

Beweisfragen, Klagearten und einstweiliger Rechtsschutz im Bank- und Kapitalmarktrecht

Themenübersicht / Gliederung

A. Beweisfragen und Sachverhaltsrecherche

1. Beweisfragen / Beweislastfragen

a. Einleitung

Im streitigen Verfahren ist es im Regelfall notwendig, Beweis zu erheben. Dieses kann sowohl die Ebene der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes sowie ggf. der Pflichtwidrigkeit, der Kausalität und des Verschuldens betreffen. In der Rechtsprechung werden die verschiedenen Institute der Beweiserleichterung vielfach uneinheitlich benutzt¹.

Die Regeln der Beweislast greifen ein, wenn das Gericht trotz Ausschöpfung aller prozessual zur Verfügung stehender Beweismittel keine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer streitigen und entscheidungserheblichen Tatsachenbehauptung gewinnen kann („non liquet“).² Sie bestimmen, zu wessen Lasten diese Unaufklärbarkeit geht.³ Der Beweislastverteilung liegen generalisierende Risikozuweisungen⁴ zugrunde, die den jeweiligen Rechtsnormen zu entnehmen sind, auf die das Parteivorbringen gestützt wird. Es gilt der Grundsatz, dass der Anspruchsteller die Beweislast für die Erfüllung der rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner die für die rechtsvernichtenden,

¹ Zöllner/Gregor, Vor§284, Rnrn. 19, 25

² Zöllner/ Gregor, Vor§284, Rnr. 15; Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 9, Rnr.83; Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, S.789.

³ Dass das Gericht überhaupt entscheiden muss, ergibt sich aus dem Justizgewährungsanspruch (Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, S.789; Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, S.7).

⁴ Zöllner / Greger, Vor§ 284, Rnr.17.

rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale trägt.⁵

Im Zusammenhang mit Fragen der Beweislast obliegt es somit grundsätzlich dem Gläubiger zu beweisen, dass der Schuldner objektiv eine ihm obliegende Pflicht verletzt hat.⁶ Dies gilt nicht nur für jegliche in Betracht kommende Arten der „positiven“ Pflichtverletzung, sondern auch für Unterlassungspflichten.

b. Beweiserleichterungen

In Ergänzung zu den gesetzlich normierten Beweiserleichterungen⁷ wurden von der Rechtsprechung Beweiserleichterungen im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt. Grund dafür war die Erkenntnis, dass der Beweispflichtige regelmäßig vor große Schwierigkeiten gestellt ist, wenn es sich im Rahmen von Aufklärungs- und Beratungspflichten um Fragen der haftungsbegründenden Kausalität handelt. In diesem Bereich stellt sich zum einen die Frage, ob der Informationsempfänger von der Information überhaupt Kenntnis erlangt hat. Wird dies bejaht, so muss festgestellt werden, ob er seine Entscheidung tatsächlich auf die erhaltene Information gestützt hat. Da dies ein intellektueller Vorgang, ein innerer geistiger Prozess ist, der von außen nicht sichtbar ist, kann diese Frage nicht mit objektiver Gewissheit geklärt werden. Der Kausalitätsnachweis wird dem Informationsempfänger somit in aller Regel Schwierigkeiten bereiten. Der Aufklärungspflichtige dagegen hätte nicht viel zu befürchten, wenn er bei der Verletzung einer Aufklärungs- oder Beratungspflicht sich darauf zurückziehen könnte, dass es kaum zu beweisen sei, ob der Informationsempfänger seine Entscheidung auf die erhaltene Information gestützt hat und was er im Falle einer

⁵ Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 9, Rnr.83; Zöllner / Greger, vor § 284, Rnr.17a; Baumbach / Hartmann, Anhang zu § 286, Rnr.12; BGH NJW 1995, 49, 50; BGH NJW 1991, 1052; BGH NJW 1988, 64 (ständige Rechtsprechung).

⁶ BGH 28, 253; 48, 312; BGH NJW 1985, 264.

⁷ z.B. § 287 ZPO.

ordnungsgemäßen Information getan hätte.⁸

Im Folgenden findet daher zunächst ein summarischer Überblick über die Beweiserleichterungen statt, welche aufgrund der genannten Problematik von der Rechtsprechung entwickelt wurden:

(1) Anscheinsbeweis⁹

Zu nennen ist in diesem Zusammenhang der Anscheinsbeweis. Im Rahmen des gewohnheitsrechtlich anerkannten Anscheinsbeweises muss ein typischer Geschehensablauf feststehen, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hinweist.¹⁰

Voraussetzung für eine Anwendung des Anscheinsbeweises ist, dass der zugrunde liegende Sachverhalt dem Vollbeweis zugänglich ist. Es muss sich um einen auf den ersten Blick durch

- Regelmäßigkeit,
- Üblichkeit und
- Häufigkeit

geprägten Vorgang dergestalt handeln, dass ein wiederkehrendes Muster erkennbar ist. Allerdings bedeutet eine solche Typizität nicht, dass die Ursächlichkeit einer bestimmten Tatsache für einen bestimmten Erfolg bei allen Sachverhalten dieser Fallgruppe notwendig immer vorhanden ist; sie muss aber so häufig gegeben sein, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist.¹¹ Liegen diese Voraussetzungen vor, so wird dem Gericht im Falle eines solchen typischen Geschehensablaufs erlaubt, denjenigen Verlauf, der bei der gegebenen Sachlage dem Üblichen und Gewöhnlichen ent-

⁸ Roth, ZHR 154 (1990), 513, 516.

⁹ Siehe hierzu auch B.II.2a)(2).

¹⁰ BGHZ 100, 31, 33; WM 1997, 1493, 1496; NJW 2001, 1140, 1141; NJW 2004, 3623, 3624.

¹¹ Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 9, Rnr.85.

spricht, kraft freier Würdigung als bewiesen anzunehmen.

Der Anscheinsbeweis führt damit zu einer Herabsetzung der Beweisanforderungen und bietet folglich im Rahmen der Beweiswürdigung die Möglichkeit einer Absenkung des Beweismaßes.¹²

Der Anscheinsbeweis spielte jüngst in der ec-Karten-Rechtsprechung des BGH eine wesentliche Rolle.¹³

OLG Karlsruhe (Urteil vom 22.01.2008, Az. 17 U 185/07 in WM 2008, 632)

... Zwar kann sich möglicherweise ein Kunde, der aufgrund von kriminellen Machenschaften Opfer von unberechtigten Abbuchungen geworden ist, im Verhältnis zur Bank auf eine solche Aufklärungspflichtverletzung berufen. Insoweit mangelt es jedoch an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Klägerin und dem dem Beklagten entstandenen Schaden. Nicht ausreichend für die Annahme eines Kausalzusammenhangs ist die Bejahung der äquivalenten Kausalität. Darüber hinaus bedarf es im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität vielmehr weiterer Einschränkungen. Solche ergeben sich sowohl aus der auf eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung ausgerichtete Adäquanz, deren Vorliegen hier bereits fraglich erscheint. Jedenfalls aber ist der eingetretene Schaden nicht mehr von dem Schutzzweck der

¹² Roth, ZHR 154 (1990), 513, 521; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, § 42 II 1, S.453; G. Walter, Freie Beweiswürdigung, S.206; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S.120 ff.; Leipold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, S.12 f.

¹³ Bestätigend insoweit OLG Karlsruhe, WM 2008, 1559 (Die Klägerin begehrt vom Beklagten die Rückzahlung von Geldbeträgen, die im Wege des „Phishing“ erlangt worden sein sollen und die der Beklagte in Empfang nahm und weiter leitete.); LG Mannheim, WM 2008, 2015 („Der Umstand, dass für die unberechtigt getätigte Überweisung PIN und TAN der Klägerin benutzt wurden, führt nicht zur Annahme eines Anscheinsbeweises für eine Sorgfaltspflichtverletzung der Klägerin“) Mühlbrock, Sesing MMR 2008, 765 (Urteilsanmerkung zu LG Mannheim).

Norm erfasst. Eine Schadensersatzverpflichtung besteht nur, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den wertend zu bestimmenden Schutzzweck der verletzten Norm fällt, es muss sich also um einen Nachteil handeln, der aus dem Bereich der Gefahren stammt, zu deren Abwehr die verletzte Norm erlassen bzw. hier die verletzte vertragliche Pflicht übernommen worden ist.“ ...

LG Mannheim (Urteil vom 16. Mai 2008, Az. 1 S 289/07 in WM 2008, 2015):

... Die Kammer teilt jedoch nicht die Auffassung des Amtsgerichts, dass ein für die unberechtigte Überweisung kausaler Pflichtenverstoß der Klägerin bewiesen ist.

Der Umstand, dass für die unberechtigt getätigte Überweisung PIN und TAN der Klägerin benutzt wurden, führt nicht zur Annahme eines Anscheinsbeweises für ein Sorgfaltspflichtverletzung der Klägerin.

Die seitens des Klägervertreters ausführlich dargestellten, von der Beklagten nicht bestrittenen Möglichkeiten, eine fremde PIN und TAN auszukundschaften, enthalten auch solche, wie die Benutzung von Malware, Pharming und DNS-Spoofing, bei denen der Online-Bankkunde im Gegensatz zum klassischen Phishing zunächst nicht bemerken kann, dass PIN und TAN von unbefugter Seite erlangt wurden und er hiervon erst durch seinen Bankauszug, der die unberechtigte Verfügung über sein Konto enthält, Kenntnis erlangt. Zwar können derartige Angriffe durch die regelmäßige Verwendung von Virenschutzprogrammen und der Installation einer Firewall reduziert werden; gänzlich zu verhindern sind sie hierdurch jedoch nicht. In den vor geschilderten Fällen kann einem Bankkunden regelmäßig der Vorwurf einer Pflichtverletzung nicht ge-

macht werden.

Die dargestellten Möglichkeiten für Dritte, beim Online-Banking unberechtigt die Legitimationsdaten eines Bankkunden zu Missbrauchszwecken zu erlangen, unter denen sich auch solche befinden, auf die der Bankkunde keinen Einfluss hat und die er nicht ohne weiteres verhindern kann, stehen der Annahme eines Anscheinsbeweises dafür entgegen, dass eine unter Benutzung von TAN und PIN erfolgte unberechtigte Verfügung auf einer Pflichtverletzung des Bankkunden beruht. ...

Kritik am Anscheinsbeweis:

Der Anscheinsbeweis ist teilweise der Kritik ausgesetzt, dass seine Anwendung zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen könne.¹⁴ Aufgrund der hohen Komplexität und Individualität des Selektions-, Verarbeitungs- und Entscheidungsprozesses bei einer Willensentscheidung ließen sich gerade eben keine typischen und grundsätzlichen Erfahrungssätze bilden. Diese setzen nämlich voraus, dass man bestimmte Abläufe überhaupt statistisch identifizieren und erfassen könne, was bei der individuellen Entscheidungsfindung eben nicht der Fall sei.¹⁵

Die Rechtsprechung relativiert aufgrund dieser Schwäche die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises grundsätzlich dort, wo es sich um die Feststellung eines individuellen Willensentschlusses handelt.¹⁶ Sie geht davon aus, dass es „grundsätzlich keinen Anscheinsbeweis für individuelle Verhaltensweisen von Menschen in bestimmten Lagen gebe“.¹⁷ Die für den Beweis des ersten Anscheins vorausgesetzte Typik eines Geschehensablaufes, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ur-

¹⁴ Gegen eine Anwendung des Anscheinsbeweises aufgrund dessen geringer Beweiskraft: Roth, ZHR 154 (1990), 513, 522.

¹⁵ Hofmann, Aufklärung und Anlageberatung, Rnr.258.

¹⁶ Hofmann, Aufklärung und Anlageberatung, Rnr.259.

¹⁷ BGH ZIP 2004, 1599, 1603; BGHZ 31, 351, 357; BGHZ 100, 214, 216; BGHZ 104, 256, 259; BGHZ 123, 311, 316.

sache hinweise und so sehr das Gepräge des Gewöhnlichen und Üblichen trage, dass die besonderen und individuellen Umstände in ihrer Bedeutung zurücktreten, sei kaum je gegeben, wenn ein Willensentschluss in die Tat umgesetzt werde.¹⁸ Bestünde ferner nicht nur eine einzige verständige Entschlussmöglichkeit, sondern kämen verschiedene Handlungsweisen ernsthaft in Betracht, und würden sämtliche gewisse Risiken in sich bergen, die zu gewichten und den Vorteilen gegenüber abzuwägen seien, sei kein Raum für einen Anscheinsbeweis.¹⁹

(2) Beweislastumkehr²⁰

Zwar trägt der Gläubiger grundsätzlich die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden, womit insoweit § 286 ZPO greift.²¹ Von diesem Grundsatz²² hat die Rechtsprechung jedoch verschiedene Ausnahmen zugelassen und eine Beweislastumkehr unter anderem bei der Verletzung von Beratungs- und Aufklärungspflichten angenommen, sofern solche Pflichten dazu bestimmt sind, den Vertragspartner vor drohenden Schäden zu bewahren und späteren Beweisschwierigkeiten vorzubeugen.²³ Der Schädiger ist dann beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre, der Geschädigte sich also nicht „beratungs- bzw. aufklärungsgemäß“ verhalten hätte.²⁴

¹⁸ In: BGHZ 123, 311, 317; Palandt, § 280, Rnr.39.

¹⁹ BGHZ 123, 311, 317; Hofmann, Aufklärung und Anlageberatung, Rnr.259.

²⁰ Siehe hierzu auch B.II.2a)(2).

²¹ BGH NJW 1988, 200; NJW 1991, 1540.

²² Eine Abweichung von diesem Grundsatz hat erstmals 1973 stattgefunden (BGHZ 61, 118, 120 ff).

²³ Diese Auffassung ist jedoch nicht von allen Zivilsenaten des BGH geteilt worden. So greift der IX. Senat auf den Anscheinsbeweis zurück (BGH, WM 1994, 78), während der II. Senat auf die Lebenserfahrung abstellt (BGH, WM 1993, 1787) und der III. Senat von einer Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens spricht (BGH, WM 2000, 426, 429).

Der für das Bankrecht zuständige XI. Senat befürwortet für die Frage nach der Kausalität von Information eine Beweislastumkehr (BGH, WM 1997, 811, 813).

²⁴ Bamberger / Roth, § 280, Rnr.91; BGHZ 61, 118, 121; BGHZ 64, 46, 51; BGH NJW 1994, 512, 513.

Die Beweislastumkehr greift nur ein, wenn die Beratung bzw. die Aufklärung auf ein bestimmtes Verhalten des anderen Teils abgezielt hat und die Möglichkeit eines Entscheidungskonflikts nicht bestanden hat, so dass sie ausscheidet, wenn vernünftigerweise mehrere Verhaltensalternativen in Betracht kommen, es sei denn, diese Handlungsalternativen hätten sämtlich den entstandenen Schaden vermieden.²⁵ Sie kann entfallen, wenn der Gläubiger durch die Befolgung des Rats neben Vorteilen auch wesentliche Nachteile erlitten hätte.²⁶ Letztlich ist sie widerlegt, wenn der Geschädigte frühere Belehrungen in gleich gelagerten Fällen unbeachtet gelassen oder das schädigende Verhalten trotz Aufklärung fortgesetzt hat.²⁷

Kritik an der Beweislastumkehr:

Die Anwendung der Beweislastumkehr wird in Teilen der Literatur als bedenklich angesehen. Sie gilt als ein zu undifferenziertes Instrument, dessen Wirkung von einem Extrem unvermittelt ins andere übergehe.²⁸ Zudem könnten durch eine Beweislastumkehr die unterschiedlichen Konstellationen und individuellen Umstände einzelner Fallgestaltungen, die möglicherweise Einfluss auf das Ergebnis einer Entscheidungsfindung des Anlegers gehabt hätten, nicht berücksichtigt werden.

Festzustellen sei letztlich, dass sie sich beispielsweise im Gegensatz zur möglichen Lösung über eine Reduktion des Beweismaßes, am weitesten von dem im BGB verwurzelten Grundsatz entferne, dass grundsätzlich der Kläger alle anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen habe. Es dränge sich der Eindruck auf, dass mit einer Anwendung der Beweislastumkehr

²⁵ Bamberger / Roth, § 280, Rnr.93; BGH NJW 2002, 2703; BGH NJW 1994, 512, 514; BGH NJW 1994, 2541 f.; NJW-RR 2003, 1569, 1570.

²⁶ BGH NJW-RR 1989, 153.

²⁷ Bamberger / Roth, § 280, Rnr.93; OLG Stuttgart, ZIP 1995, 641; OLG Köln, NJW-RR 1995, 112; OLG Düsseldorf, WM 1995, 1751.

²⁸ Hofmann, Aufklärung und Anlageberatung, Rnr.257; so auch Gasser, Kausalität und Zurechnung von Information als Rechtsproblem, S.154.

das Prozessrisiko auf die Partei abgewälzt werden solle, die es „verdient“ habe und es sich somit im Ergebnis um rechtspolitische Beweggründe handele.²⁹

(3) Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens³⁰

Steht die Verletzung einer vertraglichen Aufklärungs- oder Beratungspflicht fest, ist die Bank beweisbelastet dafür, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, weil sich der Geschädigte über jeden Rat oder Hinweis hinweggesetzt hätte.³¹ Diese Kausalitätsvermutung setzt allerdings voraus, dass es nur eine einzige Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gibt.³² Es kann deshalb keine Kausalitätsvermutung geben, wenn eine gehörige Aufklärung zu einem Entscheidungskonflikt geführt hätte, weil es vernünftigerweise nicht nur eine, sondern mehrere Möglichkeiten aufklärungsrichtigen Verhaltens gab.³³

Nicht einheitlich beantwortet wird die Frage, ob die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nur zu Beweiserleichterungen³⁴ oder sogar zu einer Beweislastumkehr³⁵ führt.³⁶

Kritik an der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens:

Schwierig erscheint im Zusammenhang mit der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens die Frage, welches Verhalten des Aufklärungsadressaten „aufklärungsrichtig“ gewesen wäre. Ein solches Vorgehen erscheine nach einer Auffassung schon des-

²⁹ Hofmann, Aufklärung und Anlageberatung, Rnr.257.

³⁰ Siehe hierzu auch B.II.1b).

³¹ Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 9, Rnr.102; BGH WM 1994, 149, 151; BGH, ZIP 1994, 1168, 1169.

³² BGH WM 2004, 1774, 1777; BGH WM 2002, 1442, 1444; BGHZ 124, 151, 161.

³³ Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 9, Rnr.102.

³⁴ BGHZ 123, 314; BGH NJW 1994, 1472.

³⁵ BGH NJW-RR 2006, 685.

