Hinzu kommt die internationale Anschlussfähigkeit: Derzeit wird das KapMuG international eher als überkomplexes und schwerfälliges Verfahren wahrgenommen. Mit der Einführung einer "einfachen Teilnahme" (im



Anschluss an den in der Literatur vorgeschlagenen Begriff) könnte das KapMuG eher in Richtung einer opt-in-Gruppenklage fortentwickelt werden, die ja bereits in vielen Ländern erfolgreich praktiziert wird und auch eher dem derzeitigen Diskussionsstand auf EU-Ebene entspräche.

Bezüglich der Einführung einer solchen "einfachen Teilnahme" sind in der Literatur schon zahlreiche Vorschläge entwickelt worden, die sich stichwortartig in folgenden Anforderungen zusammenfassen lassen:

Das Teilnahmeverfahren sollte möglichst einfach sein, zur Kostensenkung auch ohne Anwaltszwang und mit einem im Vergleich zur ordentlichen Klageerhebung reduzierten Gerichtskostenvorschuss. Die einfache Teilnahme müsste vor allem die Verjährung hemmen sowie an den Wirkungen des Musterverfahrens partizipieren, sei es bei Beendigung durch Vergleich (§§ 17 ff. KapMuG-E) oder durch Musterentscheid (§ 16 KapMuG-E).

Zugleich sind aber Vorkehrungen gegen die *free rider*-Problematik zu treffen, d. h. das Kostenrisiko der einfachen Teilnehmer sollte zwar reduziert, aber nicht gänzlich aufgehoben sein. Allerdings ist ein gewisses *free rider* (oder zumindest *less expensive rider*) - Verhalten gerade erwünscht, um die oben dargestellte Rechtsdurchsetzungsfunktion zu gewährleisten.

Im Vergleich zu den anderen Beteiligten des Musterverfahrens könnten dem "einfachen Teilnehmer" deutlich weniger Verfahrensrechte gewährt werden. Diese schwächere Rechtsstellung würde zur Entlastung der Justiz in Massenverfahren beitragen und fände ihre Rechtfertigung darin, dass die einfache Teilnahme ja freiwillig (und durchaus rational) im Vertrauen auf die ordentliche Prozessführung durch den Musterkläger (und seinen Prozessvertreter) gewählt wurde, und dass die Alternative der ordentlichen Klageerhebung für jeden Anspruchsteller gegeben ist.

Bei der genauen Ausgestaltung der Vorschriften über die einfache Teilnahme gibt es zwei naheliegende Möglichkeiten: Der Gesetzgeber könnte die zahlreichen Regelungs- und Formulierungsvorschlägen in der rechtswissenschaftlichen Literatur aufnehmen (z. B. die Anlehnung der Kostenregelung an die Kosten im Mahnverfahren); er könnte sich aber auch an erfolgreich eingeführten Modellen in anderen EU-Mitgliedstaaten orientieren. Immerhin hat die Bundesregierung mit dem opt-out-Vergleich (§§ 17 ff. KapMuG-E) ja bereits ein Element aus den Niederlanden – in veränderter und abgeschwächter Form, s. dazu sogleich unten – übernommen. Im Bereich der einfachen



Teilnahme am Musterverfahren wäre insbesondere eine Anlehnung an die erfolgreich praktizierten Regelungen zur opt-in-Gruppenklage in Skandinavien denkbar.

Insbesondere das dänische Recht käme hier als Modell für die "einfache Teilnahme" in Betracht: Dort gibt es seit 2008 eine opt-in-Gruppenklage mit einem sehr weiten Anwendungsbereich, die nach Auskunft des dänischen Verbraucherombudsmanns bisher in dem Sinne erfolgreich praktiziert wurde, dass es zwar nicht zu einer Klageflut kam, dass aber einige gut begründete (und nach seiner Einschätzung auch durchaus legitime) Fälle im opt-in-Verfahren vor Gericht gebracht wurden. Die Kostentragung durch die "opt-in"-Teilnehmer ist in Dänemark so geregelt, dass das Gericht einen fixen Betrag festsetzt, der von dem beitretenden Anspruchsteller eingezahlt werden muss. Dieser Betrag begrenzt zugleich das Kostenrisiko des beitretenden Anspruchstellers, indem dieser auch im Falle des Unterliegens nicht zu einer darüber hinaus gehenden Kostenerstattung herangezogen werden kann. Diese Regelung wird in der dänischen Literatur als Stärke des Gruppenverfahrens gewertet, da dem Teilnehmer sein mit dem Beitritt verbundenes Kostenrisiko von Anfang an bekannt ist.

