

Bericht vom 5. Tag des Bank- und Kapitalmarktrechts in Karlsruhe¹ 20. – 21. November 2008

„Viele Facetten mit einem klaren Focus auf Bankrechtsfragen, die unter den Nägeln brennen“, so fasste ein Teilnehmer des 5. Tages des Bank- und Kapitalmarktrechts im AkademieHotel Karlsruhe Rüppur seinen Eindruck der acht Referate über die zwei Veranstaltungstage zusammen.

Die seit Beginn dieser Veranstaltungsserie im Jahre 2004 steigende Zahl der Teilnehmer auf nunmehr über 230 bei dieser Veranstaltung zeigt das zunehmende Interesse an Bank- und Kapitalmarktrechtsthemen auf Anwaltsseite. Dass dabei nicht nur die aktuelle Krise Triebfeder für die Begeisterung ist, sondern dem ein längerfristiger Trend, sich mit bankrechtlichen Fragen zu beschäftigen, zu Grunde liegen dürfte, kann ruhigen Gewissens unterstellt werden. Ebenfalls macht die Tatsache, dass die Teilnahme an dieser Tagung – und auch in der Zukunft – als Nachweis für die Fortbildung gemäß § 15 FAO für die Fachanwälte gilt, neben der Auswahl ausgewiesener Experten als Referenten diese Tagung zum Magneten.

Auch von Seiten der Börsenzeitung, die sich mit einer Sonderausgabe zu zahlreichen Themen als Verlagsbeilage äußerte, wurde der Beweis angetreten, dass die Arbeitsgemeinschaft Bank- und Kapitalmarktrecht im fünften Jahr ihres Bestehens auf dem besten Wege ist, auch außerhalb der reinen Anwaltschaft Anerkennung zu finden.

Überblick zur BGH-Rechtsprechung im Bankrecht der vergangenen zwei Jahre

Den Reigen der Vorträge am Donnerstag Nachmittag eröffnete Prof. Dr. Johannes Köndgen (Bonn) mit einem Überblick zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in den Jahren 2007 und 2008 und nahm dabei ebenfalls einen Blick über den nationalen Tellerrand zum Europäischen Gerichtshof. Im Zahlungsverkehr der Banken – immerhin ein Massengeschäft mit erheblichen Dimensionen – wurden Warnpflichten der Banken auch für Kunden anderer Kreditinstitute postuliert und Haftungsfragen bei Kapitalanlagen haben weiterhin Hochkonjunktur, wie der Vortrag an Hand von sieben Entscheidungen deutlich werden ließ. Höchstrichterliche Ausführungen sind zur Frage der Anwendbarkeit des Musterfeststellungsverfahrens zu hören gewesen und die „unendliche Geschichte“ der Schrottimmobilien erhielt weitere Folgeentscheidungen. Die zentralen aktuellen Fragen zu den Vertretergeschäften, dubiosen Vollmachten von Vertretern und den Heilungsmöglichkeiten wurden mit mehreren Entscheidungen belegt, ebenso wie die Aufklärungspflichten der Banken, wobei die Dogmatik nicht immer Richtschnur der Entscheidungen war, so die Einschätzung des Referenten.

Wie werthaltig Sicherheiten sind, die der Bank im Krisenfall zur Verfügung stehen, wird sich vor allem in der Insolvenz des Bankkunden beweisen. So erweisen sich die vor allem vom Insolvenzrechtssenat getroffenen und referierten Entscheidungen im Kern als Mühlstein für die Kreditinstitute. Verrechnungen auf Bankkonten in der zeitlichen Nähe der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterliegen in den meisten Fällen der Anfechtung, das gleiche gilt in den meisten Fällen für Belastungsbuchungen von Kontokorrentkonten mit Lastschriften. Banken sind in dieser Situation gefragt, ihr Sicherheitendepot zu überprüfen.

¹ Veröffentlicht auf der Internetseite der Arbeitsgemeinschaft Bank- und Kapitalmarktrecht im Deutschen Anwalt Verein <http://www.bankundkapitalmarkt.de/veranstaltungsarchiv/5.-tag-des-bank-und-kapitalmarktrechts-in-karl-2.html>

Renditen - und was nach der Steuer übrig bleibt

Die trockene, jedoch interessante Kost des Steuerrechts bot Prof. Dr. Joachim Bloehs (Stuttgart) an. So wurde zunächst der die Banken betreffende Sektor betrachtet und sodann die Steuerfrage beim Bankkunden gestellt.