³⁶ Eine diesbezügliche Auseinandersetzung ist jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit und kann somit dahinstehen.

halb unpraktikabel, weil die Beweislastregelung nicht von den Besonderheiten des konkreten Falles abhängig gemacht werden dürfe.³⁷ Es seien zwar extreme Fälle denkbar, in denen es unsinnig sei, einen nicht erteilten Rat, wenn er gegeben worden wäre, nicht zu befolgen. In aller Regel werde es aber von den konkreten Verhältnissen und Interessen, unter Umständen auch von der inneren Einstellung des Betroffenen zu allgemeinen Lebens- und sogar Weltanschauungsfragen abhängen, welches Verhalten für ihn „aufklärungsrichtig“ gewesen wäre. Mit dem Merkmal des „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ sei eine über die Beweislast entscheidende klare Grenzziehung mithin nicht zu erreichen.³⁸

(4) Sekundäre Beweislast

Bei der sekundären Beweislast handelt es sich um einen Fall des substantiierten Bestreitens für den Fall, dass eine Partei Umstände beweisen muss, die zu dem ihrem Einblick entzogenen Bereich des Prozessgegners gehören. Dann reichen allgemeine Behauptungen der darlegungsbelasteten Partei aus.³⁹ Erwidert der Gegner nun nicht substantiiert, so gelten dessen Ausführungen als unzureichend und damit zugestanden.⁴⁰ Daraus ergibt sich für den Gegner eine Last zur Vermeidung des Prozessverlusts zum substantiierten Bestreiten (sekundäre Beweislast).⁴¹

Vor allem im Bankrecht kommt dieser Beweisoption eine Bedeutung zu.⁴² Schwierig gestaltet sich im Rahmen dieses Beweises oft die Abgrenzung zum unerlaubten Ausforschungsbeweis.

(5) Beweisvereitelung⁴³

³⁷ Stodolkowitz, VersR 1994, 11, 13; Vollkommer, in: Festschrift für Baumgärtel, S.588.

³⁸ Stodolkowitz, VersR 1994, 11, 13.

³⁹ Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, S.821.

⁴⁰ Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, S.821.

⁴¹ BGH NJW 1999, 579; BGH NJW 1990, 3151; BGH NJW-RR 1999, 1152.

⁴² BGH NJW 1999, 579, 580; 1990, 3151; NJW-RR 1999, 1152; WM 2004, 225, 226; BGH WM 2006, 1288.

⁴³ Siehe zu den einzelnen Auskunfts- und Mitwirkungspflichten im Rahmen der Beweisvereitelung: Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, S.824 f.

Eine Beweisvereitelung liegt vor, wenn jemand seinem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht.⁴⁴ Der Verschuldensvorwurf muss sich dabei sowohl auf die Beseitigung des Beweisgegenstandes als auch auf die dadurch entstehende nachteilige Beweislage beziehen. Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass eine Beweisvereitelung kein absichtliches Verhalten erfordert.⁴⁵ Vielmehr kann eine solche auch im Fall einfacher Fahrlässigkeit vorliegen.⁴⁶ Gleichgültig ist auch, ob sie vor oder während des Prozesses erfolgt ist.⁴⁷

Das Verschulden liegt ausschließlich in der Vereitelung der Beweisfunktion, nicht in der Handlung als solcher.⁴⁸ Umgekehrt hat der BGH aber auch festgelegt, dass es vielmehr bei dem Grundsatz bleibe, dass keine Partei gehalten sei, dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, über das er nicht von sich aus verfügt.⁴⁹ Dementsprechend ist nicht jede Handlung, die einen Beweis unmöglich macht oder erschwert, eine vom Gericht zu sanktionierende Beweisvereitelung.⁵⁰

Der BGH hat es bisher vermieden, starre Folgen einer Beweisvereitelung aufzustellen.⁵¹ Es wurden jedoch auch Fälle von Beweiserleichterungen zugelassen, die unter Umständen bis zu einer Umkehr der Beweislast reichen können.⁵² Der Tatrichter kann damit je nach Fallgestaltung in freier Beweiswürdigung jedenfalls bei absichtlicher Beweisvereitelung schließen, dass das Vorbrin-

⁴⁴ Assies / Beule / Heise, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 9, Rnr.87.

⁴⁵ Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, S.823.

⁴⁶ Maaß, Anwaltstätigkeit im Beweisverfahren der Zivilprozessordnung, S.28 m.w.N.; Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, S.823.

⁴⁷ Lepa, Typische Probleme im Haftpflichtprozess, Rnr.178; Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, S.824.

⁴⁸ BGH, VersR 1975, 952.

⁴⁹ BGH NJW 1990, 3151.

⁵⁰ Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, S.824.

⁵¹ Maaß, Anwaltstätigkeit im Beweisverfahren der Zivilprozessordnung, S.29 f.

⁵² BGH WM 1998, 204, 206 m.w.N.; BGH NJW 1972, 131 f.; BGH NJW 1976, 1316.

gen der gegnerischen Partei wahr ist oder eine sonstige Beweiserleichterung annehmen.⁵³

c. Beweisfragen im Bank- und Kapitalmarktrecht

Im Anschluss an vorstehende Auflistungen von Beweiserleichterungen folgt eine Darstellung von speziellen Beweisfragen im Bank- und Kapitalmarktrecht:

(1) Bankrecht

(aa) Haftung bei der Verletzung von Informations- und Beratungspflichten im Bankrecht

Informations- und Beratungspflichten können entweder Hauptpflichten der Bank gegenüber ihrem Kunden aus einem Beratungsvertrag sein oder es kann sich um Pflichten handeln, die im Rahmen der Vertragsanbahnung eines spezifischen Bankvertrages, etwa eines Darlehensvertrages, eines Kontoeröffnungsvertrages oder eines Vertrages über den Erwerb eines Wertpapiers entstehen.^{54 55} Da im letzteren Fall die Pflichten zu einem Zeitpunkt relevant werden, zu dem der Vertrag noch nicht geschlossen ist, handelt es sich regelmäßig um vorvertragliche Pflichten gemäß §§ 241 II, 280 I, 311 II BGB (culpa in contrahendo).⁵⁶

Verletzt ein Kreditinstitut eine individuelle, d.h. kunden- und geschäftsbezogene Informations- oder Beratungspflicht bei der Anbahnung oder Durchführung eines konkreten Vertragsverhältnisses mit einem Kunden (Anleger), so haftet es nach vertraglichen bzw. vertragsähnlichen (quasi-vertraglichen) Grundsätzen auf Schadenersatz.⁵⁷ Den Rechtsgrundlagen einer Haftung ist gemeinsam,

⁵³ BGH NJW 1972, 131 f.; BGH NJW 1976, 1316.

⁵⁴ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 4, Rnr.1.

⁵⁵ Vgl. zur Abgrenzung im Einzelnen: Siol, DRiZ 2006, 223 f.

⁵⁶ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 4, Rnr.1.

⁵⁷ Van Look in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 1, Rnr.5.

- dass eine Pflicht des Kreditinstituts zur Information und / oder
- Beratung bestand, diese Pflicht in rechtlich relevanter Weise verletzt worden ist,⁵⁸
- das Kreditinstitut diese Pflichtverletzung zu vertreten hat und
- dem Anleger hierdurch ein Vermögensnachteil entstanden ist.⁵⁹

(bb) Beweislastverteilung bei der Verletzung von Informations- und Beratungspflichten

Nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung müsste der Geschädigte im Zivilprozess als Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches hinreichend substantiiert darlegen und im Fall des Bestreitens beweisen, dass eine (vor-)vertragliche Informations- und Beratungspflicht des Schädigers bestand, der Anspruchsgegner diese verletzt hat und ihm, dem Anspruchsteller, hierdurch ein Vermögensschaden entstanden ist.⁶⁰

Macht der Kunde mithin geltend, die Bank sei ihrer Beratungs- und Aufklärungspflicht ganz oder zum Teil in schuldhafter Weise nicht nachgekommen, so trägt er die Beweislast für die objektive Pflichtverletzung.⁶¹ Da eine solche Pflichtverletzung häufig in einer Nichtaufklärung liegen wird, muss der Kunde einerseits beweisen, dass der Bank tatsächlich entsprechende Pflichten oblagen und andererseits den Negativbeweis der Nichtaufklärung

⁵⁸ Z.B. durch unzutreffende oder unvollständige Information, nicht interessengerechte Beratung oder Mitwirkung an einem unrichtigen Prospekt.

⁵⁹ Van Look in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 1, Rnr.13.

⁶⁰ Wobei ihm ggf. die Beweiserleichterungen nach § 252 S.2 BGB, § 287 ZPO zugute kommen.

⁶¹ Assies / Beule, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 9, Rnr.101; Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 110, Rnr.11; Balzer, ZBB 1997, 260, 268; Zöllner / Gregor, vor § 284, Rnr.17; Bruske, Beweislast, S.18.

führen.⁶² Hierzu gehört die Darlegung der Beratungspflicht ebenso wie die Nichtbeachtung von Anlagezielen oder relevanten Veröffentlichungen.⁶³

Bestätigt wird diese Auffassung durch ein Urteil des BGH⁶⁴ im Zusammenhang mit Fragen der Beweislast:

Hier geht es ... nicht um eine isoliert geschuldete Leistungspflicht des Vermittlers auf Aushändigung eines Anlageprospekts an den Anlageinteressenten. Vielmehr ist die Aushändigung des Anlageprospekts im Zusammenhang mit der Vermittlung einer Vermögensanlage nur ein Element im Rahmen der geschuldeten Unterrichtung des Interessenten. Sie ist eines von mehreren Mitteln, die dem Aufklärungspflichtigen (hier: Anlagevermittler) helfen, sich seiner Pflicht zur Information zu entledigen

Bei dieser grundsätzlichen Ausgangslage zur Darlegungs- und Beweislast für den Fall einer vom Anspruchsteller behaupteten Schlechterfüllung lässt sich ... für den Fall des Streits über die Übergabe des Prospekts einer in Betracht gezogenen Kapitalanlage auch nicht allein mit dem Argument ... halten, der Beweis, einen körperlichen Gegenstand übergeben zu haben, lasse sich unschwer dadurch führen, dass der Anlagevermittler sich diese Tatsache quittieren lasse. Diesem Umstand mag eine Indizwirkung zukommen. Zu einer Beweislastumkehr führt er de lege lata nicht. Soweit keine andere spezialgesetzliche Regelung vorliegt (s. etwa [§ 37d Abs. 4 Satz 2 WpHG⁶⁵](#)), hat es also bei der

⁶² Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 4, Rnr.82.

⁶³ OLG Frankfurt, WM 1993, 1030, 1032; Welter / Lang, Handbuch der Informationspflichten im Bankverkehr, Rnr.7.93.

⁶⁴ BGH WM 2006, 1288 ff. (Leitsatz: Nimmt der Zeichner einer Vermögensanlage den Anlagevermittler auf Schadensersatz wegen unzureichender Risikoaufklärung in Anspruch, so trägt er für die Behauptung, vom Vermittler keinen - Risikohinweise enthaltenden - Anlageprospekt erhalten zu haben, die Beweislast)

⁶⁵ § 37 d Abs. 4 WpHG seit dem 01.11.2007 nicht mehr in Kraft (Fassung zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung: *Hat das Unternehmen gegen die Informationspflicht nach Absatz 1 oder 3 Satz 1 verstoßen, ist es dem Verbraucher zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Ist streitig, ob das Unternehmen seine*

herkömmlichen Beweisregel sein Bewenden.

Macht danach ein Kapitalanleger gegen einen Vermittler Schadensersatzansprüche mit der Behauptung geltend, die ihm vom Vermittler erteilten Informationen seien unrichtig bzw. unvollständig gewesen, da dieser den entsprechenden Anlageprospekt nicht rechtzeitig ausgehändigt und nicht vollständig über die Risiken aufgeklärt habe, so trägt der Kapitalanleger für die vom ihm behauptete Schlechterfüllung des Auskunftsvertrages – unbeschadet der insoweit bestehenden sekundären Behauptungslast der Gegenseite – die Darlegungs- und Beweislast.

Hierbei müsse nach Ansicht des Senats der Umstand Berücksichtigung finden, dass es sich bei der Aushändigung eines Anlageprospekts an den Anlageinteressenten nicht um eine isoliert geschuldete Leistungspflicht des Vermittlers handele. Vielmehr sei die Aushändigung des Anlageprospekts im Zusammenhang mit der Vermittlung einer Vermögensanlage nur ein Element im Rahmen der geschuldeten Unterrichtung des Interessenten. Sie sei eines von mehreren Mitteln, die dem Aufklärungspflichtigen helfen, sich seiner Pflicht zur Information zu entledigen und stelle damit lediglich eine Nebenpflicht im Rahmen der Informations- und Aufklärungspflicht dar, womit es bei den allgemeinen Regeln bleibe.⁶⁶

Eine solche Darlegungs- und Beweislast obliegt dem Anleger auch im Rahmen einer behaupteten arglistigen Täuschung seitens der Bank. Insoweit führt der BGH⁶⁷ in einem Urteil Folgendes aus:

Eine Haftung der Bank setze zwingend eine arglistige Täuschung

*Verpflichtung nach Absatz 1 oder 3 erfüllt hat oder ob es den Verstoß zu vertreten hat, trifft das Unternehmen die **Beweislast**. Der Anspruch des Verbrauchers auf Schadenersatz verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist.)*

⁶⁶ BGH WM 2006, 1288 ff.

⁶⁷ BGH NZG 2008, 747 ff.

voraus, für welche der Anleger die Beweislast trage. § 282 a.F. BGB, bei welchem ein vorsätzliches Handeln des Vermittlers vermutet werde und auf welchen der Anleger sich im Zusammenhang mit einer behaupteten Falschinformation des Vermittlers gestützt habe, sei insofern nicht anwendbar, da dieser bei Ansprüchen, bei welchen Vorsatz Voraussetzung der Norm selbst ist, keine Anwendung finde.

Grundlage der Haftung sei vielmehr eine arglistige Täuschung durch den Vermittler. Bei dieser müsse aber der Getäuschte die Arglist darlegen und beweisen. Gleiches müsse für den aus der arglistigen Täuschung abgeleiteten Anspruch aus vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsverhandlungen gelten.⁶⁸

Hat der Kunde dieser Darlegungs- und Beweislast genügt, muss die beklagte Bank dessen Behauptungen substantiiert bestreiten und konkret darlegen, wo und wie die erforderliche Beratung vorgenommen wurde.⁶⁹

Die haftungsbegründende Kausalität stellt den Anleger jedoch regelmäßig vor Beweisschwierigkeiten. Es stellt sich in diesem Zusammenhang nämlich die Frage, ob der Kunde bei vollständiger und zutreffender Information oder interessengerechter Beratung die Anlageentscheidung nicht getroffen hätte.

Die Rechtsprechung⁷⁰ hilft jedoch in diesen Fällen mit unterschiedlichen Beweiserleichterungen, wobei der für das Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat⁷¹ von einer Umkehr der Beweislast zugunsten des Geschädigten ausgeht.⁷² Steht danach die Verlet-

⁶⁸ BGH NZG 2008, 747 ff.

⁶⁹ Assies / Beule, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 9, Rnr. 101.

⁷⁰ BGHZ 124, 151, 159 ff. (m.w.N.); BGH WM 1997, 811, 813; OLG Düsseldorf, WM 1996, 1488, 1495;

⁷¹ In vereinzelt Entscheidungen zu Verträgen mit rechtlichen Beratern soll nach der Rechtsprechung des IX. Senats bei Aufklärungspflichtverletzungen allerdings keine Beweislastumkehr eingreifen, sondern lediglich ein Anscheinsbeweis vorliegen (BGHZ 123, 311, 314; BGH NJW 1994, 1472, 1475).

⁷² Van Look in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 1, Rnr.133.

zung einer vertraglichen Aufklärungs- oder Beratungspflicht fest, ist die Bank beweisbelastet dafür, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, weil sich der Geschädigte über jeden Rat und Hinweis hinweggesetzt hätte (sog. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens).⁷³ Dies soll aber dann nicht gelten, wenn die pflichtgemäße Information bzw. Beratung bei dem Geschädigten einen Entscheidungskonflikt ausgelöst hätte, weil vernünftigerweise nicht nur eine, sondern mehrere Möglichkeiten aufklärungsrichtigen Verhaltens bestanden;⁷⁴ in diesem Fall muss wiederum der Geschädigte die Ursächlichkeit beweisen.⁷⁵ Die Kausalitätsvermutung setzt folglich voraus, dass es nur eine einzige Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gibt.⁷⁶

Grundsätzlich unbeachtlich ist hingegen die hypothetische Kausalität.⁷⁷ Führt ein pflichtwidriges Verhalten einen Schaden herbei, so kann sich der Schädiger nicht darauf berufen, derselbe Schaden wäre aufgrund eines anderen Umstandes (sog. Reserveursache) später ohnehin eingetreten.⁷⁸

(cc) Anlageberatung (Beraterhaftung)⁷⁹

(a) Eine spezielle Beratungsoption im Rahmen des Bankrechts stellt die Anlageberatung dar. Diese ist die vertraglich gewollte und aufgrund besonderer Sachkunde erteilte informierende Aufklärung und bewertende Beurteilung bestimmter Anlageformen, die sich bezieht auf eine konkret ins Auge gefasste oder zu-

⁷³ BGH WM 1994, 149, 151; ZIP 1994, 1168, 1169.

⁷⁴ BGH WM 1994, 1466, 1467; ZIP 1998, 1306, 1307.

⁷⁵ Van Look in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 1, Rnr.133.

⁷⁶ BGH WM 2004, 1774, 1777; BGH WM 2002, 1442, 1444; BGHZ 124, 151, 161.

⁷⁷ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 4, Rnr.39.

⁷⁸ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 4, Rnr.39; BGH WM 1988, 244.

⁷⁹ Zur Anlagevermittlung im Einzelnen: Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 50, Rnr.5 ff.

nächst unbestimmt gewollte Anlage wie auch auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse dessen, der die Beratung in Anspruch nimmt.^{80 81}

Die Anlageberatung bezweckt in erster Linie den Schutz des Anlegers, Kunden, Verbrauchers, der weniger weiß und eine geringere Erfahrung in der Anlage von Kapital, besonders in Wertpapieren hat als die Bank oder das Wertpapierdienstleistungsunternehmen.⁸² Gewährleistet wird der Schutz durch die Verpflichtung zu Aufklärung, Beratung, Empfehlung und gegebenenfalls Warnung.⁸³

Inhalt und Umfang der dem Berater obliegenden Aufklärungspflichten bestimmen sich nach der Aufklärungsbedürftigkeit des Anlegers. Der Mitarbeiter des Kreditinstituts hat den Anleger nach seinen Anlagezielen, Erfahrungen und Kenntnissen in den beabsichtigten Geschäften und nach seinen Vermögensverhältnissen zu befragen. Für den jeweiligen Berater besteht dann bei Pflichtverletzungen eine sog. Beraterhaftung.