Insgesamt ist festzuhalten, dass für die "einfache Teilnahme" am Musterverfahren zahlreiche Ausgestaltungen denkbar sind, die sich an den oben dargestellten Anforderungen orientieren. Wichtig wäre aber, diesen seit langem erörterten Schritt zur Effektivierung des KapMuG nun auch zu gehen, da sonst die schon 2005 beabsichtigte Verstärkung der Rechtsdurchsetzungsfunktion im Kapitalmarktrecht weiterhin nicht in ausreichendem Maße erfüllt werden kann.

d) Einführung des Opt-out-Vergleichs (§§ 17 ff. KapMuG-E)

Die von der Bundesregierung vorgesehene Einführung eines gerichtlich zu genehmigenden opt-out-Vergleichs ist zu begrüßen und entspricht zahlreichen Vorschlägen in der Literatur. In den Niederlanden konnten seit 2005 mit einem Opt-out-Vergleichsmechanismus nach dem *Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade* (WCAM) mehrere Fälle auch kapitalmarktrechtlicher Art erfolgreich und vergleichsweise zügig beendet werden. Die Niederlande haben es damit geschafft, erstmals – und zwar nicht nur aus Sicht der Wissenschaft, sondern vor allem aus Sicht der beteiligten Akteure (wie z. B. große Anwaltskanzleien, Unternehmen und institutionelle Anleger) – eine tatsächlich funktionierende europäische Alternative zur US-amerikanischen Sammelklage und den mit ihr verbundenen Problemen und Eigenarten aufzubauen. Umso wichtiger wäre es, dass auch der deut-



sche Justizstandort hier ein vernünftiges Angebot zur einvernehmlichen Streitbeilegung machen könnte.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass §§ 17 ff. KapMuG-E sich in einem gravierenden Punkt vom niederländischen Modell unterscheiden: In den Niederlanden wirkt der gemäß WCAM gerichtlich genehmigte Vergleich für sämtliche Mitglieder der im Vergleich beschriebenen Gruppe, d. h. unabhängig davon, ob diese bereits eine Klage erhoben haben oder nicht. Im System des KapMuG, das sich bisher nur mit der Abwicklung bereits erhobener Klagen beschäftigt, wirkt der Vergleich dagegen nur für die Beteiligten des Musterverfahrens (§ 23 Abs. 1 KapMuG-E), d. h. solche Anspruchsteller, die bereits Klage erhoben haben. Im Vergleich zum WCAM ist der vorgeschlagene KapMuG-Vergleich damit von deutlich geringerer Wirkungskraft und damit für die betroffenen Akteure jedenfalls potentiell weniger attraktiv. Auch dieser Aspekt zeigt die Bedeutung eines erleichterten Verfahrenszugangs: Wenn die Teilnahme am Musterverfahren im oben skizzierten Sinne niedrigschwelliger ausgestaltet wäre, könnte sich auch die mögliche Wirkungskraft eines Vergleichs und damit die Attraktivität des KapMuG im Wettbewerb der Justizstandorte deutlich erhöhen.

e) Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde (§ 20 KapMuG-E)

Der Gesetzentwurf sieht vor, die bisher geltende unwiderlegliche Vermutung der grundsätzlichen Bedeutung der Sache und damit der Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde zum BGH (bisher § 15 Abs. 1 Satz 2 KapMuG) aufzuheben und statt dessen die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Rechtsbeschwerde anzuwenden (§ 574 ZPO). Dagegen sind von anwaltlicher Seite ernstzunehmende Einwände vorgebracht worden. Insbesondere wird mit Recht darauf hingewiesen, dass entgegen der Ausführungen in der Entwurfsbegründung (BT-Drs. 17/8799, S. 25) möglicherweise doch eine "weitergehende" Überprüfung der Feststellungen des Musterentscheids im Vergleich zu einem Berufungsurteil sinnvoll erscheint, weil nämlich beim Musterentscheid ja gerade die ansonsten im Berufungsverfahren mögliche Kontrolle von Verfahrensfehlern wegfällt.