Nach kurzer Analyse der ertragsteuerlichen Lage bei den Geldhäusern wurde die zunehmende Bedeutung der Umsatzsteuer an Hand einiger Problemfelder aufgezeigt, wobei es bei dem Grundsatz der umsatzsteuerlichen Steuerfreiheit der Banken gemäß § 4 Nr. 8 UStG bleibt. Bei den an Banken als Sicherheit abgetretenen Forderungen ist die Haftung gemäß § 13 c UStG zu beachten, die den Umsatzsteuerteil abgetretener Forderungen betrifft, und damit eine solche Forderung um den Umsatzsteuersatzbetrag „entwertet“. Werden sicherungsübereignete Gegenstände von der Bank verwertet, führt dieses zu einem Doppelumsatz bei den Banken, weil die Gegenstände zum einen an die Bank übereignet werden, ohne dass Vorsteuer in Ansatz gebracht werden kann, und beim Veräußerungsvorgang fällt naturgemäß gleichfalls Umsatzsteuer an. Im Fall der Verwertung der sicherungsübereigneten Gegenstände durch den Sicherungsgeber im eigenen Namen, aber für Rechnung der Bank führt im Ergebnis zum Dreifachumsatz.

Vermögensverwalterentgelte sind umsatzsteuerbefreit und ebenso bankähnliche Leistungen. Bank- und Kapitalmarktprodukte sind oftmals steuerdeterminiert und versuchen unter Ausnutzen von Steuervorschriften dem Bankkunden eine möglichst hohe Nettorendite zu verschaffen. Hier lag der Brennpunkt des Vortrags – man kann schon fast sagen: erwartungsgemäß – bei der Abgeltungsteuer, die im Jahre 2009 ihren Einzug halten wird. Dem Vorteil eines einheitlichen Steuersatzes, stehen eine Fülle von Ausnahmemöglichkeiten gegenüber, so dass man nicht unbedingt von Vereinfachung reden kann und die Erwartung auf aufwändige Verfahren vor den Finanzgerichten zu Recht geschürt wurde.

Zu den Stellschrauben, an denen der Fiskalgesetzgeber gedreht hat, gehören z.B. Einkünfte bei Stillhalterprämien aus Optionsgeschäften, Gewinne aus Übertragung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden und in manchen Fällen aus der Veräußerung von Kapitallebensversicherungsverträgen. Werbungskosten können z. B. nicht mehr in Ansatz gebracht werden bei: Finanzierungskosten, Depot- oder Beratungsgebühren; hier wurden von dem Referenten Bedenken angemeldet, ob nicht im Einzelfalle Bestimmungen verfassungswidrig seien. Wer im großen Stile Vermögen verwaltet und Finanztransaktionen begleitet, wird zunehmend auf die Unterstützung von Steuerratgebern angewiesen sein. Einen Ausblick führte der Referent vor Augen: gewerblich geprägte Personengesellschaften als Vehikel, um Fremdkapitalkosten steuerlich wieder „ins Spiel“ zu bringen; allerdings muss auch hier genau gerechnet werden, da der persönliche Einkommensteuersatz zu berücksichtigen ist und die (teilweise) anrechenbare Gewerbesteuer.

Zu den Ausnahmeregelungen und -tatbeständen der Abgeltungsteuer gehören z. B. die Kirchensteuer sowie die Möglichkeit, zum persönlichen Steuersatz zu „optieren“, wenn dieser günstiger ist als der Abgeltungssatz von 25 %, ferner bestimmte Fälle der Back-to-Back-Finanzierung und Großbeteiligungen an Aktiengesellschaften.