Eine Anlageberatung kann jedoch nur dann anlagegerecht sein, wenn sie das für eine spezifische Anlageform typische Risiko-Chancen-Profil für den Investor verständlich macht. Zu den vom Berater zu schildernden Risiken gehören allgemeine Basisrisiken (z.B. Konjunkturlage, Entwicklung der Märkte) und spezielle Risiken, die zu der besonderen Anlageform gehören (z.B. Insolvenz-, Kurs-, Zins- und Währungsrisiko).⁸⁴ Die Objektivität verpflichtet das Kreditinstitut dabei, die Kundeninteressen in den Vordergrund zu stellen.

(b) Die Anlageberatung ist von der Anlagevermittlung abzugren-

⁸⁰ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 50, Rnr.3.

⁸¹ Siehe auch die Legaldefinition in § 2 II Nr.9 WpHG n.F.

⁸² Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 50, Rnr.1.

⁸³ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 50, Rnr.1.

⁸⁴ Vortmann in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 5, Rnr.17.

zen.⁸⁵ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Anleger im Allgemeinen einen Anlageberater hinzuziehen wird, wenn er selbst keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse und keinen genügenden Überblick über die für den konkreten Fall wichtigen wirtschaftlichen Zusammenhänge hat.⁸⁶ Er erwartet dann nicht nur die Mitteilung von Tatsachen, sondern insbesondere deren fachliche Bewertung und Beurteilung.⁸⁷ Als unabhängiger individueller Berater, dem weitreichendes persönliches Vertrauen entgegen gebracht wird, muss er besonders differenziert und fundiert beraten.⁸⁸

Dagegen tritt der Anlageinteressent dem Anlagevermittler, der für eine bestimmte Kapitalanlage im Interesse des Kapitalsuchenden und auch mit Rücksicht auf die ihm von diesem versprochene Provision den Vertrieb übernommen hat, selbstständiger gegenüber.⁸⁹ Der zwischen dem Anlageinteressenten und einem solchen Anlagevermittler zustande gekommene Vertrag zielt daher im Allgemeinen lediglich auf Auskunftserteilung ab, nicht auch auf eine Bewertung der mitgeteilten Tatsachen.⁹⁰ Er verpflichtet den Vermittler zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind.⁹¹

(c) Die Beweislast dafür, dass die Bank den Anleger überhaupt beraten hat, trifft die Bank. Die Beweislast für die Durchführung der Beratung und dessen fehlerhaften Inhalt trägt der Anleger.⁹²

⁸⁵ Zur Abgrenzung zur Vermögensverwaltung: Siehe Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 51, Rnr.2 ff.

⁸⁶ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 50, Rnr.29.

⁸⁷ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 50, Rnr.29.

⁸⁸ BGH WM 1981, 90; BGH WM 1993, 1239.

⁸⁹ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 50, Rnr.29.

⁹⁰ v. Heymann, NJW 1999, 1576; Raeschke / Kessler, WM 1993, 1830, 1831.

⁹¹ BGH WM 1981, 90; BGH WM 1989, 1923; BGH WM 1993, 1239.

⁹² Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 24, Rnr.70.

Die Beweislast dafür, dass die Beratung, Information oder Aufklärung fehlerhaft oder unvollständig war, trifft den Anleger. Dies gilt auch dann, wenn die Pflichtverletzung in einem Unterlassen besteht.⁹³ Dass damit dem Anspruchsteller letztlich der Beweis einer negativen Tatsache aufgebürdet wird, ändert an diesem Ergebnis nichts.

Dem Anspruchsteller wird dadurch geholfen, dass die wegen angeblich unterlassener Beratung und Aufklärung in Anspruch genommene und an sich nicht darlegungs- und beweispflichtige Partei die Behauptung, eine ordnungsgemäße Aufklärung sei nicht erfolgt, substantiiert bestreiten und konkret darlegen muss, wann, wo und wie sie die gebotene Aufklärung und Beratung vorgenommen oder veranlasst hat.⁹⁴

So wird vom Bankensenat des BGH gefordert (Urteil vom 07.10.2008 Az. XI ZR 89/07):

... Eine Bank genügt ihrer Pflicht zur Prüfung der Kapitalanlage aus einem Beratungsvertrag nicht etwa bereits dadurch, dass sie eine bloße Plausibilitätsprüfung des Emissionsprospektes vornimmt.

a) Eine solche Plausibilitätsprüfung kann allenfalls im Rahmen eines reinen Auskunftsvertrages ausreichend sein. Ein solcher kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stillschweigend zustande, wenn ein reiner Anlagevermittler ... ohne Beratung ein Anlageprodukt vertreibt und der Anlageinteressent erkennbar die be-

⁹³ BGHZ 61, 118, 120; BGH NJW 1978, 2197, 2198; BGH NJW 1987, 1322, 1323; OLG Düsseldorf, WM 1996, 1082, 1086.

⁹⁴ OLG Düsseldorf, WM 1996, 1082, 1086 (Leitsatz 3: Zwar trägt grundsätzlich der Anlagekunde die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß der Anlagevermittler seine Aufklärungs- und Beratungspflichten verletzt hat. Im Rahmen der sogenannten sekundären Darlegungslast muss aber der Anlagevermittler die Behauptung, es sei keine ordnungsgemäße Risikoaufklärung erfolgt, substantiiert bestreiten und konkret darlegen, wann, wo und wie er die gebotene Aufklärung und Beratung vorgenommen bzw. veranlasst hat.); BGH WM 2008, 2166; Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 50, Rnr.201.

sonderen Erfahrungen und Kenntnisse des Vermittlers in Anspruch nehmen will und der Anlagevermittler die gewünschte Tätigkeit beginnt

b) Bei einem Beratungsvertrag ist die Bank zu mehr als nur zu einer Plausibilitätsprüfung verpflichtet. In Bezug auf das Anlageobjekt hat sich die Beratung auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Dabei ist zwischen den allgemeinen Risiken (Konjunkturlage, Entwicklung des Börsen- oder Fondsmarktes) und den speziellen Risiken zu unterscheiden, die sich aus den individuellen Gegebenheiten des Anlageobjektes (Kurs-, Zins- und Währungsrisiko etc.) ergeben. Für den Umfang der Beratung ist hier insbesondere von Bedeutung, ob die beratende Bank das Anlageobjekt in ein von ihr zusammengestelltes Anlageprogramm aufgenommen und sie dieses zur Grundlage ihrer Beratung gemacht hat. Jedenfalls die in ihr Anlageprogramm aufgenommenen Anlageprodukte muss sie einer eigenen Prüfung unterziehen. Der Anlageinteressent darf davon ausgehen, dass seine ihn beratende Bank, der er sich anvertraut, die von ihr in ihr Anlageprogramm aufgenommenen Kapitalanlagen selbst als "gut" befunden hat (...). Die Bank ist daher verpflichtet, eine Anlage, die sie empfehlen will, mit banküblichem kritischem Sachverstand zu prüfen (...).

...

Erweckt sie den Eindruck, eine Kapitalanlage mit positivem Ergebnis geprüft zu haben, so hat sie den Anlageinteressenten auf alle bei ordnungsgemäßer banküblicher Überprüfung erkennbaren Risiken der Anlage hinzuweisen (...). Eine unterlassene Prüfung der empfohlenen Kapitalanlage kann danach, was das Berufungsgericht verkannt hat, nur dann zur Haftung der Bank führen, wenn bei dieser Prüfung ein Risiko erkennbar geworden wäre, über

das der Anleger hätte aufgeklärt werden müssen, oder wenn erkennbar geworden wäre, dass eine Empfehlung der Kapitalanlage nicht anleger- und/oder objektgerecht ist (...).

Im Zusammenhang mit diesbezüglichen Fragen bleibt es somit bei dem zivilprozessualen Grundsatz, dass der Anspruchsteller die Tatsachen, die seinen Anspruch begründen, zu beweisen hat.

Hat der Anspruchsteller bei dem Anlageberatungs- oder Aufklärungsgespräch keine weitere Person hinzugezogen, die ihm als Zeuge dienen kann, so kann der Zeugenbeweis durch die Einnahme des Anlageberaters angeboten werden, da die Zeugeneinnahme des Anspruchstellers als Partei in aller Regel nicht möglich sein dürfte (vgl. § 447 ZPO). Eine andere Möglichkeit besteht darin, den Schadenersatzanspruch an eine dritte Person abzutreten und den Bankkunden, der beraten oder aufgeklärt worden sein soll, als Zeugen durch den dann Anspruchsberechtigten benennen zu lassen.⁹⁵

Die Zuhilfenahme eines Anscheinsbeweises scheidet im Rahmen der Anlageberatung regelmäßig aus. Dies wurde vom BGH 2004 erneut bestätigt.⁹⁶ Darin stellte der BGH zum wiederholten Male fest, dass eine Anlageentscheidung einen von so vielfältigen rationalen und irrationalen Faktoren, spekulativen Elementen beeinflusst und sinnlich nicht wahrnehmbaren individuellen Willensentschluss darstelle, dass es dafür grundsätzlich keinen Anscheinsbeweis für eine sicher bestimmbare Verhaltensweise gebe.^{97 98}

⁹⁵ Buthmann in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 6, Rnr.136.

⁹⁶ BGH, ZIP 2004, 1599.

⁹⁷ BGH, ZIP 2004, 1599, 1603; vgl. auch BGHZ 100, 214, 216; BGHZ 123, 311, 315 (die zu denkbaren Ausnahmen zu diesem Grundsatz Stellung nehmen).

⁹⁸ Für eine Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises im Rahmen der Anlageberatung: Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 24, Rnr.70; Bruske, Beweiswürdigung und Beweislast, S.55 ff.,163.

(2) Kapitalmarktrecht

Das Kapitalmarktrecht ist ein Querschnittsrecht.⁹⁹ Das bedeutet: seine Rechtsquellen sind nicht in einem Kapitalmarktrechtbuch kodifiziert, sondern ergeben sich aus einer Vielzahl von gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften und Regelungen.¹⁰⁰

(aa) Prospekthaftung¹⁰¹

Eine solche Rechtsquelle stellt die Prospekthaftung bei Wertpapieren dar. Für unrichtige bzw. unvollständige Wertpapierprospekte, auf Grund deren Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen werden sollen, gelten die Regelungen der §§ 44, 45 BörsG. Für Wertpapiere, die nicht zum Handel an einer inländischen Börse zugelassen sind, aber öffentlich angeboten werden, folgt die Prospekthaftung aus § 13 VerkProspG (welcher auf §§ 44, 45 BörsG verweist).

(bb) Inhalt der Prospekthaftung¹⁰²

Prospekthaftung bedeutet, dass ein Wertpapiererwerber nach § 44 I BörsG die Rücknahme dieser Wertpapiere gegen Zahlung des Erwerbspreises sowie der mit dem Erwerb verbundenen, üblichen Kosten verlangen kann, wenn die im Prospekt gemachten Angaben unrichtig oder unvollständig sind.¹⁰³

Die Funktion der Prospekthaftung besteht in dem Schutz des Anlegers vor unlauterem Wertpapierangebot (§§ 44-47 BörsG). Der Anleger soll durch den für die Zulassung eines Wertpapiers zum

⁹⁹ Schneider, AG 2001, 269, 271; Schwarz, DStR 2003, 1930.

¹⁰⁰ Schwarz, DStR 2003, 1930; Derleder, Knops, Bamberger Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, S. VI (Vorwort zur 2. Aufl.) wohl für Bank- und als auch für Kapitalmarktrecht.

¹⁰¹ Die Prospekthaftung hat vor allem im „Beton- und Monier AG“-Fall (OLG Düsseldorf, ZIP 1981, 847, 849), im „Bond“-Fall (OLG Frankfurt, AG 1994, 184) und dem „Elsflether Werft“-Fall (BGH AG 1998, 520) Bedeutung erlangt.

¹⁰² Da die Regeln über die Beweisverteilung nach dem Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz gemäß § 13 VerkProspG i.V.m. §§ 45, 46 BörsG der Prospekthaftung nach dem BörsG unterfallen, beschränkt sich die folgende Darstellung auf letztgenannte.

¹⁰³ Claussen, Bank- und Börsenrecht, § 9, Rnr.81.

amtlichen Markt erforderlichen Prospekt über den Emittenten und das Wertpapier vollständig und wahrheitsgerecht informiert werden.¹⁰⁴

Man kann innerhalb der Prospekthaftung zwischen zwei Gruppen differenzieren: Zum einen die im Gesetz verankerten, das heißt spezialgesetzlich geregelten Haftungstatbestände und zum anderen die von der Rechtsprechung entwickelte allgemeinzivilrechtliche Prospekthaftung.

Bei den Vorschriften nach dem BörsG handelt es sich um ein lex specialis gegenüber anderen zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen geschädigter Investoren.¹⁰⁵ Die allgemein zivilrechtliche Prospekthaftung insbesondere gemäß § 826 BGB wird daher verdrängt.¹⁰⁶ Gemäß § 47 BörsG ist vorgesehen, dass weitergehende Ansprüche, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufgrund von Verträgen oder vorsätzlichen unerlaubten Handlungen erhoben werden können, durch diese Haftung unberührt bleiben – dies bedeutet, dass vertragliche und nebenvertragliche Ansprüche gegen einen Prospektverantwortlichen durch die §§ 44 ff. BörsG nicht ausgeschlossen werden.^{107 108}

(cc) Börsengesetzliche Prospekthaftung

Die §§ 44 und 45 BörsG unterlagen in den letzten Jahren umfassenden Änderungen. Hierbei sind vor allem die Änderungen durch das 3. und 4. Finanzmarktförderungsgesetz zu nennen,

¹⁰⁴ Claussen, Bank- und Börsenrecht, § 9, Rnr.80.

¹⁰⁵ Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 7, Rnr.377; Hauptmann in Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 2, Rnr.13; Schwark, BörsG, §§ 45, 46, Rnr.43; Waldeck / Süßmann, WM 1993, 361, 367; von Westphalen, BB 1994, 85, 88; Bosch in Hellner / Steuer, Rnr.10.136.
Anders: Benecke, BB 2006, 2597, 2598; Palandt / Heinrichs, § 280, Rnr.54, 55; Janert / Schuster, BB 2005, 987, 991 f.

¹⁰⁶ Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 7, Rnr.377.

¹⁰⁷ Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 7, Rnr.377.

¹⁰⁸ Es ist ferner festzuhalten, dass die §§ 44, 45 BörsG keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs.2 BörsG sind (Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 7, Rnr.377).

durch die im Wesentlichen das noch aus dem Jahre 1896 stammende Börsengesetz modernisiert wurde.¹⁰⁹

Im 3. *Finanzmarktförderungsgesetz* hat der Gesetzgeber die Prospekthaftungsregeln völlig neu gefasst: Nach altem Recht gestaltete sich für den Anleger die Durchsetzung seiner Rechte oft als schwierig, da ihn die Beweislast dafür traf, dass der Erwerb der Wertpapiere aufgrund des fehlerhaften Prospektes erfolgte. Die Härten dieser Beweislastverteilung versuchte die Rechtsprechung mit der tatsächlichen Vermutung abzumildern, dass sich der Anleger bei dem Erwerb innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nach der Prospektveröffentlichung auf eine am Markt herrschende positive „Anlagestimmung“¹¹⁰ berufen konnte.¹¹¹ Die Ursächlichkeit des Prospekts für die Anlageentscheidung wurde damit „prima-facie“ vermutet.

Seit dem 3. *Finanzmarktförderungsgesetz* ist dem Gesetz eine Beweislastumkehr zu entnehmen.¹¹² In § 45 II Nr.1 BörsG wird nunmehr die Kausalität zwischen Prospekt und Erwerb vermutet. Unklar ist seit der Novellierung des BörsG jedoch, wie weit diese Vermutung reicht.

(aaa) Geht man mit einer Auffassung¹¹³ davon aus, dass diese Regelung auf die konkrete Kausalität (d.h. tatsächliche Kenntnis des Erwerbers von dem Inhalt des Prospektes) abstellt, so wäre nach § 292 ZPO diese vermutete konkrete Kausalität nur durch den vollen Beweis des Nichtvorliegens zu widerlegen.¹¹⁴

¹⁰⁹ Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 7, Rnr.379.

¹¹⁰ Das OLG Frankfurt am Main sah in seiner ersten „Bond-Entscheidung“ bei einem Kaufkurs von 76,5 % die positive Anlagestimmung als noch gegeben an, während es in der zweiten „Bond-Entscheidung“ bei einem Kurseinbruch auf unter 60 % des Ausgabekurses von einem Wegfall der positiven Anlagestimmung ausging.

¹¹¹ OLG Düsseldorf, WM 1981, 969, 971; Schwark, BörsG, §§ 45, 46, Rnr.34 m.w.N., Fußnote 137.

¹¹² BGHZ 139, 225 („Elsflether Werft“); Hauptmann in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 3, Rnr.123; Kort, AG 1999, 12.

¹¹³ Weisgerber, Die Bank 2000, 204 ff.

¹¹⁴ Hauptmann in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 3, Rnr.123.

(bbb) Eine andere Auffassung¹¹⁵ qualifiziert § 45 II Nr.1 BörsG lediglich als eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung zur Anlagestimmung ohne inhaltliche Modifikationen. Den Prospektverantwortlichen wird der Nachweis einer fehlenden Kausalität zwischen dieser Prospektveröffentlichung und dem Erwerb ermöglicht, indem er den Beweis des Gegenteils erbringt.

(ccc) Stellungnahme: Die erstgenannte Auffassung überschreitet den Regelungszweck der Vorschrift. Aufgrund des Umstandes, dass der Anspruchsteller den Prospekt tatsächlich nicht gelesen zu haben braucht, um einen Anspruch geltend machen zu können, würden §§ 45, 46 BörsG der gesetzgeberischen Intention zuwiderlaufend inhaltlich überdehnt werden. Ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf greift die Regelung des § 46 II Nr.1 BörsG das von der Rechtsprechung entwickelte Kriterium der Anlagestimmung auf.¹¹⁶

Auch lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift (...“nicht auf Grund des Prospektes erworben wurden, ...“) lediglich eine Kausalitätsvermutung dahingehend entnehmen, dass der Kauf durch den Prospekt beeinflusst wurde, nicht aber, dass dieser von dem Erwerber auch tatsächlich zur Kenntnis genommen wurde.¹¹⁷

Ein von der ersten Auffassung geforderter Beweis dürfte darüber hinaus in den seltensten Fällen gelingen, so dass es dem Anspruchsgegner nahezu unmöglich wäre, diesen Beweis zu führen. Letztlich steht die hier vertretene Auffassung auch im Einklang mit den sonstigen Informationspflichten für Emittenten.