Der im Gesetzentwurf implizit enthaltene Wunsch nach Beschleunigung des KapMuG-Verfahrens und Entlastung des Bundesgerichtshofs ist begrüßenswert. Allerdings hat die bisherige KapMuG-Praxis keine Hinweise darauf erbracht, dass die generelle Zulassung der Rechtsbeschwerde ein wesentlicher Faktor bei der Verfahrensdauer ist. So ist z. B. in dem notorisch längsten KapMuG-Verfahren, dem Frankfurter Telekom-Prozess, bis heute noch gar nicht das Stadium erreicht, in



dem eine Rechtsbeschwerde gegen einen Musterentscheid möglich wäre, sondern die Verzögerungen lagen auf der Ebene des Musterverfahrens selbst. Andererseits gibt es mit dem vor dem OLG Stuttgart geführten Verfahren in Sachen Schrempp-Rücktritt ein Beispiel, indem das Verfahren relativ zügig zum BGH (und zurück) ging, ohne dass dies zu besonderen Verzögerungen geführt hätte. Dies deutet darauf hin, dass die z. T. lange Verfahrensdauer in KapMuG-Sachen nichts mit der generellen Zulassung der Rechtsbeschwerde zu tun hat, sondern andere Ursachen hat (z. B. Prüfung der Aussetzungsvoraussetzungen bei einer Vielzahl von Beteiligten, das Hin und Her zwischen LG und OLG nach bisherigem Recht und das "Nachschieben" von Sachvortrag durch die Parteien). Daher sollte es im Hinblick auf die Rechtsbeschwerde zunächst bei der bisher geltenden Regelung verbleiben.

3. Vorgesehene Änderungen außerhalb des KapMuG (Art. 2 des Gesetzentwurfs)

Hier soll nur auf die Bedeutung von Art. 2 Nr. 2 des Entwurfes hingewiesen werden, mit dem eine Ergänzung des **§ 145 Abs. 1 ZPO** vorgeschlagen wird. Diesem Vorschlag der Bundesregierung sollte aus folgenden Gründen unbedingt gefolgt werden:

Die gegenwärtige Situation bei (behaupteten) Massenschäden ist die, dass das KapMuG-Verfahren nur für einen sehr speziellen Rechtsbereich zur Verfügung steht. Dies wurde oben bereits als inkonsequent kritisiert. Nimmt man aber diese Lage als historisch gewachsen hin, so heißt dies für Anspruchsteller in allen anderen Rechtsbereichen, dass sie (und ihre Anwälte) sich andere Bündlungsformen suchen müssen, um für ihren Rechtsschutz in gewissem Sinne *economies of scale* zu schaffen und sich dadurch effiziente und kompetente Vertretung auf einer der Gegenseite (die häufig solche Skaleneffekte ohnehin hat) vergleichbaren Niveau zu sichern. Zu diesen möglichen Bündlungsformen gehört auch die subjektive Klagehäufung. Sie bringt für die Kläger nicht nur unmittelbare Kostenvorteile durch die degressive Struktur des Gebührenrechts, sondern macht den Fall auch für Anwälte und ggf. Prozessfinanzierer leichter und damit kostengünstiger handhabbar.

Mir sind Berichte aus der Praxis bekannt, in denen Gerichte solche aus Klägersicht sinnvoll zusammengefasste Klagen gemäß § 145 ZPO getrennt haben und damit die Kostenrisiken und den Organisationsaufwand auf der Klägerseite deutlich erhöht haben, bis hin zu dem Punkt, an dem etwa eine Prozessfinanzierung nicht mehr wirtschaftlich darstellbar war. Die vorgeschlagene Änderung dieser Vorschrift lässt solche Trennungen ja weiter zu, fordert jedoch mit der Verzögerungsgefahr einen ausreichend wichtigen Grund. Dies sollte man schon nach geltendem Recht



annehmen, weil das Ermessen des Gerichts (es "kann" trennen) pflichtgebunden ist. Die Praxis zeigt aber, dass hier eine deutliche Klarstellung notwendig ist.

Die Einwände des Bundesrats gegen diesen Vorschlag sind nicht nachvollziehbar. Soweit der Bundesrat auf die richterliche Arbeitsbelastung verweist, so wird diese durch eine Zusammenfassung zahlreicher Klagen nicht vermehrt, sondern die Arbeit wird eher effizienter. Eine ganz andere Frage – aber nicht Gegenstand des hier zu erörternden Gesetzentwurfs – ist, wie man richterliche Arbeitsbelastung misst und wie das "Gewicht" eines Massenverfahrens mit zahlreichen Beteiligten bei der justizinternen Arbeitsverteilung angemessen berücksichtigt werden kann.

Soweit der Bundesrat zusätzlich auf das "Interesse des Justizfiskus" an erhöhten Einnahmen durch Verfahrenstrennung verweist, erscheint dies als eher sachfremde Erwägung. Nähme man sie ernst, so wäre § 145 ZPO je nach Haushaltslage anzuwenden oder man müsste konsequenterweise das seit langem bewährte System der degressiven Gerichtskosten ganz abschaffen, was aber erst recht abwegig wäre.

Lüneburg, 18. April 2012

Halfmeier