Von zunehmender Wichtigkeit – und deshalb mit großem Interesse aufgenommen – wurden die Fragen zur steuerlichen Behandlung notleidender geschlossener Immobilienfonds und von Schrottimmobilien. Hier wird sich für etliche Anleger von geschlossenen Fonds die Frage stellen, ob sie die steuerlich relevante Überschusserzielungsabsicht gegenüber dem Finanzamt nachweisen werden können; erste aktuelle Urteile des Bundesfinanzhofs, die den Anleger nicht gänzlich mutlos machen, liegen bereits vor; allerdings wird der Anleger hier intensive Sanierungsbemühungen nachweisen müssen, um zum Erfolg zu gelangen. Aber auch bei Verhandlungen mit Banken über Nachlässe bei Darlehen, mit denen Schrottimmobilien finanziert worden sind, sollten unter Beachtung des Steuerrechts formuliert wer-

den, damit der Anleger neben dem befreienden Atem der Reduktion des Drucks der Banken nicht den unangenehmen Hauch des Finanzamtes zu spüren bekommt. Ein Werbeargument für Anwälte ließ der Referent verlauten: Laut Verfügung betreffend steuerliche Behandlung eines Darlehensverzichts bei sogenannten Schrottimmobilien vom 16. Juli 2008 sind Rechtsanwaltskosten, die beim Aushandeln einer Vereinbarung mit der Bank entstanden sind, als Werbungskosten abzugsfähig.

Finanzinvestoren und gekaufte Kredite – eine wirtschaftliche Betrachtungsweise

Dass Bankrecht nicht nur der akademischen Würdigung bedarf, sondern im Rahmen einer solchen Tagung auch den Praxisbezug sucht, wurde deutlich bei dem Impulsreferat von Dr. Marcel Köchling (Frankfurt/M.). Als Vertreter eines gewerblichen Investors, der Kredite von Kreditinstituten kauft, formulierte er in Anspielung auf die aktuelle Bankenkrise und das angeschlagene öffentliche Image der Bankinstitute, dass man sich in diesem Metier mittlerweile in guter Gesellschaft befände und keinen Vergleich scheuen müsse.

Mit einem Volumen von über 23 Mrd. US \$ hat sich das Unternehmen Lone Star, dem der Referent angehört, in 7 Funds organisiert und seit 1999 auf dem deutschen Markt engagiert. Zu den Geschäftsgebieten rechnen u. a. immobilienbesicherte Kreditportfolios und Unternehmenskredite. Nach seiner Ansicht ist das Marktpotential damit noch nicht ausgereizt, auch wenn im Jahre 2008 eine rückläufige Tendenz zu erkennen sei. Für die Banken, den Hauptgeschäftspartnern derartiger Investoren, hätte der Verkauf solcher Engagements den Reiz, dass sich die Bilanzrelationen wieder verbessern würden.

In Bezug auf das neu ins Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommene Risikobegrenzungs-gesetz sei nach Ansicht der gewerblichen Investoren ausreichender Schutz für die Verbraucher gewährleistet, wobei jedoch einige Unsicherheiten verbleiben beim Kündigungsschutz und der Zuordnung der sichernden Grundschuld. Der Referent verstand es, den Blick für die Praxis zu öffnen und für die wirtschaftliche Dimension des Kredithandels.

Kreditverkäufe aus juristischer Sicht

Der Verkauf von Krediten aus dem Mund von Dr. h. c. Gerd Nobbe (Karlsruhe), schloss sich an und beleuchtete naturgemäß vor allem die rechtliche Situation. Vermehrt seit 2002 verkaufen deutsche Kreditinstitute mehr oder weniger problembehaftete Forderungen gegen ihre Kunden und fordern damit Gerichtsverfahren heraus. Auch Nobbe geht von einem hohen Eigeninteresse der Kreditinstitute aus, wenn sie ihre Bonität durch das Loswerden markelbehafteter Kredite (= Not leidende Kredite oder auch non performing loans genannt sowie under performing loans) steigern wollen; dafür nehmen sie unter Umständen erhebliche Abschläge vom Restschuldbetrag in Kauf.

Rechtlich können vier Wege beim Verkauf der Forderungen gegangen werden, sei es als „Versicherungslösung“ (= synthetische Transaktion), einer Unterbeteiligung des Finanzinvestors an den Forderungen, dem Übertragen eines Kreditportfolios oder dem Forderungsverkauf (= true sale). In seinem Vortrag stellte der Referent dar, dass derartige Transaktionen in der Öffentlichkeit einen negativen Beigeschmack erhalten haben und zusammen mit dem Engagement von Verbraucherschützern zum Risikobegrenzungs-gesetz vom 12.08.2008 geführt haben.