Die erste Auffassung ist daher abzulehnen. Der Prospektverantwortliche kann die gesetzliche Vermutung folglich durch den Be-

¹¹⁵ Claussen, Bank- und Börsenrecht, § 9, Rnr.87; Pötzsch, WM 1998, 949, 950.

¹¹⁶ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 13/8933, S.76, 80.

¹¹⁷ Hauptmann in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 3, Rnr.123; Sittmann, NZG 1998, 494.

weis des Gegenteils entkräften.¹¹⁸

Im Rahmen der Änderungen des 4. *Finanzmarktförderungsgesetzes* wurden die §§ 45 bis 49 BörsG in der Fassung des 3. *Finanzmarktförderungsgesetzes* mit gleichem Wortlaut in die §§ 44 bis 48 BörsG übernommen, wobei jedoch die Verjährungsfrist von vorher 6 Monaten ab Kenntnis auf 1 Jahr ab Kenntnis verlängert wurde (§ 46 BörsG).¹¹⁹

Die beiden für die börsengesetzliche Prospekthaftung maßgeblichen Bestimmungen der §§ 45, 46 BörsG finden unmittelbar auf Prospekte Anwendung, aufgrund derer Wertpapiere zum Handel mit amtlicher Feststellung des Börsenpreises (amtliche Notierung) zugelassen wurden.¹²⁰ Gemäß § 45 I Satz 1 BörsG haften diejenigen, die für den Prospekt die Verantwortung übernommen haben und diejenigen, von denen der Prospekt ausgeht.¹²¹

(dd) Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung

Durch höchstrichterliche Rechtsprechung¹²² wurde das Instrument einer bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung geschaffen, um Anlageformen des „grauen Kapitalmarktes“, die keinerlei spezialgesetzliche Reglementierung erfahren haben, zu erfassen und auch hier einen hinreichenden Schutz der Kapitalanleger vor unrichtigen und unvollständigen Werbeprospekten sicherzustellen.¹²³

Ein Prospekt stellt in der Regel die für den Anlageinteressenten wichtigste und häufigste Informationsquelle dar und bildet im All-

¹¹⁸ Gegen eine grundsätzliche Beweislastumkehr: Stodolkowitz, VersR 1994, 11, 13.

¹¹⁹ Groß, Kapitalmarktrecht zu §§ 44, 45 BörsG, Rnr.1 f.; Assies / Beule / Heise / Strube, Bank- und Kapitalmarktrecht, Kapitel 7, Rnr.379.

¹²⁰ Hauptmann in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 3, Rnr.27.

¹²¹ Hauptmann in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 3, Rnr.49.

¹²² u.a. BGH, BB 1981, 865; BGH, BB 1978, 979; OLG Bremen, DB 1997, 1705, 1706.

¹²³ Hauptmann in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 2, Rnr.1.

gemeinen die Grundlage seiner Anlageentscheidung.¹²⁴ Die Prospekthaftung knüpft daran an, dass Prospekte den Anlegern ein möglichst genaues Bild über die tatsächlichen Grundlagen der angebotenen Wertpapiere vermitteln, insbesondere ein Urteil über die wirtschaftliche Entwicklungsfähigkeit des Emittenten und mittelbar über die Qualität der Wertpapiere, ermöglichen sollen.¹²⁵

Die Prospekthaftung entstand aus der Weiterführung des Gedankens der Vertrauenshaftung aus c.i.c., sowie in Anlehnung an die damals bestehenden spezialgesetzlichen Bestimmungen zur Haftung bei unvollständigen und unrichtigen Prospekten.¹²⁶ Sie lässt sich daher als kapitalmarktrechtliche Vertrauenshaftung bezeichnen.¹²⁷

Für die Prospekthaftung wird diese Haftung durch die Rechtsprechung jedoch erheblich erweitert, weil über die Fälle konkreten Verhandlungsvertrauens hinaus auch eine kraft Amtes, Berufes, Sachkunde oder anerkannter wirtschaftlicher Stellung begründete Garantenstellung Anknüpfungspunkt von Vertrauen sein und entsprechende Haftungsfolgen auslösen kann.

(ee) Beweisfragen der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung

Der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung unterfallen all jene, denen auf vertraglicher oder quasi-vertraglicher Grundlage eine Aufklärungspflicht obliegt und die sich in der Erfüllung derselben eines Prospekts bedienen und inhaltlich „zu eigen machen“ oder einen „aus ihrer Person hergeleiteten zusätzlichen Vertrauensstatbestand“ schaffen, um so ihren Verhandlungspartnern „eine zusätzliche, wenn nicht gar die ausschlaggebende Gewähr für die Richtigkeit der in dem Werbeprospekt oder der Kapitalanlage gemachten Angaben bieten.“¹²⁸

¹²⁴ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 58, Rnr.63.

¹²⁵ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 58, Rnr.63.

¹²⁶ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, Vor § 104, Rnr.120.

¹²⁷ Schwark, BörsG, §§ 45, 46, Rnr.43.

¹²⁸ BGHZ 74, 103, 109.

Die Wertpapiere müssen nach der Veröffentlichung des Prospekts erworben worden sein (§ 44 I S.1 BörsG), da erst der veröffentlichte Prospekt beim Publikum eine sog. Anlagestimmung erzeugt.¹²⁹ Aufgrund der Anlagestimmung ist von der tatsächlichen Vermutung auszugehen, dass der unrichtige oder unvollständige Prospekt für den Erwerb der Wertpapiere ursächlich war.¹³⁰

Kausalität von Prospektmängeln für die Anlageentscheidung ist jedoch bereits auch dann gegeben, wenn diese zumindest mitursächlich für den Anlageentschluss, die Prospektmängel mit hin (unter Umständen neben anderen Motiven) mitbestimmend für die Entscheidung des Anlegers waren. Die Beweiserleichterungen, die die Rechtsprechung dem geschädigten Anleger zugesteht, lassen sich dabei grundsätzlich so zuordnen, dass Fälle unterbliebener Aufklärung im Prospekt (d.h. Fälle der Prospekthaftung im weiteren Sinne¹³¹) regelmäßig eine Beweislastumkehr zur Folge haben, während bei Fällen, in denen keine konkrete Vertrauensstellung des Prospektverantwortlichen besteht (d.h. bei Prospekthaftung im engeren Sinne¹³²), eine auf § 286 ZPO gestützte Beweiswürdigungsregel maßgebend ist.¹³³

Die Kausalitätsvermutung wird widerlegt, wenn der Prospektver-

¹²⁹ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 58, Rnr.81.

¹³⁰ BGHZ 139, 225.

¹³¹ Von der Prospekthaftung im weiteren Sinne spricht man bei der Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens (§ 311 II, III BGB), das z.B. seitens des Anlageberaters oder Anlagevermittlers dem Anlageinteressenten gegenüber unter Verwendung eines Prospektes in Anspruch genommen wird (Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 50, Rnr.40).

¹³² Eine Prospekthaftung im engeren Sinne liegt dann vor, wo sich die Haftung ergibt, weil der Anleger typischerweise auf Richtigkeit und Vollständigkeit der vom Prospektverantwortlichen gemachten Angaben vertraut (Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 50, Rnr.39).

¹³³ Hauptmann in: Vortmann, Prospekthaftung und Anlageberatung, § 2, Rnr.83; BGHZ 79, 337, 346; BGH NJW-RR 1991, 1246, 1248; BGH NJW 1992, 3296 f.; Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 45, Rnr.63.

antwortliche Umstände darlegt, die zur vorzeitigen Beendigung der Anlagestimmung geführt haben oder eine solche Beendigung nahe legen.¹³⁴

Jedoch ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Grenzen der Beweiserleichterungen zu Gunsten des geschädigten Anlegers noch nicht abschließend durch eine kontinuierliche höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt sind.

(ff) Angebotsunterlagenhaftung

Mit § 12 WpÜG wurde eine Vorschrift im Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz geschaffen, die die Haftung für eine fehlerhafte Angebotsunterlage normiert. Sie stellt eine Neuerung gegenüber der bislang geltenden unverbindlichen Regelung des Übernahmekodex dar. Bei der Ausgestaltung der Haftungsvorschrift orientierte sich der Gesetzgeber des WpÜG an bereits bekannten kapitalmarktrechtlichen Normen¹³⁵, die Regelungen über fehlerhafte an den Kapitalmarkt gerichtete Veröffentlichungen enthalten.¹³⁶

Die die Haftung für fehlerhafte Angebotsunterlagen regelnde Vorschrift des § 12 I trifft selbst keine ausdrückliche Aussage darüber, auf welche Angebotsunterlagen die Norm anwendbar ist. Der Anwendungsbereich von § 12 I ist daher sowohl in zeitlicher, räumlicher als auch in sachlicher Hinsicht unter Bezugnahme auf die sonstigen Vorschriften des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes zu ermitteln.¹³⁷

Während für die haftungsbegründende Kausalität zwischen der unrichtigen oder unvollständigen Angebotsunterlage und der Annahme des Angebots gemäß § 12 III Nr.1 eine gesetzliche Vermutung spricht, fehlt es für den haftungsausfüllenden ursächli-

¹³⁴ BGHZ 139, 225; OLG Frankfurt, WM 1996, 1216.

¹³⁵ Z.B. §§ 44, 45 BörsG, § 20 KAGG, § 12 AuslInvestmG.

¹³⁶ Paul, Haftung für unrichtige Angebotsunterlagen, S.15.

¹³⁷ Paul, Haftung für unrichtige Angebotsunterlagen, S.23.

chen Zusammenhang an einer entsprechenden Regelung. Daraus ist zu entnehmen, dass eine gesetzliche Vermutung für die haftungsausfüllende Kausalität nicht existiert. Stattdessen ist Raum für die Anwendung des § 286 I S.1 ZPO. Das Gericht hat daher unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der mündlichen Verhandlung und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden.¹³⁸

Etwas anderes gilt nur im Fall des Entfallens des Schadensersatzanspruches wegen rechtmäßigen Alternativverhaltens. Hier trägt der Schädiger die Beweislast dafür, dass der Schaden auf jeden Fall eingetreten wäre.¹³⁹

2. Informationsquellen außerhalb der Mandantenebene

Aus redaktionellen Gründen wird vom Abdruck abgesehen

B. Klagearten und damit zusammenhängende Fragestellungen

Kapitalanleger stoßen bei der prozessualen Durchsetzung ihrer Ansprüche oftmals auf Schwierigkeiten: Die anspruchsbegründenden Sachverhalte, insbesondere bei Auslandsberührung, sind schwer aufzuklären und zu beweisen. Häufig sind erhebliche finanzielle Mittel erforderlich (z.B. für die Erstellung von Privatgutachten, für Research vor Ort und für den Einsatz von Detektiven und Fachleuten). Zudem sind auf Seiten der in Anspruch Genommenen der Gegenstandswert einer Einzelklage und das aus diesem errechnete Anwaltshonorar oft zu gering, um den Rechtsanwalt zu der für die Rechtsdurchsetzung notwendigen

¹³⁸ Paul, Haftung für unrichtige Angebotsunterlagen, S.75.

¹³⁹ BGHZ 29, 176, 187; 61, 118, 123; BGH NJW 1993, 520, 521.

besonderen Mühewaltung zu veranlassen.¹⁴⁰ Darüber hinaus lähmt die Pflicht, im Unterliegensfall nach deutschem Prozessrecht dem Beklagten die Prozesskosten erstatten zu müssen, die Bereitschaft des Anlegers, eine riskante, mit hohen Beweiskosten verbundene Klage zu erheben; letztlich muss auch berücksichtigt werden, dass der Prozessgegner im Regelfall über bessere Ressourcen verfügt (z.B. größere Prozessroutine, eigene Rechtsabteilung, mehr finanzielle Mittel).¹⁴¹

Deshalb verzichten die Geschädigten häufig im vermeintlich ökonomischen Eigeninteresse auf die Anspruchsverfolgung¹⁴², sie verfallen in „rationale Apathie“¹⁴³. Konsequenz dieser Situation ist, dass dann zwar eine normative, aber keine faktische Justizgewährung besteht.¹⁴⁴

1. Klägermehrheit

Die Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung¹⁴⁵ lassen sich reduzieren, wenn der betroffene Anleger gemeinsam mit anderen Geschädigten vorgeht.¹⁴⁶ Die anfallenden Kosten können dann auf mehrere Kläger verteilt werden. Zudem stehen den gleichermaßen Interessierten weitergehende Informationen aus dem Gesamtkomplex zur Verfügung als diese dem einzelnen bekannt sind.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Wunderlich, DB 1993, 2269.

¹⁴¹ Wunderlich, DB 1993, 2269.

¹⁴² BT-Drucksache 15/5091, S.1, 13.

¹⁴³ Baums, Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“, 2001, Rnr.189; Kalss, Anlegerinteressen, S.229 f.

¹⁴⁴ Heß, AG 2003, 113, 114; Duve / Pfitzner, BB 2005, 673, 674.

¹⁴⁵ Einen Überblick über weitere Probleme im Rahmen des Anlegerschutzprozesses bietet Stackmann, NJW 2008, 1345 ff.

¹⁴⁶ Kollektivklagen existieren bereits in England, Spanien, Portugal, Schweden, Kanada, Australien, Japan, China und den USA; wie in Deutschland wird auf privater Basis der Versuch unternommen; vgl. www.verlustrückerstattung.de

¹⁴⁷ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 24, Rnr.28.

Den Vorteilen gemeinsamen Vorgehens stehen jedoch auch Nachteile gegenüber, etwa die Verkomplizierung des gerichtlichen Verfahrens, ein Einflussverlust des einzelnen Klägers auf das Verfahren und der geringe Anreiz für den Schädiger, sich durch Anerkenntnis oder Vergleich der Schadenersatzforderung eines lästig gewordenen Einzelanlegers zu entledigen.¹⁴⁸ Gleichfalls besteht die Möglichkeit der Auftrennung der Verfahren durch das Gericht¹⁴⁹.

a) Treuhänderische Abtretung

Die Nachteile des Musterprozesses werden durch eine treuhän-

¹⁴⁸ Wunderlich, DB 1993, 2269.

¹⁴⁹ Beispiel Götdecke Rechtsanwälte:

Risiken

a) Trennung der Verfahren

Es besteht grundsätzlich das Risiko, dass das Gericht von sich aus die Verfahren in Einzelverfahren auftrennt. Diese Vorgehensweise ist grundsätzlich möglich und kann nicht ausgeschlossen werden. Hierdurch würden dann Einzelverfahren entstehen, mit den oben genannten Kosten.

b) Beteiligungsbeträge/Gesamtschuldnerische Haftung

Darüber hinaus regelt die Zivilprozessordnung (ZPO), dass die Kostenverteilung grundsätzlich nach Köpfen erfolgt. Aus diesem Grunde sollen weitestgehend ähnliche Beteiligungen zusammengefasst werden. Dies kann allerdings aufgrund der unterschiedlichen Rückmeldung der einzelnen Kommanditisten nicht immer genau so durchgeführt werden, so dass Konstellationen vorkommen können, in denen beispielsweise Kläger mit einer Beteiligungssumme von 10.000,00 € mit Klägern und einer Beteiligungssumme von 20.000,00 € zusammengefasst werden. Dies kann zu Mehr- oder Minderbelastungen des einzelnen Klägers im Verhältnis zu seiner Beteiligungssumme führen. Darüber hinaus hat das Gericht die Möglichkeit, die Kosten abweichend von dem oben genannten Grundsatz der Verteilung nach Köpfen zu verteilen. Dadurch würde sich für den einzelnen Anleger eine andere prozentuale Beteiligung an den Kosten des Verfahrens ergeben.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die einzelnen Anleger im Falle des Unterliegens die Kosten des Rechtsstreites als Gesamtschuldner tragen. Das bedeutet, dass die Kosten des Rechtsstreites von jedem einzelnen Anleger, allerdings insgesamt nur einmal gefordert werden können. Die Gegenseite hat also die Möglichkeit, wegen der dort angefallenen Kosten einen Anleger wegen der gesamten Kosten in Anspruch zu nehmen. Der einzelne Anleger wiederum hat dann einen entsprechenden Ausgleichsanspruch gegenüber seinen Streitgenossen. Praktisch kann sich dies z.B. auf die Kosten der Gegenseite auswirken, da die Gerichtskosten bzw. die Anwaltskosten auf dieser Seite bereits zu diesem Zeitpunkt beglichen worden sind.

derische Abtretung der Ansprüche an den Kläger vermieden.¹⁵⁰ In diesem Fall werden alle Ansprüche dadurch rechtshängig, dass der Kläger die Ansprüche gebündelt als Einzelkläger in einem Verfahren geltend macht. Im Innenverhältnis wird der Kläger durch einen Treuhandvertrag verpflichtet, von den abgetretenen Ansprüchen nur im Interesse der Zedenten Gebrauch zu machen und insbesondere den Erlös an diese abzuführen.¹⁵¹

Die Vorteile der treuhänderischen Abtretung liegen auf der Hand: Durch diese prozessuale Vorgehensweise werden die einzelnen Anleger der Mühe der Prozessführung entbunden, es wird ein einheitliches Vorgehen gegen den Beklagten gesichert und die Prozesskosten sind im Vergleich zu Einzelklagen erheblich geringer, da die Tabellen für die Gebühren der Rechtsanwälte und für die Gerichtskosten degressiv verlaufen. Zudem wird durch die Abtretung die Beweislage für den Anleger vorteilhaft verändert, denn als Anspruchsinhaber und damit als Prozesspartei dürfte er nicht als Zeuge aussagen, während er dies nach der Abtretung kann.¹⁵²

Die Zulässigkeit der Geltendmachung treuhänderisch abgetretener Ansprüche hat ihre Grenze im Rechtsmissbrauch. Die Abtretung ist rechtsmissbräuchlich und gemäß § 138 BGB nichtig, wenn sie erfolgt, um dem Prozessgegner die Erstattung von Prozesskosten unmöglich zu machen.¹⁵³ Eine unzumutbare Beeinträchtigung des Beklagten ist regelmäßig darin zu sehen, dass die Forderung an einen Vermögenlosen abgetreten wird, der im Falle seines Unterliegens im Prozess voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, dem Beklagten die entstandenen Kosten zu erstatten.¹⁵⁴ Die Anleger können den Bannstahl des Rechtsmiss-

¹⁵⁰ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 24, Rnr.32.

¹⁵¹ Wunderlich, DB 1993, 2269, 2271; Rotter in: Möllers / Rotter, Ad-Hoc-Publizität, § 19, Rnr.36.

¹⁵² Wunderlich, DB 1993, 2269, 2271; Baumbach / Hartmann, ZPO-Komm., Übers. § 373, Rnr.11; BGH NJW 1980, 991; dafür besteht die Gefahr der Widerklage gegen den Abretenden

¹⁵³ BGH NJW 1980, 991; Palm in: Ermann, BGB-Komm., § 138, Rnr.85, 114.

¹⁵⁴ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.35; Wunderlich, DB 1993, 2269,

brauchs vermeiden, indem sie dem Zessionar durch Barmittel oder Garantien in den Stand versetzen, etwaige Kostenerstattungsansprüche (für alle Instanzen) zu befriedigen.¹⁵⁵

Die Anspruchsbündelung in Form der treuhänderischen Abtretung erfordert allerdings bereits vor Klageerhebung neben dem erwähnten finanziellen Vorschuss auch einen erheblichen organisatorischen Aufwand. Die Anleger müssen sich zunächst zusammenfinden. Zudem ist es notwendig, dass sie sich auf einen gemeinsamen Rechtsbeistand bzw. Treuhänder einigen, sich auf eine einheitliche Prozessstrategie verständigen und möglichst auf die Geltendmachung von individuellen Schäden verzichten.¹⁵⁶ Letztlich ist der Abschluss eines Abtretungsvertrages mit jedem einzelnen Anleger erforderlich.

b) Gewillkürte Prozessstandschaft

Bei dieser juristischen Form stimmen die Anspruchsinhaber (Anleger) der aktiven Prozessführung eines Dritten (z.B. einer Treuhand-GmbH, eines Anlegerschutzverbandes oder einer natürlichen Person) durch Rechtsgeschäft zu¹⁵⁷. Anders als bei der treuhänderischen Abtretung verbleibt bei der Prozeßstandschaft das Gläubigerrecht an dem einzuziehenden Anspruch bei dem jeweiligen Anleger; der zur Einziehung ermächtigte Dritte erlangt nur die Befugnis, die fremden Ansprüche in eigenem Namen einzuklagen mit der Auflage, den Erlös an die berechtigten Anleger auszukehren.¹⁵⁸

Die Prozessführung durch einen Dritten mit Zustimmung sämtlicher Forderungsinhaber ist regelmäßig unzulässig, da der Dritte kein eigenes rechtliches – nicht nur wirtschaftliches – Interesse

2271; Rotter in: Möllers / Rotter, Ad-Hoc-Publizität, § 19, Rnr.40.

¹⁵⁵ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 24, Rnr.33; BGH NJW 1990, 1117.

¹⁵⁶ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.36.

¹⁵⁷ Dieses ist in den Leman-Fällen durch den Hamburger Anwalt Ansay vielfach durchgeführt worden: nicht alle Gerichte haben die Form der Abtretung als zulässig angesehen; Zulässig: LG Düsseldorf 10 O 520/09.

¹⁵⁸ Wunderlich, DB 1993, 2269, 2270.

vorweisen kann.¹⁵⁹ Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwieweit die Rechtsstellung des prozessführenden Anlegers durch die gleichzeitige Geltendmachung von Ansprüchen Dritter (mögen sie auch in gleich gelagerten Sachverhalten ihren Rechtsgrund haben) die Rechtsstellung des Klägers verbessern sollte.¹⁶⁰

Eine Ausnahme besteht jedoch nach der Rechtsprechung für Verbände: Macht ein Verband klageweise im eigenen Namen Rechte seiner Mitglieder geltend, so ist ein hinreichendes Eigeninteresse des Verbandes zur Prozessführung zu bejahen, wenn und soweit die einschlägige Rechtsverfolgung zu den satzungsmäßigen Aufgaben des Verbandes zählt.¹⁶¹

c) Zusammenschluss als GbR

Mit der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR durch die höchstrichterliche Rechtsprechung¹⁶² ist der Weg für Sammelklagen einer solchen Gesellschaft frei geworden. Da die GbR nunmehr parteifähig ist, können sich Anleger mit dem Gesellschaftszweck der gemeinsamen Anspruchsverfolgung zur Außengesellschaft zusammenschließen und ihre Ansprüche in das Gesellschaftsvermögen einbringen.¹⁶³

Der entscheidende Vorteil eines Zusammenschlusses der Geschädigten in dieser Rechtsform wird außer in dem Kostenvorteil insbesondere in der flexiblen und unaufwendigen Organisationsstruktur der GbR gesehen.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Beck'sches Rechtsanwaltsbuch, B 24, Rnr.21; Wieczorek / Schütze / Hausmann, ZPO-Komm., vor § 50, Rnr.77.

¹⁶⁰ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 24, Rnr.34: Eine größere „bargaining power“ im Hinblick auf einen Vergleichsabschluss genüge nicht.

¹⁶¹ Wunderlich, DB 1993, 2269, 2270; MüKo, ZPO-Komm., vor § 50, Rnr.60; Zöller / Vollkommer, ZPO-Komm., vor § 50, Rnr.58; BGH MDR 1956, 154.

¹⁶² BGH NJW 2001, 1056.

¹⁶³ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.36.

¹⁶⁴ Heß, AG 2003, 113, 122;

d) § 147 ZPO

Sind mehrere Einzelklagen bei demselben Gericht¹⁶⁵ anhängig, kann der Richter diese nach § 147 ZPO zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung verbinden, wenn sie in rechtlichem Zusammenhang stehen oder die Voraussetzungen der Streitgenossenschaft nach §§ 59, 60 ZPO erfüllt sind.¹⁶⁶ Mit der Anordnung der Verbindung werden die zuvor getrennten Prozesse zu einem einheitlichen Verfahren mit einheitlicher Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung.¹⁶⁷ Mehrere auf einer Seite stehende Personen werden Streitgenossen.

Ein Vorteil der Klageverbindung besteht darin, dass sie zu einer anteiligen Kostenreduzierung führt, die jedoch geringer ausfällt als bei der ursprünglichen Streitgenossenschaft, da der neue, durch Addition zu ermittelnde Streitwert erst für die nach erfolgter Verbindung anfallenden Gebühren maßgeblich ist.¹⁶⁸

e) Streitgenossenschaft

Eine Darstellung der Streitgenossenschaft erfolgt gesondert unter Punkt B 3.

f) Musterprozessabrede

Eine Darstellung der Musterprozessabrede erfolgt im Rahmen des „Musterprozesses“ unter Punkt B 7.

2. Schiedsverfahren

a) Die Schiedsvereinbarung

Eine Schiedsvereinbarung ist nach der Begriffsbestimmung des

¹⁶⁵ Nach einer neueren Ansicht soll eine Klageverbindung nur noch dann zulässig sein, wenn derselbe Spruchkörper innerhalb des Gerichts mit den Klagen befasst ist (Leipold in: Stein / Jonas, § 147, Rnr.15; Stadler in: Musielak, § 147, Rnr.2; Greger in: Zöller, § 147, Rnr.2; Peters in: MüKo ZPO, § 147, Rnr.3).

¹⁶⁶ Stadler in: Musielak, § 147, Rnr.2.

¹⁶⁷ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.37.

¹⁶⁸ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.37; Leipold in: Stein / Jonas, § 147, Rnr.27.

§ 1029 I ZPO eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Eine solche Vereinbarung wird überwiegend als materiell-rechtlicher Vertrag über einen prozessrechtlichen Gegenstand qualifiziert.¹⁶⁹

Die Schiedsvereinbarung bestimmt, dass ein Schiedsgericht unter Ausschluss der staatlichen Gerichte eine Rechtsstreitigkeit der Parteien entscheidet.¹⁷⁰ Gegenstand einer solchen Vereinbarung kann gemäß § 1030 I S.1 ZPO jeder vermögensrechtliche Anspruch sein.¹⁷¹ Nichtvermögensrechtliche Ansprüche haben im Rahmen einer Schiedsvereinbarung insofern rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen (§ 1030 I S.2 ZPO).

Eine Schiedsvereinbarung kann einverständlich aufgehoben oder durch Rücktritt oder Anfechtung nach den allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte beseitigt werden.¹⁷²

¹⁶⁹ BGHZ 23, 198, 200; Lachmann, Handbuch der Schiedsgerichtspraxis, 2002, Rnr.193; Maier, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979, Rnr.20; Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.15; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 2007, Rnr.107; Wieczorek / Schütze, ZPO, § 1025, Rnr.36.

¹⁷⁰ Thomas / Putzo, ZPO-Komm., § 1029, Rnr.3.

¹⁷¹ Die Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen für Transaktionen im Bereich von Kapitalanlagegeschäften ergibt sich incidenter aus § 37h WpHG. Nach dieser Bestimmung ist die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen, Wertpapiernebenleistungen oder Finanztermingeschäften nur verbindlich, „wenn beide Vertragsteile Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind“. Würde man die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus derartigen Geschäften generell verneinen, so könnten auch Kaufleute und juristische Personen des öffentlichen Rechts keine Schiedsvereinbarung abschließen. Dies aber lässt § 37h WpHG gerade zu (Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.12).

¹⁷² Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.17; Schütze / Tscherning / Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 1990, Rnr.136 ff.

b) Mehrparteienschiedsverfahren¹⁷³

Mehrere Parteien können auf Grund eines gemeinsam geschlossenen Vertrages mit einer gemeinsamen Schiedsvereinbarung in einem einheitlichen Schiedsverfahren klagen oder verklagt werden.¹⁷⁴ Die Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit¹⁷⁵ hat den entscheidenden Nachteil, dass die Beteiligten sich auf ein Schiedsgericht einigen müssen, was nachträglich (nach Entstehen der Streitigkeit) nahezu unmöglich ist.¹⁷⁶

c) Vor- und Nachteile der Schiedsvereinbarung (bei Kapitalanlagegeschäften)

Die Vorteile des Schiedsverfahrens sind mannigfaltig. Jedoch beinhaltet es aufgrund seiner Besonderheiten auch einige Nachteile und eignet sich in seiner konkreten Anwendung nicht für jedermann.

(1) Bezogen auf den Grundsatz der Privatautonomie gründet die Schiedsgerichtsbarkeit auf dem Prinzip größtmöglicher Privatautonomie der Parteien.¹⁷⁷ Durch sein von Liberalität geprägtes Wesen unterscheidet sich der private Weg der Rechtsdurchsetzung maßgeblich von seinem staatlichen Pendant. Der § 1042 III ZPO, wonach die Parteien vorbehaltlich der zwingenden Regelungen der §§ 1025 ff. ZPO das Verfahren selbst oder durch Bezugnahme auf eine schiedsrichterliche Verfahrensordnung regeln können, erstarkt zum globalen Dreh- und Angelpunkt privatauto-

¹⁷³ Vgl. hierzu Böckstiegel / Berger / Bredow, Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, 2005.

¹⁷⁴ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.42.

¹⁷⁵ Diesselhorst, Mehrparteienschiedsverfahren: Internationale Schiedsverfahren unter Beteiligung von mehr als zwei Parteien, 1994; von Hoffmann, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Internationale Handelskammer, Festschrift für Nagel, 1987, S.112 ff.; Laschet, Die Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Bülow, 1981, S.85 ff.; Luther, Das Drei-Mann-Schiedsgericht bei der Entscheidung zwischen drei und mehr Vertragspartnern, Festschrift für Caemmerer, 1978, S.571 ff.; Markfort, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit im deutschen und ausländischen Recht, 1994.

¹⁷⁶ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.42.

¹⁷⁷ Sie können das Schiedsgericht „von den Fesseln der ZPO befreien“ (Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht, 1985, Rnr.12).

nomer Gestaltung.¹⁷⁸

Darüber hinaus ist das Schiedsverfahren seiner Konzeption nach schneller, da es, von den seltenen Fällen der Vereinbarung eines Oberschiedsgerichts abgesehen¹⁷⁹, nur eine Instanz kennt.¹⁸⁰ Ferner bietet es die Möglichkeit, den Rechtsstreit durch private Richter mit besonderer Sachkenntnis entscheiden zu lassen. Die Parteien können entsprechende Experten als Schiedsrichter benennen.¹⁸¹ Dies kann besonders im Rahmen von kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten von Vorteil sein, da gewisse Kapitalanlageformen eine Sachkunde¹⁸² erfordern, die von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht vorausgesetzt werden kann.¹⁸³ Von sorgfältig ausgewählten sachkundigen Schiedsrichtern kann erwartet werden, dass sie den Rechtsstreit einer billigen¹⁸⁴ und vernünftigen Lösung – sei es durch Schiedsvergleich, sei es durch Schiedsspruch – zuführen.¹⁸⁵

Aufgrund des Umstandes, dass Schiedssprüche nicht veröffentlicht werden, kann letztlich bei der Wahl für ein Schiedsverfahren der Gesichtspunkt der Vertraulichkeit eine Rolle spielen. Zudem ist das Schiedsverfahren nicht öffentlich.¹⁸⁶ Dies stellt bei Kapital-

¹⁷⁸ Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, S.49.

¹⁷⁹ Schütze / Tscherning / Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 1990, Rnr.122; Schwab / Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kap.22, rnr.1 ff.

¹⁸⁰ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.6.

¹⁸¹ Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, S.49.

¹⁸² Dies ist bei Kapitalanlagegeschäften besonders wichtig, besteht doch hierdurch die Chance, den Spruchkörper mit Personen zu besetzen, denen Begriffe wie LIBOR, FIBOR, Swap pp. Nicht fremd sind (Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.80).

¹⁸³ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.5.

¹⁸⁴ Schiedsverfahren sind grundsätzlich nicht kostengünstiger als Verfahren vor den ordentlichen Gerichten. Auch konzeptionelle Kostenvorteile des einstufigen Schiedsverfahrens werden durch das Vollstreckbarerklärungsverfahren häufig ausgeglichen (Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.7; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit, 1998).

¹⁸⁵ Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, S.49.

¹⁸⁶ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.9.

anlagegeschäften, bei denen die Beteiligten häufig ein Interesse daran haben, dass ihre Streitigkeiten und darüber die abgeschlossenen Geschäfte nicht allgemein bekannt werden, einen nicht zu unterschätzenden Faktor dar.

(2) Jedoch darf nicht übersehen werden, dass ein Schiedsverfahren auch mit zahlreichen Risiken behaftet ist. Der Abschluss einer solchen Vereinbarung ist kein ungefährliches Geschäft, da auf den Rechtsschutz staatlicher Gerichte mit den Korrekturmöglichkeiten im Instanzenzug verzichtet wird.¹⁸⁷ Man sollte sich der Gefahr fehlender Verhandlungsparität bewusst sein; die Kehrseite größeren Freiraums im schiedsgerichtlichen Verfahren ist oft in der Möglichkeit des Missbrauchs zu sehen.¹⁸⁸ Die Grundwertungen der Rechtsordnungen dürfen nicht auseinanderfallen, je nachdem, ob der Fall vor einem staatlichen oder einem Schiedsgericht entschieden wird.¹⁸⁹

Ferner stellt auch der fehlende Instanzenzug ein Problem dar.¹⁹⁰ Irrtümer und Fehler der Schiedsrichter, Versäumnisse der Parteien und andere Umstände, die eine Entscheidung beeinflussen können, sind im Schiedsverfahren i.d.R. irreparabel, während die staatliche Gerichtsbarkeit durch den Instanzenzug die Behebung von derartigen Störungen „geradezu zum System erhoben“¹⁹¹

¹⁸⁷ Thümmel in: Festschrift für Schütze, 1999, S.935, 942.

¹⁸⁸ MüKo, ZPO-Komm., vor § 1025, Rnr.33.

¹⁸⁹ Jayme, IPRax 2000, 157, 158.

¹⁹⁰ Ein Schiedsverfahren soll im Allgemeinen nicht vor den ordentlichen Gerichten ein zweites Mal aufgerollt werden können. Ein Schiedsspruch kann jedoch nach § 1059 II Nr.1 lit. d) ZPO dann aufgehoben werden, wenn der Antragsteller begründend geltend macht, dass „die Bildung des Schiedsgerichts oder das schiedsrichterliche Verfahren einer Bestimmung dieses Buches oder einer zulässigen Vereinbarung der Parteien nicht entsprochen hat und anzunehmen ist, dass sich dies auf den Schiedsspruch ausgewirkt hat“.

¹⁹¹ Maier, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979, Rnr.6. Zwar kann hiervon seit der Novellierung des Rechtsmittelrechts durch Art.2 des Zivilprozessreformgesetzes vom 27.7.2001 wohl kaum mehr die Rede sein, doch bleibt es wenigstens im Grundsatz dabei, dass ein staatliches Zivilverfahren nicht notwendig bereits in der ersten Instanz sein endgültiges Ende findet (Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Fußnote 265).

hat.¹⁹²

Darüber hinaus verfügen Schiedssprüche nicht über eine Präzedenzwirkung, welche Gerichtsurteilen auch im deutschen Recht zumindest faktisch zukommt.¹⁹³ Wollen die Parteien eine grundsätzliche Klärung einer Streitigkeit, so ist ein Schiedsgericht ungeeignet.¹⁹⁴ Bei Prozessen mit Verbraucherbeteiligung handelt es sich nicht selten um Streitigkeiten mit grundsätzlicher Bedeutung für eine Vielzahl von Verbrauchern, die sich in ähnlichen Situationen befinden, was etwa in der Vielzahl von Massenprozessen zum Ausdruck kommt, die im Verbraucherrecht geführt werden.¹⁹⁵

Letztlich besteht ein Nachteil darin, dass die Durchsetzbarkeit eines inländischen Schiedsspruches geringer ist als die eines Urteils eines ordentlichen Gerichts; denn obwohl ein solcher Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils hat (vgl. § 1055 ZPO), bedarf doch auch ein inländischer Schiedsspruch einer Vollstreckbarerklärung (vgl. § 1060 I ZPO).¹⁹⁶

(3) Fazit: Betrachtet man die Realität in den freien Kapitalmärkten in Deutschland, so stellt man fest, dass dort Schiedsklauseln relativ selten sind. Gleiches gilt für die geregelten Kapitalmärkte, die sich in den Händen der Banken befinden. Auch dort werden mit Kunden keine Schiedsvereinbarungen getroffen.¹⁹⁷

Die eigentliche Domäne der Schiedsgerichtsbarkeit ist und bleibt

¹⁹² Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, S.49.

¹⁹³ Schütze, Zur Präzedenzwirkung von Schiedssprüchen, Festschrift für Glossner, 1994, S.333 ff.

¹⁹⁴ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.10.

¹⁹⁵ Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, S.59; Koch, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile und ausländischer Schiedssprüche in der Bundesrepublik Deutschland, in: Gilles, Effiziente Rechtsverfolgung – Deutsche Landesberichte zur VII. Weltkonferenz für Prozessrecht in Utrecht 1987, 1987, S.29 m.w.N.

¹⁹⁶ Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, S.59.