Nobbe beantwortete die Frage nach der Rechtsnatur des Forderungsverkaufs vor Inkraft-treten des Risikobegrenzungs-gesetzes als Kombination aus Kaufvertrag und Abtretung, dem § 399 BGB im Falle grundpfandrechtl. gesicherter Kredite nicht entgegen steht. Die fehlende bankrechtliche Erlaubnis eines Finanzinvestors und eine evtl. vorliegende besondere Vertrauensbeziehung zwischen der Bank, die den Kredit verliehen hat, und ihrem Kunden könne keine Auswirkungen haben, solange nicht die allgemeinen Schutznormen für Kreditnehmer

überschritten werden. Auch das Bankgeheimnis zwischen dem Geldhaus und dessen Kunden ist bei privatrechtlich organisierten Kreditinstituten kein Argument gegen den Forderungsverkauf, während Banken im öffentlich rechtlichen Sektor noch auf einen Richterspruch aus Karlsruhe warten müssen, um definitive Klarheit zu erhalten. Datenschutzrechtliche Vorschriften stehen einem Forderungsübergang grundsätzlich nicht entgegen. Genau hingesehen werden muss bei den Rechtsfolgen nach Ansicht des Referenten, wenn in Einzelfällen Schadensersatzpflichten gegen Banken bei der Veräußerung von Krediten zur Diskussion stehen und die vorzeitige Beendigung von Kreditverhältnissen durch Kreditnehmer.

Änderungen hat das im Sommer 2008 eingeführte Risikobegrenzungs-gesetz sowohl im HGB in Bezug auf die Abtretbarkeit von Geldforderungen (§ § 354a Abs. 2 HGB) für Kaufleute als auch im BGB (§ 492 Abs. 1a S. 3 BGB) bewirkt. Dem zu Folge können von Kaufleuten Abtretungsverbote mit Banken vereinbart werden und Verbraucher müssen bei Immobiliendarlehen mit einem Hinweis auf die Möglichkeit eines Verkaufs aufmerksam gemacht werden. Sanktionsmöglichkeiten sucht man im Gesetz vergebens. Das Risikobegrenzungs-gesetz fordert weitere Informationspflichten einzuhalten: Vor Auslaufen des Kredites ist eine Benachrichtigung zu erteilen (§ 492a Abs. 1 BGB), diese Pflicht gilt auch für einen Kreditübernehmer; außerdem ist der Kreditnehmer beim Übergang seines Kreditengagements auf einen Anderen zu informieren (§ 496 Abs. 2 BGB). Neu geregelt ist auch die zu Lasten von Kreditinstituten gefasste Regelung zur Kündigung von Immobiliarkrediten (§ 498 Abs. 3 BGB).

Nimmt man die zuletzt genannten Verbesserungen für den Kreditnehmer heraus, so hat sich nach Ansicht des Referenten durch das neue Risikobegrenzungs-gesetz in der Praxis nicht wirklich viel geändert.

Grundpfandrechte als zentrales Sicherungsmittel in der Kreditwirtschaft

Mit einem eindeutigen und im folgenden argumentativ unterlegten Statement begann Dr. Clemens Clemente (München) seine Ausführungen: keine vollstreckbaren Sicherungsgrundpfandrechte an reine Finanzinvestoren ohne Banklizenz! Er machte seine Position an der überschießenden Rechtsmacht der aus der Grundschuld in Zusammenhang mit den üblichen Klauseln der notariellen Besicherungspraxis der Kreditinstitute deutlich. Wird eine Grundschuld mit einem Nominalbetrag, der dem des aufgenommenen Darlehens entspricht, eingetragen, gesellt sich dazu oftmals der abstrakte Grundschuldzins in Höhe von oftmals 15 % oder darüber. Während sich das Darlehen durch ratenweise Rückzahlung reduziert und damit auch der Zinsanspruch der Bank, wächst der Bank der Grundschuldzins bis zur Verjährungsgrenze zu und außerdem haftet das Grundstück bei Grundpfandrechten weiterhin in voller Höhe des eingetragenen Pfandbetrages. Fazit: Der Bank wachsen Sicherheiten zu, obwohl das Sicherheitsbedürfnis bei ordnungsgemäßer Rückführung des Kredites abnimmt.