¹⁹⁷ Loritz in: Festschrift für Geimer, 2002, S.580.

der internationale Wirtschaftsverkehr.¹⁹⁸ Kaufleute und andere professionelle Parteien, die über ein gewisses Maß an Erfahrung verfügen, können sich hier ein Verfahren maßschneidern, das ihren individuellen Bedürfnissen entspricht; sie profitieren von den Freiheiten, die ihnen diese Rechtsschutzvariante einräumt.¹⁹⁹

Anders stellt sich die Situation für rechts- oder geschäftsunkundige oder zumindest augenscheinlich weniger erfahrene und wirtschaftlich schwächere Personen dar: Die freie Wahl der Schiedsrichter, der Verfahrensregeln und des anwendbaren Rechts, die Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes, verbunden mit der fehlenden Präzedenzwirkung von Schiedssprüchen, die Möglichkeit der nicht-mündlichen Verhandlung, die bei geringen Streitwerten überproportional hohen Kosten und nicht zuletzt die Möglichkeit der Befreiung der Schiedsrichter von der Anwendung zwingenden materiellen Verbraucherrechts – all diese Aspekte lassen ein Schiedsverfahren gegenüber einem staatlichen Zivilverfahren aus Verbrauchersicht als grundsätzlich weniger geeignet erscheinen.²⁰⁰ Die private Schiedsgerichtsbarkeit ist daher zur Beilegung verbrauchertypischer Streitigkeiten im Einzelfall zwar möglicherweise nicht vollkommen ungeeignet, jedenfalls aber alles andere als prädestiniert.

d) Aktuelle Rechtsprechungsübersicht zum Schiedsverfahren

Zur Problematik der Anerkennung von Schiedssprüchen, bei denen statt 3 lediglich 2 Schiedsrichter anwesend sind: Beschluss des BGH²⁰¹:

„Ein ausländischer Schiedsspruch, der - entgegen der für das Schiedsverfahren geltenden Verfahrensordnung – nur von 2 Schiedsrichtern des 3-köpfigen Schiedsgerichts gefällt wurde, ist

¹⁹⁸ Maier, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979, Rnr.10; Stein / Jonas, vor § 1025, Rnr.1.

¹⁹⁹ Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, S.60.

²⁰⁰ Weihe, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, S.60.

²⁰¹ Beschluss des BGH vom 21.05.2008 (Az.: III ZB 14/07).

gemäß § 5 I Buchst. d UNÜ nicht anzuerkennen.“

Zur Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs:
Beschluss des BGH²⁰²:

„Der Grundsatz von Treu und Glauben kann im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs dazu führen, dass die Einwendungen des Antragsgegners gegen ein solches Ersuchen nicht zu berücksichtigen sind, weil ihnen der Gegeneinwand der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) entgegensteht. Ein solcher Verstoß gegen Treu und Glauben ist nicht schon dann anzunehmen, wenn der durch den Schiedsspruch verurteilte Antragsgegner bewusst davon absieht, die Aufhebung des Schiedsspruchs im Erlassstaat zu betreiben.“

e) Ombudsmannverfahren²⁰³

Schlichtungsverfahren unter Einbindung eines Ombudsmannes sind ein modernes Mittel zur Lösung von Streitigkeiten zwischen Banken und ihren Kunden. Dies gilt vor allem für Kunden, die Verbraucher sind, kann aber auch für Kaufleute und Unternehmen von Interesse sein.²⁰⁴

Das Ombudsmannverfahren²⁰⁵ gilt sowohl für private Banken, als auch für Sparkassen, Investmentfonds öffentliche Banken sowie Volks- und Raiffeisenbanken. Viele deutsche Banken sind über einen Banken- oder einen Sparkassen- und Giroverband einer Einrichtung zur Durchführung eines Ombudsmannverfahrens an-

²⁰² Beschluss des BGH vom 17.04.2008 (Az.: III ZB 97/06).

²⁰³ Die Ombudsmann-Verfahrensordnung des Bundesverbandes Deutscher Banken kann unter <http://www.bankenverband.de/broschueren/index.asp?channel=10241010#ombudsmann> eingesehen und herunter geladen werden.

²⁰⁴ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 66, Rnr.1.

²⁰⁵ Eingehend zum Ombudsmannverfahren (auch in internationaler Hinsicht): Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 66, Rnr.1 ff.

geschlossen.²⁰⁶ Entsprechend der Vielfältigkeit des Bankensystems in Deutschland haben sich eine Vielzahl von Ombudsmannverfahren herausgebildet, die heute alle dem FIN-NET²⁰⁷ angeschlossen sind.²⁰⁸

Ein solches Verfahren bietet Bankkunden die Möglichkeit, Streitigkeiten mit der Bank verhältnismäßig zügig und kostengünstig zu lösen. Es ist für den Kunden kostenlos; er hat nur seine eigenen Auslagen (z. B. Porto oder Telefon) zu tragen.

Das Verfahren läuft wie folgt ab: Wenn ein Kunde der Auffassung ist, durch das Verhalten seiner Bank einen Nachteil erlitten zu haben, kann er den streitigen Vorgang dem Ombudsmann vorlegen. Die Kundenbeschwerdestelle prüft die vom Kunden eingereichten Unterlagen und bittet ihn – soweit erforderlich – um ergänzende Informationen. Hält die Kundenbeschwerdestelle die Beschwerde für unzulässig, legt sie diese dem Ombudsmann zur Entscheidung über die Zulässigkeit vor. Bei Beschwerden, deren Zulässigkeit die Kundenbeschwerdestelle oder der Ombudsmann bejaht, wird die Stellungnahme der betroffenen Bank eingeholt. Bereinigt die Bank den Vorgang nicht, wird er dem Ombudsmann vorgelegt.

Der Ombudsmann entscheidet grundsätzlich im schriftlichen Verfahren. Für die Dauer des Verfahrens gilt die Verjährung für die Ansprüche des Kunden als gehemmt.

Er wird jedoch zum Beispiel nicht tätig, wenn sich bereits eine andere außergerichtliche Schlichtungsstelle oder ein Gericht mit dem Verfahren beschäftigt. Zudem sieht der Ombudsmann von einer Schlichtung ab, wenn nur nach einer weitergehenden Beweisaufnahme in der Sache entschieden werden könnte, zum Beispiel Zeugen gehört werden müssten, um einen streitigen

²⁰⁶ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 66, Rnr.1.

²⁰⁷ Siehe hierzu weiter unten. (vgl. www.cc.europa.eu/internal-market/fin-net/index-de.htm)

²⁰⁸ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 66, Rnr.1.

Sachverhalt zu klären.

Der Schlichtungsspruch ist für die Bank bindend, wenn der zwischen Bank und Kunden strittige Betrag regelmäßig 5.000 € nicht übersteigt. Dies gilt jedoch nicht für den Kunden. Ist er mit der Entscheidung des Ombudsmannes nicht einverstanden, kann er auch nach einem Schlichtungsspruch sein Anliegen vor Gericht weiterverfolgen. Diese Möglichkeit hat die Bank nur, wenn der Streitwert mehr als 5.000 € beträgt.

Außergerichtliche Streitschlichtungssysteme im Bereich der Finanzwirtschaft in Deutschland finden sich unter:

Private Banken:

<http://www.bankenverband.de/bankenverband/verband/channel/10183310/index.html>

Öffentliche Banken:

<http://www.voeb.de/>

Genossenschaftliche Bankengruppe:

<http://www.bvr.de/public.nsf/index.html?ReadForm>

Deutsche Bundesbank:

<http://www.bundesbank.de/>

Geschlossene Fonds:

<http://www.ombudsstelle-gfonds.de/>

Deutscher Sparkassen- und Giroverband:

<http://www.dsgv.de/de/>

Seit dem 01.02.2001 existiert für den Bereich der Finanzdienstleistungen ein europäisches Netz von alternativen Streitbeilegungsmechanismen: Das „Crossborder Out of Court Complaints Network for Financial Services“ (abgekürzt: FIN-NET), welches seit 2006 den verständlicheren Untertitel „Financial Dispute Re-

solution Network²⁰⁹ trägt.²¹⁰ Das FIN-NET vereint die verschiedenen Schlichtungsstellen im europäischen Wirtschaftsraum auf der Grundlage einer Vereinbarung über ein grenzübergreifendes außergerichtliches Netz zur Behandlung von Beschwerden für Finanzdienstleistungen im europäischen Wirtschaftsraum.²¹¹ Ziel des Netzwerkes FIN-NET ist es, dem Verbraucher Hilfestellung bei der außergerichtlichen Einforderung seiner Rechte im Binnenmarkt zu geben und so letztlich ein gesteigertes Vertrauen der Verbraucher in die Möglichkeiten des Binnenmarktes zu schaffen.²¹²

3. Nebenklageverfahren

a) Einleitung

Die Nebenintervention ist der Beitritt eines Dritten zur Unterstützung einer Partei in einem bereits anhängigen Prozess.

Die Rechtsstellung und die Befugnisse des Nebenintervenienten sind in § 67 ZPO beschrieben. Danach darf er alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und alle Prozesshandlungen vornehmen, wie dies auch die Hauptpartei kann; er kann auch im Namen der Hauptpartei Rechtsmittel und Rechtbehelfe einlegen (§ 66 II ZPO).

Dagegen ist der Nebenintervenient nicht befugt, ohne Zustimmung der Hauptpartei mit materiellrechtlicher Wirkung über den Streitgegenstand zu verfügen²¹³

In einem späteren Prozess zwischen der Hauptpartei und dem Nebenintervenienten ist der Richter auf Grund der Interventionswirkung an das im ersten Prozess ergangene Urteil gebunden.²¹⁴

²⁰⁹ Vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/finnet/index_de.htm.

²¹⁰ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 66, Rnr.11.

²¹¹ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 66, Rnr.11.

²¹² Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 66, Rnr.11.

²¹³ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.337.

²¹⁴ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.340.

Diese Bindung erfasst nicht nur die gerichtliche Entscheidung über den prozessualen Anspruch, sondern auch die den Urteilspruch tragenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen.²¹⁵

Interessant ist letztlich, dass die Kosten der Nebenintervention den Prozessgegner treffen, soweit dieser die Prozesskosten zu tragen hat, sonst den Nebenintervenienten selbst, also nie die durch den Nebenintervenienten unterstützte Partei (§ 101 I ZPO).²¹⁶

b) Voraussetzungen der Nebenintervention

(1) Die Zulässigkeit der Nebenintervention setzt die Anhängigkeit²¹⁷ eines Prozesses zwischen zwei anderen natürlichen oder juristischen Personen voraus, das heißt, die Klageschrift muss lediglich bei Gericht eingereicht sein.²¹⁸

(2) Ferner muss der Nebenintervenient an dem Prozesssieg ein rechtliches Interesse²¹⁹ haben (sog. Interventionsgrund).²²⁰ Ein solches Interesse ist vor allem anzunehmen in den Fällen

- der Rechtskrafterstreckung,
- einer Regressforderung oder
- einer Regressverbindlichkeit.²²¹

c) Problem der Interventionswirkung

Äußerst umstritten ist die Frage, ob der Interventionswirkung lediglich zuungunsten des Nebenintervenienten oder auch zu seinen Gunsten und damit zum Nachteil der Hauptpartei Bedeutung zukommt.

²¹⁵ BGHZ 85, 252, 255; BGH NJW 1992, 1698, 1699.

²¹⁶ Grunsky, Zivilprozessrecht, Rnr.127.

²¹⁷ Anders Lüke: Nach diesem muss der Rechtsstreit rechtshängig sein (Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.450.). So auch Stein / Jonas / Bork, Zivilprozessrecht, § 66, Rnr.6.

²¹⁸ BGHZ 92, 251, 257; Musielak / Weth, Zivilprozessrecht, § 66, Rnr.2.

²¹⁹ Ein nur wirtschaftliches oder rein ideelles Interesse genügt hingegen nicht.

²²⁰ Grunsky, Zivilprozessrecht, Rnr.126; Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.450.

²²¹ Grunsky, Zivilprozessrecht, Rnr.126.

(1) Die herrschende Meinung²²² verneint eine Interventionswirkung zum Nachteil der Hauptpartei und beruft sich dabei insbesondere auf den Wortlaut des Gesetzes. Nach ständiger Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, dass es dem Zweck der Streitverkündung und den Interessen der daran Beteiligten widerspräche, entgegen dem Wortlaut des § 74 III ZPO („gegen den Dritten“) die Streithilfewirkung auch zugunsten des Dritten zu berücksichtigen.

(2) Eine Gegenauffassung will dagegen in analoger Anwendung des § 68 ZPO die Interventionswirkung auch zu Lasten der Hauptpartei berücksichtigen, wobei allerdings zum Teil danach unterschieden wird, ob es sich um eine Nebenintervention ohne vorherige Streitverkündung handelt (§§ 72 ff. ZPO) und ob im Falle der Streitverkündung der Dritte beigetreten ist.²²³

(3) Für die Auffassung des BGH spricht zum einen der insoweit eindeutige Gesetzeswortlaut. Darüber hinaus erscheint die inhaltliche Differenzierung der Gegenauffassung zweifelhaft und nicht einleuchtend: Es vermag nicht zu überzeugen, der Interventionswirkung einen unterschiedlichen Inhalt zuzuerkennen, je nachdem, ob sie auf eine Streitverkündung zurückzuführen ist oder nicht.

d) Besonderheit der Nebenintervention

Besonders geregelt ist die sog. streitgenössische Nebenintervention (§ 69 ZPO). In diesen nicht sehr häufig vorkommenden Fällen²²⁴ ist die Position des Nebenintervenienten stärker als sonst, da die rechtlichen Befugnisse denen eines Streitgenossen gleichgestellt sind.²²⁵

²²² BGHZ 100, 257, 260 ff. m.w.N.; BGH NJW 1993, 122, 123; BGH NJW 1987, 2874.

²²³ Stein / Jonas / Bork, Zivilprozessrecht, § 68, Rnr.12; AK-ZPO / Koch, § 68, Rnr.2.

²²⁴ Vgl. z.B. BGHZ 92, 275.

²²⁵ Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.454; Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.347.

Der entscheidende Unterschied in der Rechtsstellung des streitgenössischen zum einfachen Nebenintervenienten besteht darin, dass sich der streitgenössische Nebenintervenient mit seinen Erklärungen und Handlungen in Widerspruch zur Hauptpartei setzen darf.²²⁶ Er darf folglich ein Geständnis der Hauptpartei widerrufen und ihrem Anerkenntnis oder Verzicht widersprechen; er darf auch gegen ihren Widerspruch Rechtsmittel und Rechtsbehelfe einlegen²²⁷, deren Fristen selbständig für ihn von der an ihn zu bewirkenden Zustellung laufen.²²⁸

4. Streitgenossenschaften (Bankkunden, Anlegerkumulation)

Zu den traditionellen Bündelungsformen in der Zivilprozessordnung gehört vor allem die Streitgenossenschaft.

Eine solche liegt vor, wenn in einem Verfahren auf der Klägerseite (oder Beklagtenseite) mehrere Parteien auftreten.²²⁹ Zwar werden die Prozesse zu einem Verfahren, d.h. zu gemeinsamer Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung verbunden, jedoch bleiben die verschiedenen Prozessrechtsverhältnisse und die jeweils an ihnen beteiligten Parteien grundsätzlich selbständig und voneinander unabhängig.²³⁰

Eine gemeinschaftliche Klage ist nach § 60 ZPO zulässig, wenn die geltend gemachten Ansprüche auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen oder rechtlichen Grund beruhen (z.B. auf dem unrichtigen Inhalt eines Anlageprospektes oder auf der Falschberatung durch einen Anlageberater). Diese Voraussetzung ist weit auszulegen, so dass im Ergebnis eine gemeinschaftliche Klage immer zulässig ist, wo sie Zeit, Kosten und Mühe sparen hilft, und unzulässig, wo sie das Verfahren zu ver-

²²⁶ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.348.

²²⁷ Vgl. MK / Schilken, § 69, Rnr.11.

²²⁸ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.348; BGHZ 89, 124; BGH NJW 2001, 1355.

²²⁹ Zöllner / Vollkommer, ZPO-Komm., § 60, Rnr.2.

²³⁰ Bork in: Stein / Jonas, ZPO-Komm., vor § 59, Rnr.3, § 61, Rnr.7 ff.; Zöllner / Vollkommer, ZPO-Komm., § 61, Rnr.8 ff.; Musielak, ZPO-Komm., § 60, Rnr.2.

teuern, zu verschleppen oder zu verwirren droht.²³¹

Mit Hilfe der Streitgenossenschaft können die Anleger ihr Prozesskostenrisiko im Vergleich zu einer Einzelklage erheblich senken. Die Werte der einzelnen Klagen werden nach § 5 ZPO zu einem Gesamtstreitwert addiert. Dieser Wert gilt für die Gerichtskosten und für die Anwaltsgebühren. Haben die Streitgenossen – wie im Regelfall – einen gemeinsamen Anwalt, so erhält dieser seine Gebühren nach dem addierten Streitwert nur einmal. Aufgrund des degressiven Verlaufs der Gebührentabellen sind die auf den einzelnen anfallenden Kosten dabei geringer als bei getrennten Einzelklagen.

Auch die übrigen Vorteile der Streitgenossenschaft sind mit denen der treuhänderischen Abtretung weitgehend identisch. Jedoch besteht bei letzterer die zusätzliche Erschwernis, dass die Anleger Prozesskostensicherheit leisten müssen. Ferner kann der einzelne Anleger über den Gegenstand seines Verfahrens nach der Abtretung nicht mehr verfügen, z.B. mit dem Beklagten einen Vergleich schließen.²³²

Schwierigkeiten bereitet bei der Gemeinschaftsklage das Abfassen des umfassenden Rubrums und der Vielzahl der Anträge. Zu beachten ist auch, dass die einzelnen Anleger aufgrund ihrer Parteienstellung als Zeugen ausscheiden.^{233 234} Letztlich muss auch der Umstand bedacht werden, dass es zu einer „Zug-um-Zug-Verurteilung“ kommt, was sich bei einer Klägermehrheit schwierig gestalten kann.

²³¹ Wunderlich, DB 1993, 2269, 2272; BGH NJW 1975, 1228; BGH NJW 1992, 981 f.; Baumbach / Hartmann, ZPO-Komm., § 60, Rnr.1.

²³² Wunderlich, DB 1993, 2269, 2273.

²³³ Beck'sches RechtsanwaltsHandbuch, B 24, Rnr.23.

²³⁴ Letztlich kommt eine Streitgenossenschaft nur in Betracht, wenn sich die Geschädigten überhaupt zusammenfinden. Angesichts einer großen Anzahl von Geschädigten dürfte es bei Streuschäden im Kapitalmarktbereich eher unwahrscheinlich sein, dass diese vor demselben Gericht klagen werden (Reuschle, WM 2004, 966, 967; Basedow / Hopt / Koetz / Baetge, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, S.54).