In der Folge haben die Banken durch von der Rechtsprechung geforderte Sicherungszweckbestimmungen einem möglichen Missbrauch der überschießenden Rechtsmacht im gewissen Maße Einhalt geboten. Wird diese treuhänderische Bindung nicht auf den Finanzinvestor übertragen, so ist der grundpfandverpflichtete Kreditnehmer durch seine freiwillig erklärte notarielle Unterwerfung ohne ein vorheriges Erkenntnisverfahren vollzogen zu haben, zusammen mit der Unterwerfung wegen nicht valutierter Teile eindeutig im Nachteil. Hinzu kommen noch der Verzicht auf die Zug-um-Zug-Einrede und der sofortige Zugriff des Vollstreckenden auf das gesamte Schuldnervermögen nach Ablauf der zwei-Wochen-Frist. Diese komfortable Ausgangslage kann im Einzelfall dazu führen, dass Finanzinvestoren ohne Rücksicht auf ein produziertes Kostenvolumen im Zwangsvollstreckungsverfahren agieren, sofern das Grundstück mit der eingetragenen Grundpfandbelastung wertmäßig zur Verfügung steht.

Als weiteren Kritikpunkt bei dem Vorgehen von Finanzinvestoren sieht der Referent die überhöhte Darstellung von Kreditzinsen an, obwohl der Kapitalmarkt dafür keinerlei Anlass gibt (= intransparente Zinsen).

Kontroverse Standpunkte in der Podiumsdiskussion über Kreditverkäufe

Unter der Leitung von Hartmut Strube (Düsseldorf) entzündete sich nach den drei Vorträgen mit sehr unterschiedlichen Standpunkten ein breit angelegter Meinungs-austausch zwischen den Referenten und dem Publikum über die Legitimität des Kreditverkaufs unter Wahrung von Verbraucherinteressen und Wunsch der Geldinstitute nach einem profitablen Kreditportfolio. Da war z. B. von althergebrachten und honorigen Bankiersbräuchen die Rede, die es auf Grundlage eines besonders gewachsenen Vertrauens überhaupt ermöglichten, dass Kreditkunden sich so weitgehend mit Sicherheiten belasten. Auch dem Wettbewerb, in dem die Banken stehen, so die Meinung im Publikum, muss ausreichend gezollt werden, und in der Konsequenz die Kredite fungibler gestaltet werden.

Strafrecht im Bankensektor

Zunächst ein ungewohntes Thema für Bank- und Kapitalmarktjuristen, aber ein Bereich, der Berater sowohl der Geldhäuser als auch der Investoren wirklich fordert. Michael Kühn (Hamburg) machte in seinen Ausführungen deutlich, dass selbst der besonnenste Banker in der Gefahr steht, die Grenze zum Strafrecht zu überschreiten – und das nicht nur als Aufsichtsratsmitglied im Düsseldorfer Mannesmann-Prozess. So kann die Strafbarkeit von Bankmitarbeitern vielfältig begründet sein; z. B. bei eigenen Investitionsentscheidungen in kritische Werte oder in der Kundenberatung bei unvollständiger anlegergerechter Aufklärung in Anlageprodukte (Verschweigen von anlegerseits unerwünschten Risiken).

Ansatzpunkt der Strafbarkeitsprüfung ist neben spezialgesetzlichen Normen aus dem Börsengesetz (§ 49 BörsG, Verleitung zur Börsenspekulation) Kreditaufsichtsrecht (§ 54 KWG, unerlaubte Bankgeschäfte), Wertpapierhandelsgesetz (§ 38 WpHG; Insiderhandel, Kursmanipulation) oder Handelsgesetz (§ 331 HGB, Bilanzstrafrecht) die allgemeine Strafbarkeit wegen Betruges (§ 263 StGB), Untreue (§ 266 StGB) und Kapitalanlagebetruges (§ 264a StGB).

So obliegt Vorstandsmitgliedern einer Bank die strafrechtlich sanktionierte Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB, die sich bei der Vernachlässigung von Informationspflichten, dem Vornehmen unrichtiger oder falscher Angaben im Zusammenhang mit Kreditvergaben, dem Überschreiten von Höchstkreditgrenzen oder dem eigennützigem Handeln von Entscheidungsbefugten ergeben kann, ebenso wie bei außer Achtlassen kaufmännischer Sorgfaltsregeln. Als probates Mittel der Vorsorge hat sich aus Sicht des Referenten die konsequente Einhaltung von vertraglichen, gesetzlichen oder sich aus der MaRisk ergebenden Vorgaben bewährt.