Aktuelle Rechtsprechung zur Streitgenossenschaft

Zu Streitgenossenschaften im Rahmen des KapMuG: Beschluss des BGH²³⁵:

„Ein Musterverfahren ist nach § 4 I S.1 Nr.2 KapMuG einzuleiten, wenn bis zum Ablauf der dort genannten Frist 10 gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge gestellt worden sind. Es reicht dabei aus, wenn 10 einfache Streitgenossen jeweils ein auf Durchführung des Musterverfahrens gerichteten Antrag gestellt haben.“

5. Widerklagefälle, Streitverkündigung

a) Die Widerklage

(1) Einleitung

Mit der Widerklage verlangt der Beklagte eine Verurteilung des Klägers; er begnügt sich folglich nicht mit der Verteidigung gegen die Klage mit dem Ziel, dass die Klage abgewiesen wird, sondern er geht seinerseits zum Angriff über.²³⁶

Eine solche „Gegenklage“ des Beklagten ist ihrem Wesen nach eine vollwertige Klage, für die alle Vorschriften über die Klage gelten, soweit nicht Sonderregeln für die Widerklage eingreifen.²³⁷ Die Widerklage ist insbesondere kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel im Sinne von §§ 296, 530, 531,²³⁸ so dass sie bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erhoben werden kann.²³⁹

Im Vergleich zur gewöhnlichen Klage verfügt die Widerklage über

²³⁵ Beschluss des BGH vom 21.04.2008 (Az.: II ZB 6/07).

²³⁶ Grunsky, Zivilprozessrecht, Rnr.117.

²³⁷ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.315.

²³⁸ BGH NJW 1981, 1217.

²³⁹ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.315.

vier Vorteile: Sie hat erstens einen zusätzlichen besonderen Gerichtsstand beim Prozessgericht der Klage (§ 33 ZPO). Zweitens wird sie nicht nur durch Zustellung der Widerklageschrift, sondern auch durch Antrag in der mündlichen Verhandlung rechts-hängig (§ 261 III ZPO). Drittens wird über Klage und Widerklage einheitlich verhandelt, Beweis erhoben und entschieden. Viertens kostet die Widerklage keinen Gerichtsstandsgebührevorschuss (§ 65 I S.4 GKG) und ist billiger, als wenn über die beiden Klagen in zwei Prozessen gar noch vor verschiedenen Gerichten gestritten würde.²⁴⁰ Zwar werden ihre Streitwerte meistens addiert (§ 19 I S.1 GKG), aber dies verdoppelt die Kosten nicht, weil die Gebühren nicht linear, sondern nur degressiv steigen.²⁴¹

Die örtliche Zuständigkeit ist unproblematisch, wenn beide Parteien denselben Wohnsitz haben (§ 12 ZPO). Häufig wird dies jedoch nicht der Fall sein.²⁴² § 33 I ZPO sieht vor, dass die Widerklage bei dem Gericht der Klage erhoben werden kann, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln „in Zusammenhang“ steht.²⁴³

Streitig ist, ob damit ein rechtlicher Zusammenhang gemeint ist²⁴⁴ oder ob ein tatsächlicher Zusammenhang genügt²⁴⁵. Wenn man davon ausgeht, dass § 33 ZPO die Vervielfältigung und Zersplitterung der Prozesse verhindern und die Vermeidung von Doppelarbeit erleichtern soll, spricht vieles dafür, den tatsächlichen

²⁴⁰ Schellhammer, Zivilprozessrecht, Rnr.1574.

²⁴¹ Schellhammer, Zivilprozessrecht, Rnr.1574.

²⁴² Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.237.

²⁴³ Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.237.

²⁴⁴ BGHZ 53, 168; Stein / Jonas / Schumann, ZPO-Komm., § 33, Rnr.16 ff.; Zöller / Vollkommer, ZPO-Komm., § 33, Rnr.15; Musielak / Heinrich, ZPO-Komm., Rnr.2; allerdings wird der Begriff des rechtlichen Zusammenhang nicht eng ausgelegt und von der Rechtsprechung in der Regel bejaht, wenn es sachdienlich und vernünftig erscheint, über Klage und Widerklage in einem Prozess zu verhandeln (BGH NJW 1975, 1228).

²⁴⁵ Rosenberg / Schwab / Gottwald, Zivilprozessrecht, § 95, Rnr.17 ff.

Zusammenhang ausreichen zu lassen, weil es darauf ankommt, ob dieselben Tatsachen aufgrund einer Beweisaufnahme festgestellt werden können.²⁴⁶

(2) Voraussetzungen der Widerklage

Die Zulässigkeit einer Widerklage hängt von der Erfüllung der Sachurteilsvoraussetzungen ab, die für jede Klage gelten.²⁴⁷ Folgendes ist jedoch darüber hinaus zu beachten:

(a) Die Widerklage muss einen anderen Streitgegenstand aufweisen als die Klage. Diese Voraussetzung erklärt sich bereits aus der Sperre, die durch die Rechtshängigkeit der Klage für eine Klage mit demselben Streitgegenstand geschaffen ist.²⁴⁸ Der Antrag auf Widerklage muss also weitergehen als der Antrag auf Klageabweisung (also keine bloße Negation der Klage).²⁴⁹

(b) Weitere Voraussetzung ist die schon und noch bestehende Rechtshängigkeit der Klage mit der Einschränkung, dass die Widerklage nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erhoben werden kann.²⁵⁰

(c) Ferner müssen die für die Widerklage die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen.²⁵¹

(d) Letztlich darf die Widerklage gesetzlich nicht ausgeschlossen sein. Dies ist unter anderem in Urkunden- und Wechselprozessen der Fall (§ 595 I ZPO) sowie in der Revisionsinstanz.²⁵² Eine beschränkte Zulässigkeit ist in der Berufungsinstanz (§ 533 ZPO) und in Ehe- und Kindschaftsprozessen (§§ 610 II, 640 I S.2 ZPO)

²⁴⁶ Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.237.

²⁴⁷ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.316.

²⁴⁸ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.316; BGH-NJW 2001, 60 m.w.N.

²⁴⁹ Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.237.

²⁵⁰ Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.237; BGH NJW-RR 1992, 1085.

²⁵¹ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.316.

²⁵² BGH 24, 285.

gegeben.²⁵³

(3) Besondere Widerklagen

(a) Parteierweiternde Widerklage

Als eine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung ist bereits beschrieben worden, dass die Widerklage vom Beklagten gegen den Kläger zu richten ist. Die Parteien von Klage und Widerklage müssen also grundsätzlich dieselben sein.

Der BGH lässt jedoch in bestimmten Fällen eine Widerklage auch gegen einen Dritten zu, wenn ein rechtlicher Zusammenhang besteht.²⁵⁴ Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Drittwiderklage ist grundsätzlich, dass sich die Widerklage nicht nur gegen den Dritten, sondern auch gegen den Kläger richtet.²⁵⁵ Hiervon macht der BGH allerdings aus prozessökonomischen Erwägungen Ausnahmen.²⁵⁶

Soweit die Widerklage gegen oder von einem Dritten erhoben wird, greift die Zuständigkeitsregel des § 33 ZPO nicht ein, d.h. die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften.²⁵⁷

(b) Eventualwiderklage

Die Zulässigkeit einer Eventualwiderklage war lange Zeit streitig. Sie wird heute vom BGH sowohl für ein sog. echtes Eventualverhältnis²⁵⁸ als auch für ein unechtes Eventualverhältnis²⁵⁹ befürwortet.²⁶⁰ Man kann also Widerklage nicht nur für den Fall (unter der

²⁵³ Schellhammer, Zivilprozessrecht, Rnr.1581.

²⁵⁴ BGHZ 40, 185.

²⁵⁵ Grunsky, Zivilprozessrecht, Rnr.119.

²⁵⁶ Siehe hierzu: BGHZ 147, 220; BGH JZ 2007, 1000.

²⁵⁷ BGH NJW 1991, 2838; BGH NJW 1993, 2120.

²⁵⁸ BGHZ 21, 13; Rosenberg / Schwab / Gottwald, Zivilprozessrecht, § 95, Rnr.30; Zöller / Vollkommer, ZPO-Komm., § 33, Rnr.26.

²⁵⁹ BGHZ 132, 397.

²⁶⁰ Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.238.

Bedingung) erheben, dass der primär gestellte Klageabweisungsantrag keinen Erfolg hat, sog. echtes Eventualverhältnis, sondern auch für die Situation, in der der Beklagte einen Anspruch geltend macht, der unabhängig von seinem Vortrag zur Klage besteht und dieser lediglich für den Fall gemacht wird, dass der Beklagte mit seinem Hauptantrag scheitert (unechtes Eventualverhältnis).²⁶¹ Weitergehend soll sogar eine Abhängigkeit vom Obsiegen des Widerklägers mit seinem Hauptantrag zulässig sein, wenn mit dem Widerklagebegehren die Feststellung des Nichtbestehens eines weitergehenden oder weiteren Anspruchs geltend gemacht wird, der vom Klageanspruch nicht abhängig ist.²⁶² Wie auch sonst bei Eventualklagen wird mit der Klageerhebung die Eventualwiderklage rechtshängig; entschieden werden darf über die Eventualwiderklage nur, wenn dem primär gestellten Antrag (auf Klageabweisung) nicht stattgegeben wird.²⁶³

b) Die Streitverkündung

(1) Einleitung

Streitverkündung ist die förmliche Mitteilung der Partei an einen Dritten, dass sie einen Prozess führe und, falls sie den Prozess verliere, den Dritten haftbar machen werde oder seinen Regress befürchte.²⁶⁴

Die Partei, die für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadensersatz gegen ein Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt (sog. Streitverkündungsgrund), kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden (§ 72 I ZPO) und dadurch erreichen, dass die Interventionswirkung, welche sonst lediglich die Nebenintervention beinhaltet, auch ohne den Beitritt des

²⁶¹ Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.238.

²⁶² BGHZ 132, 397 (streitig).

²⁶³ Lüke, Zivilprozessrecht, Rnr.238.

²⁶⁴ Schellhammer, Zivilprozessrecht, Rnr.1623.

Dritten eingreift (§ 74 III ZPO).²⁶⁵

Die Streitverkündung informiert den Dritten über Gegenstand und Lage des Prozesses und stellt ihm anheim, den Streitverkünder zu unterstützen; entweder tritt der Dritte dem Prozess als Streit Helfer des Streitverkünders bei (§§ 74 I, 68 ZPO) oder er rührt sich nicht (§ 74 III ZPO).²⁶⁶ Die Wirkung ist die gleiche: Verliert nämlich der Streitverkünder den Prozess und verklagt er in einem zweiten Prozess, dem Regressprozess, den Dritten auf Gewährleistung oder Schadensersatz, so muss der Dritte das Urteil des Vorprozesses gegen sich gelten lassen, nicht nur das Prozessergebnis wie bei der Rechtskraft, sondern auch alle tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen, die das Urteil tragen.²⁶⁷

(2) Voraussetzungen der Streitverkündung

Erforderlich für eine zulässige Streitverkündung sind zum einen, dass ein bereits anhängiger Rechtsstreit gegeben ist. Zum anderen muss ein Grund für die Streitverkündung zu bejahen sein (§ 72 I ZPO). Dies ist dann der Fall, wenn eine Partei im Falle eines ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt.²⁶⁸

(3) Zweck der Streitverkündung

Der Zweck in der Streitverkündung besteht in der Interventionswirkung. Sie verhindert, dass ein und derselbe Sachverhalt in zwei Prozessen verschieden festgestellt und rechtlich bewertet wird.²⁶⁹

²⁶⁵ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.350.

²⁶⁶ Schellhammer, Zivilprozessrecht, Rnr.1621.

²⁶⁷ Schellhammer, Zivilprozessrecht, Rnr.1621.

²⁶⁸ Musielak, Grundkurs ZPO, Rnr.350.

²⁶⁹ Schellhammer, Zivilprozessrecht, Rnr.1621.

6. KapMuG

Die deutsche Zivilprozessordnung geht in ihrem Grundverständnis von einem Zwei-Parteien-Prozess aus.²⁷⁰ Sie kennt nur ansatzweise Instrumente zur Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess²⁷¹ und setzt stets voraus, dass alle Betroffenen Parteien des Rechtsstreits werden oder bleiben.²⁷² Insofern unterscheidet sich die deutsche Zivilprozessordnung von ausländischen kollektiven Rechtsschutzformen²⁷³, bei denen nur der Verband oder der Gruppenkläger als Partei auftritt, die Wirkungen der gerichtlichen Entscheidung aber auch auf am Verfahren nicht Beteiligte erstreckt werden.²⁷⁴

a) Gründe für die Einführung des KapMuG

Vor dem Hintergrund der begrenzten gesetzlichen Möglichkeiten, welche im Rahmen einer prozessualen Kollektivierung von Anlegerinteressen eine wirklich effektive Umsetzung gewährleisten, mehrten sich die Stimmen, welche die Einführung eines kollektiven Rechtsbehelfs im Bereich des Anlegerschutzes forderten.²⁷⁵ Die Funktion eines solchen Rechtsbehelfs sollte zum einen in einer Verbesserung des Rechtsschutzes für Anleger liegen. Der dramatische Einbruch am Neuen Markt, der innerhalb von 24 Monaten zu einem Buchverlust von mehr als 200 Milliarden Euro führte, sowie sich häufende Meldungen von Emissionsbetrug, Bilanzfälschungen oder falscher Berichterstattung hatten das Vertrauen der Kapitalanleger in den Aktienmarkt tief erschüttert.²⁷⁶

²⁷⁰ Reuschle, WM 2004, 966, 967; Rosenberg / Schwab / Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1, Rnr.3; Kölner Kommentar zum KapMuG, Einleitung, Rnr.4; Hopt / Voigt, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, S.99.

²⁷¹ Siehe hierzu oben B.1.

²⁷² Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.2.

²⁷³ Siehe zu Gruppen- und Vertreterklagen anderer Länder: Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.5 ff.

²⁷⁴ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.2.

²⁷⁵ Einen Überblick mit einer anschließenden Bewertung bezüglich der Vorschläge, welche in den vergangenen Jahren seitens der Literatur, von Verbänden und einer Regierungskommission erfolgt sind, ist einzusehen bei: Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.45 ff.

²⁷⁶ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.39 f.

Dieses Vertrauen sollte wieder zurück gewonnen werden.²⁷⁷

Ein weiteres rechtspolitisches Ziel, welches mit der Einführung des KapMuG verbunden war, war ferner die ökonomische Nutzung von Justizrecourcen.²⁷⁸ Es sollte verhindert werden, dass die Gerichte über identische Rechts- und Tatsachenfragen in Parallelprozessen jeweils getrennt voneinander und mehrfach entscheiden müssen.²⁷⁹

Schließlich wollte man durch die prozessualen Möglichkeiten des KapMuG die Konkurrenzfähigkeit des Finanz- und Justizplatzes Deutschland stärken. Zum einen sollte verhindert werden, dass Klagen im Wege des „forum shopping“ in anderen Ländern, insbesondere in den USA, erhoben werden. Zum anderen bezweckte man damit sicherzustellen, dass die Kontrolle für inländische Emittenten primär bei der inländischen Justiz verbleibt.²⁸⁰

b) Einzelfragen zum KapMuG

Vor allem die Vielzahl der Klagen im Zusammenhang mit dem „Dritten Börsengang“ der Deutschen Telekom AG²⁸¹ haben das Bewusstsein dafür geweckt, dass dem Phänomen von „Massenschäden“ am Kapitalmarkt mit den auf individuelle Rechtsverfolgung ausgerichteten Mitteln des deutschen Zivilprozessrechts nicht beizukommen war.²⁸²

²⁷⁷ Zypries / Eichel, Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums und des Bundesfinanzministeriums zum „Maßnahmekatalog der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes“ vom 25.2.2003.

²⁷⁸ Begründung zum RegE des KapMuG, BT-Drucksache 15/5091, S.17.

²⁷⁹ Begründung zum RegE des KapMuG, BT-Drucksache 15/5091, S.17.

²⁸⁰ Begründung zum RegE des KapMuG, BT-Drucksache 15/5091, S.17.

²⁸¹ Etwa 15.000 geschädigte Anleger haben Klage gegen die Deutsche Telekom AG eingereicht und sich darauf berufen, dass infolge einer falsch durchgeführten Immobilienbewertung der bei der dritten Kapitalerhöhung im Jahre 2000 vorgelegte Börsenprospekt falsch gewesen sei. Bei der Dritten Telekom-Tranche im Jahr 2000 wurden Aktien zu einem Preis von 66,50 Euro emittiert, die Kapitalerhöhung war 3,5fach überzeichnet.

²⁸² Plaßmeier, NZG 2005, 609.

Abhilfe sollte in diesem Zusammenhang das KapMuG schaffen, welches im November 2005 in Kraft getreten und zunächst auf fünf Jahre befristet ist. Es sieht zur Bündelung gleichgerichteter Ansprüche von Kapitalanlegern und zur prozessualen Bewältigung dieser Ansprüche die Einführung von Musterverfahren vor.

Die Durchführung eines Verfahrens nach dem KapMuG lässt sich in drei Phasen²⁸³ untergliedern:

(1) Die erste Phase besteht aus der Klageerhebung und aus einem Musterfeststellungsantrag beim Prozessgericht. Der Antrag hat die festzustellende Anspruchsvoraussetzung unter Angabe des Beweismittels konkret zu bezeichnen. Der Antragsteller muss in dem Antrag ferner darlegen, dass die bezeichnete Anspruchsvoraussetzung für andere gleich gelagerte Rechtsstreite von Bedeutung ist.²⁸⁴

Antragsteller des Musterverfahrens muss übrigens nicht zwangsläufig der klagende Anleger sein. Das KapMuG sieht vielmehr vor, dass auch der Beklagte einen Musterfeststellungsantrag stellen kann (§ 1 I S.3 KapMuG).²⁸⁵

Ist der Antrag zulässig, wird er vom Prozessgericht nach Bekanntmachungsbeschluss im Klageregister des elektronischen Bundesanzeigers bekannt gemacht (§ 2 KapMuG) und das Verfahren gemäß § 3 KapMuG unterbrochen.²⁸⁶ Werden mindestens neun weitere Musterfeststellungsanträge mit demselben Feststel-

²⁸³ Von drei Phasen gehen aus: Kranz, MDR 2005, 1021; Keller /Kolling, BKR 2005, 399, 400; Sessler, WM 2004, 2344, 2345; Duve / Pfitzner, BB 2005, 673, 674; Maier-Reimer / Wilsing, ZGR 2006, 79, 88.

Für zwei Phasen hingegen: Reuschle, KapMuG, S.29; Möllers / Weichert, NJW 2005, 2737, 2738; Gansel / Gängel, NJW 2006, 13, 14; Stadler in : FS für Rechberger, S.667; Zypries, ZRP 2004, 177, 178; Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.2

²⁸⁴ Sessler, WM 2004, 2344, 2345.