Beratungshaftung im Schaltergeschäft der Banken bei OTC-Derivaten

Außerbörsliche OTC-Produkte können zu Verlusten führen, die ein beratener Anleger so nicht hinnehmen möchte. Dr. Peter Clouth (Frankfurt/M.) erläuterte in einem ersten Vortrag zu diesem Thema außerbörsliche Finanzderivate in grundsätzlicher aufsichts- und zivilrechtlicher Sicht. Diese Finanzinstrumente sind oftmals an die zukünftige Markt- oder Kursentwicklung von unterschiedlichen Basiswerten – wie z. B. Zinssätzen, Devisen, Waren – gekoppelt. Zu den OTC Derivaten zählen auch z. B. Devisentermingeschäfte oder Finanz-Swaps oder Optionen. Vom Anbieter werden sie meistens aus verschiedenen dieser Bausteine kombiniert und dienen dazu, in der Zukunft liegende Risiken auszuschließen oder zu minimieren, auf der Kehrseite bieten diese strukturierten Produkte dem Nachfrager die Chance, sich an Kursentwicklungen spekulativ zu beteiligen.

Ausgehend von der Verschiedenartigkeit der OTC-Derivate sind keine starren Kriterien in der Kundenberatung zu fixieren. Die Aufklärungsbedürftigkeit richtet sich demnach in erster Linie ganz allgemein nach dem Kunden, der für dieses Geschäft in Betracht kommt; insoweit verbleibt es bei den allgemeinen aufsichtsrechtlichen Punkten, die sich den Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes (§§ 31 ff. WpHG) entnehmen lassen. In diesem Zusammenhang kommt es stark auf die Kundenkategorisierung in Privatkunden, professionelle Kunden und geeignete Gegenparteien (vgl. dazu § 31a WpHG) an. In zivilrechtlicher Hinsicht sind die Prinzipien des Auftragsrechts mit der Verpflichtung zur anleger- und anlagegerechten Aufklärung zu beachten in Abhängigkeit zum Pflichtenkanon, der sich aus dem eingegangenen Beratungsvertrag ergibt. Es ist bei der Beratung auf den konkreten Derivatebezugspunkt einzugehen und in Bezug auf die Risikobereitschaft des Kunden zu analysieren. Hierbei hebt der Referent besonders ein indirektes Empfehlungsverbot der die Beratung Leistenden hervor, wenn die Voraussetzungen für eine anleger- und anlagegerechte Beratung nicht gegeben sind. Der Aufklärung bedarf nach Ansicht des Referenten die Frage, ob die Darstellung des Eigeninteresses der Bank im Rahmen der anlagegerechten Beratung erforderlich ist und die Grundsätze zu Retrozessionen beim Vertrieb von Investmentanteilen Anwendung finden. Zu den Kriterien, die bei anlegergerechter Beratung zu beachten sind, können auch die Beschränkungen gehören, denen ein Nachfragender derartiger Leistungen unterliegt, so z. B. bei Bindung der kommunalen Organisationen an deren rechtliche Rahmenbedingungen.

Details zur Beratungshaftung bei außerbörslichen OTC-Produkten berichtete Andreas Lang (Frankfurt/M.). Neben der naturgegebenen Informationsasymmetrie zwischen den Geschäftspartnern Anbieter und Kunde, ist bei dem Feststellen von Beratungskriterien auch ein tiefergehender Interessenkonflikt zwischen den Kontrahenten festzustellen, da das Finanzinstitut im Regelfall nicht nur Anbieter, sondern auch Produzent des Finanzderivats ist. Als aufklärungsbedürftig ist die besondere Marktmenge des Finanzproduktes anzusehen. Für versierte Firmenkunden kann das Eingehen auf derartiges Geschäfte sinnvoll sein, um eigene Kontrakte abzusichern oder Gelder renditeträchtig anzulegen, so dass dann deren Aufklärungsbedürfnis geringer zu veranschlagen ist, als bei Privatpersonen.

Zu den fundamentalen Daten, die einem Anleger offeriert werden müssen, ist nach Ansicht des Referenten auf Grundlage eines Urteils des Landgerichts Frankfurt/M. zu fordern, dass auch die Prinzipien der Rückvergütungsentscheidung des Bundesgerichtshofs anzuwenden seien. Zur anlagegerechten Beratung gehöre es ebenso, die Beschränkungen für die Kommunen zu beachten, da Träger öffentlicher Aufgaben einer klaren Grenzziehung von erlaubten und nicht erlaubten Geschäften unterliegen, mit entsprechender Folge auch für Außenstehende.

Alles hat sein Ende – zu Verjährungsfragen

Die seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vereinheitlichte Verjährungsvorschrift § 195 BGB setzt mit einer Frist von drei Jahren viele Ansprüche einer wesentlich kürzeren Frist aus, als sie zuvor dreißig Jahre betragen hat. Aus diesem Grunde kommt es vielfach darauf an, wann die Verjährung begonnen hat, so die zentrale Fragestellung, der sich Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski (Berlin) in seinem Referat gestellt hat. Die Antwort ergibt sich – im wesentlichen unter Rückgriff auf die Rechtsprechung zu § 852 Abs. 1 BGB a. F. – daraus, wie man die Frage nach dem Vorliegen der Umstände beantwortet, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können.

In den Schrottimmobilienfällen stellt sich damit die Frage, ob in Folge des Urteils des XI. Senats vom 16. Mai 2006 und dem damit neu geschaffenen Begriffs des institutionellen Zusammenwirkens die Verjährungsuhr erst mit diesem Datum zu ticken begann. Die Beurteilung richtet sich danach, ob man dieses institutionelle Zusammenwirken als eine neu ausgerufene Aufklärungspflicht ansieht oder ihr nur eine Beweiserleichterungsfunktion zu Gunsten der

Bankkunden zubilligt. Als einen Wissensvorsprung, der Aufklärungspflicht auf Grund konkreten Wissensvorsprungs der finanzierenden Bank auslöst, sieht der Referent eine neue eigenständig geschaffene Fallgruppe; mithin wäre in derartigen Fällen der Verjährungsbeginn erst im Jahre 2006 anzusetzen.

Auf welchen Zeitpunkt bei der Bestimmung des Verjährungsbeginns abzustellen ist, wenn eine Mehrzahl von Pflichtverstößen vorliegt, ließ sich mit Hilfe der Entscheidung des 2. Zivilsenats vom November 2007 darstellen. Der Bundesgerichtshof sah jede Pflichtverletzung als einen neuen, selbstständigen Verstoß an, mit der Folge, dass die Verjährungsfrist für jeden einzelnen dieser Fehler separat zu laufen beginnt. In den meisten Fällen der pflichtwidrigen Fehlberatung wird der Anleger aus dem unterschiedlichen Fristbeginn in fristenkritischen Fällen Honig saugen können, wenn neben offensichtlichen Fehlern im Beratungsgespräch Aufklärungspflichten insbesondere von weiteren Personen als dem Berater verletzt worden sind.

In den Fällen, in denen ein Güteverfahren – teilweise wie in Kapitalanlageangelegenheiten üblich – vielfach eingeleitet wird, stellt sich die Frage des Missbrauchs dieses Procedere, wenn damit lediglich die Verjährungssituation ausgehebelt werden soll. Oftmals liegt das Dilemma darin, dass zwar ein Großteil von Fakten bekannt ist, um einen Anspruch anzunehmen, jedoch aus anwaltlichem Vorsichtsgedanken heraus nicht so trittfest erscheint, dass ein ordentliches zivilgerichtliches Verfahren auch wirklich gewonnen werden kann.

Der Ansicht eines Rechtsmissbrauchs widersprach der Referent deutlich. Hier liegt durch die Anleger, die sich für diesen Weg entscheiden, keine beherrschende Marktstellung vor, die man evtl. als verwerflich ansehen könne, um andere Marktteilnehmer zu behindern, sondern es ergebe sich nur quasi zufällig aus der Natur der Sache heraus als Massenschaden die Konsequenz, Verjährungsrechtliches zu initiieren und das im Rahmen der festgelegten Ordnungen. Die Multiplizierbarkeit der Ereignisse alleine machen das Einleiten des gütlichen Verfahrens nicht rechtlich wirkungslos. Tückisch können allerdings die Verfahrensordnungen der verschiedenen Gütestellen sein, wenn sie besondere Formerfordernisse fordern; deshalb ist man als Anwalt in den meisten Fällen gut beraten, wenn man zumindest darauf achtet, den Antrag schriftlich einzulegen und unter Beifügung einer Vollmacht im Original. So erspart man jedenfalls Unwägbarkeiten und formale Argumentationsstreitigkeiten.

Massenverfahren im Zivilprozess – Telekom und Co.

In seinem Vortrag „Praktische Probleme des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz am Beispiel des Telekom-Verfahrens“ kam Peter Gundermann (Kirchtellinsfurt) auf aktuell entschiedene prozessrechtliche Streitfragen zu sprechen. Die bei der Auslegung eines Quorums i. S. d. § 4 Abs. 1 S. 1 Ziff.2, Abs. 4 KapMuG festzulegende Mindestzahl von Musteranträgen ist mittlerweile dahin gehend entschieden, dass es nicht auf die Anzahl der gerichtlichen Verfahren ankommt, sondern die Menge von insgesamt mindestens 10 Antragstellern. Diese Ansicht, die auf die Zahl der Antragsteller abstellt, ergibt sich aus dem Gesetzeszweck, in einem frühen Verfahrensstadium die Konzentrationswirkungen des KapMuG eintreten zu lassen.

Maßgebliche Klarstellung und damit eine Ausweitung des Prinzips der Zusammenfassung von Streitigkeiten in Kapitalanlagefällen enthält die Entscheidung des 11. Zivilsenats, nach der auch Geldanlagen den „grauen Kapitalmarktes“ in den Bereich des KapMuG einbezogen worden sind. Als geklärt kann inzwischen der Umstand angesehen werden, dass es bei der Bestimmung von Musterklägern nach § 8 Abs. 2 KapMuG nicht nur oder maßgeblich auf die Höhe des finanziellen Anspruchs ankommt (Ziff. 1), sondern der Verständigung der Parteien des Rechtsstreits (Ziff. 2) eine maßgeblichere Bedeutung zukommt. Die Praxisprobleme betrafen außerdem in einem hohen Maße eine Gewährleistung des rechtlichen Gehörs durch eine entsprechende, noch zu optimierende Informationsverwaltung in derartigen Massenfällen.

Neues aus der Arbeitsgemeinschaft

Die Mitgliederversammlung am Donnerstag Abend erfreute sich zahlenmäßig eines sehr großen Zulaufs und die Arbeit des Geschäftsführenden Ausschusses fand lauten Beifall. Dr. Andreas Fahndrich (Stuttgart) hat den Stab des Vorsitzes an Paul Assies (Köln) weiter gegeben. Erfreulich war es, die Kassenlage in einem sehr guten Zustand festzustellen und dem Kassenwart Lang Entlastung in seinem Amt als Verantwortlicher für die Kasse zu erteilen.

Neue Wege geht die Arbeitsgemeinschaft Bank- und Kapitalmarktrecht als inhaltlich Verantwortlicher der Tagung, wenn sie den Teilnehmern die Skripten nicht nur auf Papier anbietet, sondern auch im pdf-Format auf einem Stick. Ein Zusatznutzen, der Anklang gefunden hat. Wer die Vorträge im Nachhinein erhalten will, kann den Weg zur Internetseite der Arbeitsgemeinschaft Bank- und Kapitalmarktrecht nehmen (<http://www.bankundkapitalmarkt.org>) und kann im Anschluss an den Kurzbericht die pdf-Dateien herunterladen.

Wer denkt, dass Bank- und Kapitalmarktrecht eine Sache ist, die nur trockene Juristen interessiert, wurde spätestens am Donnerstag Abend eines besseren belehrt. In bewährter Manier sorgte die Küchenmannschaft des Tagungshotels für einen gelungenen kulinarischen Abend, den die Musikband „Family Affairs“ in guter Tradition der vorherigen 4 Tagungsveranstaltungen begleitet hat. Neben tiefgehenden Aussprachen, die sich auf das Fachliche und die wirtschaftlichen Umstände von bank- und kapitalmarktrechtlichen Gerichtsentscheidungen bezogen, wurde auch mancher berufliche Kontakt geschlossen.

Die Arbeitsgemeinschaft wird international. So findet das Frühjahrssymposium am 17. März 2009 zu den Themen „Richtlinie über Zahlungsdienst im Binnenmarkt“, „Verbraucherkreditrichtlinie“ und „Europäische Sammelklage“ in Brüssel, dem verwaltungsmäßigen Herzen der Europäischen Union statt. Die 6. Jahrestagung wird voraussichtlich im November 2009 in Hamburg ihren Platz finden; auf die Themen, Diskussionen und Begegnungen darf man gespannt sein; dass auch der nächste Bankenrechtstag in der Hafenstadt viele Facetten bieten wird, kann man mit Sicherheit annehmen.