²⁸⁵ In diesem Fall wird mit dem Musterfeststellungsantrag die Feststellung begehrt, dass eine bestimmte Schadensersatzbegründende Voraussetzung nicht vorliegt.

²⁸⁶ Keller / Kolling, BKR 2005, 399, 401.

lungsziel gestellt, holt das Prozessgericht, bei dem der erste Musterfeststellungsantrag gestellt wurde, durch einen Vorlagebeschluss eine Entscheidung über das Feststellungsziel gleichgerichteter Musterfeststellungsanträge bei dem im Rechtszug übergeordneten Oberlandesgericht ein (§ 4 KapMuG).²⁸⁷ Alle anderen Verfahren, die von der im Musterverfahren zu klärenden Frage abhängen, werden vom Prozessgericht ausgesetzt (§ 7 KapMuG). Der Aussetzungsbeschluss ist gemäß § 7 I S.4 KapMuG nicht anfechtbar.²⁸⁸

(2) Die zweite Phase betrifft das Musterfeststellungsverfahren vor dem Oberlandesgericht. Beteiligte des Verfahrens sind der Musterkläger, welcher vom Gericht nach billigem Ermessen ausgewählt wird, der Musterbeklagte und die übrigen Kläger und Beklagten der ausgesetzten Verfahren, die gemäß § 8 III KapMuG beizuladen sind. Das Oberlandesgericht entscheidet im Musterverfahren durch Musterentscheid, gegen wen die Rechtsbeschwerde zulässig ist und der, wenn er rechtskräftig ist, für die Verfahren nach den Prozessgerichten bindend ist (§§ 14-16 KapMuG).²⁸⁹

(3) Im Anschluss daran werden in einer dritten und letzten Phase die Verfahren vor den Landgerichten fortgesetzt. Der Musterentscheid bindet das Landgericht hinsichtlich der entschiedenen Musterfrage, die beigeladenen Kläger entgegen dieser Bindungswirkung nur unter engen Voraussetzungen (§ 16 KapMuG).²⁹⁰ Geschädigte, welche keine Parallelklage erhoben haben, unterliegen der Bindungswirkung nicht.

c) Verfahrensrechtliche Besonderheiten

(1) Nach § 11 I KapMuG hat die Rücknahme eines Musterfest-

²⁸⁷ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.57.

²⁸⁸ Kritisch hierzu: Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.63 f.

²⁸⁹ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.57.

²⁹⁰ Keller / Kolling, BKR 2005, 399, 401.

stellungsantrags auf die Stellung als Musterkläger oder – beklagter keinen Einfluss.²⁹¹ Dadurch wird sichergestellt, dass sich insbesondere der Musterkläger seiner Parteirolle nicht entziehen kann. Möchte der Musterkläger sein Klagebegehren nicht mehr weiter verfolgen, bleibt ihm nur die Möglichkeit der Klagerücknahme im Individualverfahren.^{292 293}

(2) § 9 I S.2 KapMuG sieht die Besonderheit vor, dass die Durchführung des Musterverfahrens nicht von der Zahlung eines Auslagenvorschusses (insbesondere für Sachverständige) abhängig gemacht wird.²⁹⁴ Grund hierfür ist folgender: Knüpfte man die Vorschusspflicht allein an die Person des Musterklägers, so wäre dieser gezwungen, Prozesskostenhilfe in Anspruch zu nehmen, wenn er die meist erheblichen Sachverständigenkosten nicht alleine aufbringen kann; die Vorschusspflicht würde damit ins Leere laufen.²⁹⁵

(3) Aufgrund der Vielzahl der Kläger, welche sich an einem Musterverfahren beteiligen können, ist aus Vereinfachungsgründen in § 9 II KapMuG geregelt, dass den Beteiligten Termine durch öffentliche Bekanntmachung²⁹⁶ im Klageregister mitgeteilt werden. Zugleich wird die Ladungsfrist des § 217 ZPO auf vier Wochen ausgedehnt, um eine Kenntnisnahme des Termins zu gewährleisten.²⁹⁷

(4) Gemäß § 13 I KapMuG können der Musterkläger, der Musterbeklagte und die Beigeladenen im Rahmen des Feststellungs-

²⁹¹ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.66.

²⁹² Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.66.

²⁹³ § 11 II S.1 KapMuG sieht für diesen Fall vor, dass ein neuer Musterkläger bestimmt wird.

²⁹⁴ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.67.

²⁹⁵ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.67.

²⁹⁶ Vorbilder einer Zustellung der Terminsladung durch öffentliche Bekanntmachung in Massenverfahren bilden die §§ 69 II S.3, 74 V VwVfG. Jedoch ist in Abweichung zum VwVfG eine öffentliche Bekanntmachung nicht an eine Mindestzahl bezüglich der Zustellungen gebunden.

²⁹⁷ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.68.

ziels des Musterverfahrens die Feststellung weiterer Streitpunkte begehren, wenn die Entscheidung ihres Rechtsstreits davon abhängt und das Prozessgericht dies für sachdienlich hält.²⁹⁸

Diese Besonderheit des KapMuG-Verfahrens ist der Kritik ausgesetzt, dass durch sie der einzelne Beigeladene versuchen kann, durch abwegige Anträge das Verfahren zeitweise zum Stillstand zu bringen.²⁹⁹ Darüber hinaus wird bemängelt, dass die Sachdienlichkeit der Erweiterung in die Beurteilungskompetenz des Prozessgerichts anstelle des erkennenden Oberlandesgerichts gestellt wird.³⁰⁰

d) Kritik am KapMuG³⁰¹

Das KapMuG hat nach seinem Inkrafttreten³⁰² sowohl zustimmende als auch kritische Anmerkungen erfahren. Die positive Resonanz ist jedoch tendenziell eher verhalten ausgefallen.

Zum Teil wird im KapMuG ein durchaus gangbares Verfahren zur Bewältigung von Massenverfahren im Kapitalmarktrecht gesehen.³⁰³ Es stelle damit einen wichtigen Schritt in die richtige Richtung dar³⁰⁴ und sei daher grundsätzlich zu begrüßen.³⁰⁵

Die Vorteile des KapMuG werden unter anderem darin gesehen, dass Emittenten nunmehr damit rechnen müssen, dass dieses Instrument dazu genutzt werde, um auch geringe Schadener-

²⁹⁸ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.69.

²⁹⁹ Hess, ZIP 2005, 1713, 1716; Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.69.

³⁰⁰ Derleder / Knops / Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63, Rnr.69.

³⁰¹ Einen ausführlichen Überblick über die Probleme des KapMuG bietet: Kilian, Ausgewählte Probleme des Musterverfahrens nach dem KapMuG, 2007. Im Folgenden werden lediglich die Hauptkritikpunkte skizziert.

³⁰² Und auch bereits zum Zeitpunkt seines Entwurf-Stadiums.

³⁰³ Hess, ZIP 2005, 1713, 1719.

³⁰⁴ Gundermann / Härle, VuR 2006, 457, 461.

³⁰⁵ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.216 f.

satzforderungen gerichtlich geltend zu machen.³⁰⁶ Das kollektive Musterverfahren führe zu einer erheblichen Senkung des Prozessrisikos für den einzelnen Anleger, insbesondere dadurch, dass ein Auslagenvorschuss (z.B. für Sachverständige) nicht gezahlt werden müsse und im Falle des Unterliegens die Kosten auf alle Kläger anteilig verteilt werden.³⁰⁷ Damit werde den Publizitäts-, Vertriebs- oder sonstigen Verhaltensregeln, denen die Emittenten unterliegen, Nachdruck verliehen. Neben der staatlichen Finanzmarktaufsicht werde darüber hinaus die private Aufsicht gestärkt, deren erzieherische Wirkung nicht zu unterschätzen sei.³⁰⁸

Daneben bestehe eine Beschleunigung bei der Abwicklung einer Vielzahl von Klagen mit der weiteren Folge einer Entlastung der betroffenen Gerichte und der Erlangung schnellerer Rechtssicherheit für die beklagten Unternehmen.³⁰⁹

Teilweise wird hinsichtlich der zu erwartenden Effektivität des KapMuG dahingehend differenziert, ob es sich im konkreten Fall um einen fehlerhaften Prospekt oder eine fehlerhafte Ad-Hoc-Mitteilung handele.³¹⁰ Bei ersterem sei das Massenverfahren als sinnvoll zu qualifizieren. Als Feststellungsziel biete sich die Fehlerhaftigkeit des Prospekts an, die, wie im Telekom-Verfahren, meist die größte Schwierigkeit in der Beweisführung darstelle.³¹¹

Bei fehlerhaften Ad-Hoc-Mitteilungen sei der Vorteil eines Mu-

³⁰⁶ Zypries, ZRP 2004, 177.

³⁰⁷ Meier, DStR 2005, 1860, 1863.

³⁰⁸ Zypries, ZRP 2004, 177 f.

³⁰⁹ Meier, DStR 2005, 1860, 1863.

³¹⁰ Möllers / Weichert, NJW 2005, 2737, 2738.

³¹¹ Die haftungsbegründende Kausalität zwischen Aktienerwerb und Prospekterlass werde im Rahmen des gesetzlichen Zeitfensters von sechs Monaten bei der spezialgesetzlichen Prospekthaftung der § 44 ff. BörsG ebenso wie die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Fehlerhaftigkeit des Prospekts und der Minderung des Börsenpreises gesetzlich vermutet, § 45 I, II Nr.2 BörsG. Diese gesetzlichen Vermutungen könnten vom Emittenten widerlegt werden.

sterverfahrens dagegen deutlich geringer. Die Fehlerhaftigkeit der Kapitalmarktinformation könne zwar ebenso in einem Musterverfahren festgestellt werden wie der so genannte Kursdifferenzschaden, also die Differenz zwischen tatsächlichem und hypothetischem Wert des Wertpapiers am Tag der fehlerhaften Meldung.³¹² Auch die Frage, ob zwischen Falschinformation und Kursentwicklung eine kausale Verbindung bestehe, könne einheitlich für alle Schadenersatzprozesse geschädigter Anleger festgestellt werden.³¹³ Verlange der geschädigte Anleger aber die Rückerstattung des Kaufpreises als Vertragsabschlussschaden, müsse der Kläger grundsätzlich nachweisen, dass er das Wertpapier auf Grund der fehlerhaften Ad-Hoc-Mitteilung erworben habe.³¹⁴ Hier scheide ein Musterverfahren grundsätzlich aus.³¹⁵ Nur höchst ausnahmsweise könne die Rechtsfrage einer Anlagestimmung in einem Musterverfahren in Betracht kommen.³¹⁶

Die Kritikpunkte am KapMuG sind seitens der Literatur deutlicher in Erscheinung getreten als die genannten positiven Aspekte:

Bemängelt wurde zum einen die Abkehr vom bisherigen Gerichtsstand. Die Zuständigkeit für Klagen, derentwegen ein Musterverfahren eingeleitet werden kann, soll durch den neuen § 32 b ZPO am Sitz des Emittenten oder des Anbieters sonstiger Vermögensanlagen³¹⁷ bzw. der Zielgesellschaft³¹⁸ konzentriert werden. Es sei jedoch, sofern es um Ansprüche gehe, die unter § 1 I Nr.1 KapMuG fielen, nicht einzusehen, warum das Gericht

³¹² BGH NJW 2005, 2450; Fleischer, BB 2002, 1869, 1872; Maier-Reimer / Webering, WM 2002, 1857, 1861; Möllers / Leisch, BKR 2002, 1071, 1079; Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht, §§ 37 b, 37 c WpHG, Rnr.91 f.

³¹³ Möllers / Weichert, NJW 2005, 2737, 2738; Möllers / Leisch, BKR 2002, 1071, 1079; Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrecht, §§ 37 b, 37 c WpHG, Rnr.90 f.

³¹⁴ BGHZ 160, 134; BGH NJW 2004, 2668, 2671; BGH NJW 2005, 2450.

³¹⁵ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Dr 15/56091, S.20; ebenso jetzt BGH NJW 2005, 2450.

³¹⁶ Möllers / Weichert, NJW 2005, 2737, 2738; siehe auch BGH NJW 2004, 2664, 2667; BGH NJW 2004, 2668, 2671.

³¹⁷ In den Fällen des § 1 I S.1 Nr.1 KapMuG.

³¹⁸ In den Fällen des § 1 I S.1 Nr.2 KapMuG.

am Sitz des Emittenten oder Anbieters sonstiger Vermögensanlagen besser geeignet sein sollte als das bisher für die Entscheidung über die meisten dieser Ansprüche zuständige LG Frankfurt a. M.³¹⁹ Unerfindlich bleibe auch, warum es der Rechtspflege zuträglich sein solle, wenn „möglichst mehrere Gerichte Erfahrungen mit den neuen Vorschriften sammeln“³²⁰.³²¹ Im Gegenteil habe sich auf Grund der Erfahrung der bisher für Anlegerschutzprozesse zuständigen Kammern hier bereits entsprechendes Know-how herausgebildet, das auch in Zukunft genutzt werden solle.³²² Richtig sei daher eine die spezielle fachliche Kompetenz erhöhende ausschließliche Zuständigkeit.

Von anderer Seite wird durch die Konzeption des KapMuG eine erhebliche Verfahrensdauer erwartet.³²³ Vor allem die Struktur des Vorlageverfahrens sei zu aufwendig. Zum einen sei zu befürchten, dass die Abhängigkeit der Zuständigkeit des Oberlandesgerichts für das Musterverfahren von der Eintragung des ersten Musterverfahrensanspruchs dazu führe, dass Prozessgerichte das Zulässigkeitsverfahren in die Länge ziehen würden. Eine unverhältnismäßig lange Dauer der Zulässigkeitsverfahren sei darüber hinaus aufgrund des umfangreichen Prüfungsumfanges hinsichtlich der Unzulässigkeitsgründe nach § 1 III KapMuG wahrscheinlich.³²⁴

Duve / Pfitzner befürchten im Rahmen des KapMuG ein sog. „race to the register“.³²⁵ Zwar wolle das KapMuG einer solchen Tendenz ausdrücklich entgegenwirken.³²⁶ Wenn jedoch ein Klä-

³¹⁹ Plaßmeier, NZG 2005, 609, 613.

³²⁰ So der Bericht des Rechtsausschusses vom 15.6.2005, BT-Drucksache 15/5695, S.42.

³²¹ Plaßmeier, NZG 2005, 609, 613.

³²² Sessler, WM 2004, 2344, 2346.

³²³ Erttmann / Keul, WM 2007, 482, 483 ff.

³²⁴ Erttmann / Keul, WM 2007, 482, 485.

³²⁵ Die Verfasser bezweifeln jedoch darüber hinaus auch den praktischen Nutzen des KapMuG (*Duve / Pfitzner*, BB 2005, 673, 678). Im Ergebnis ebenso: Plaßmeier, NZG 2005, 609, 616.

³²⁶ Das primäre Mittel hierzu soll die in § 8 II KapMuG niedergelegte Auswahl des Musterklägers durch das

gervertreter, der eine größere Anzahl von Anlegern vertritt, zeitgleich zehn Klagen einreiche und zugleich in allen Verfahren Musterfeststellungsanträge stelle, könne er erreichen, dass dem Oberlandesgericht nur eigene Fälle übermittelt werden.³²⁷ Insofern werde eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür geschaffen, dass der Klägervertreter auch den Musterkläger vertrete, womit mit der bestehenden Regelung schlussendlich gerade das erreicht werde, was eigentlich verhindert werden sollte, nämlich ein „race to the register“.³²⁸

Letztlich wird die grundsätzliche Anspruchsbündelung im Rahmen des KapMuG beim Oberlandesgericht als problematisch qualifiziert. Die Konzeption zweier Verfahren beinhalte zwei nachteilige Folgen: Zum einen werde das Verfahren vor zwei unterschiedlichen Gerichten geführt, was dem Grundsatz der Einheit der Instanz widerspreche. Danach werde der Rechtsstreit umfassend vor dem erkennenden Gericht verhandelt.³²⁹ Zum anderen verlören die Parteien eine Tatsacheninstanz, gerade bei den für den Ausgang derartiger Rechtsstreitigkeiten wichtigen Tatsachenfragen.³³⁰ Die bessere Alternative sei die Zuweisung des Musterverfahrens an das zuerst angegangene Landgericht. Dies hätte zur Konsequenz, dass parallel angerufene Landgerichte ihre Verfahren aussetzen würden, bis die zuerst angegangene Kammer die Musterfrage entschieden habe.³³¹ Ein derartiges Verfahren wahre die Einheit der mündlichen Verhandlung und die umfassende Verantwortung des befassten Gerichts für die Erledigung des Rechtsstreits.³³²

Oberlandesgericht sein. Damit soll es gerade nicht in der Hand der Kläger liegen, wer die Musterklage letztlich als Partei vertritt.

³²⁷ Duve / Pfitzner, BB 2005, 673, 678.

³²⁸ Dagegen: Kilian, Ausgewählte Probleme des Musterverfahrens nach dem KapMuG, S.120.

³²⁹ Hess, WM 2004, 2329.

³³⁰ Kritisch deshalb: Hess / Michailidou, ZIP 2004, 1381, 1384.

³³¹ Der Nachteil dieser Möglichkeit besteht darin, dass ein „race to the courtroom“ durch eine derartige Priorität gefördert werden würde (Hess, WM 2004, 2329).

³³² Hess, WM 2004, 2329.

e) Rechtsprechungsübersicht zum KapMuG:

Zur Einleitung eines Musterverfahrens nach dem KapMuG:
BGH³³³:

„Ein Musterverfahren ist nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KapMuG einzuleiten, wenn bis zum Ablauf der dort genannten Frist zehn gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge gestellt worden sind. Diese Anträge müssen nicht in zehn getrennten Prozessen gestellt worden sein. Es reicht vielmehr aus, wenn zehn einfache Streitgenossen jeweils einen auf die Durchführung des Musterverfahrens gerichteten Antrag gestellt haben. Die Möglichkeit einer Zurückweisung dieser Anträge wegen Prozessverschleppung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 KapMuG bleibt unberührt.“

Zur örtlichen Zuständigkeit bei Schadensersatzansprüchen nach dem KapMuG siehe Urteil des LG Hildesheim³³⁴:

„Gemäß § 32 b I S.1 Nr.1 ZPO ist für Klagen auf Schadensersatz aufgrund falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen das Gericht am Sitz des betroffenen Emittenten, des betroffenen Anbieters von sonstigen Vermögensanlagen oder der Zielgesellschaft ausschließlich zuständig. Sie ist unabhängig davon gegeben, ob die erhobenen Ansprüche auch auf andere Anspruchsgrundlagen gestützt werden.“

Zur sofortigen Beschwerde im Rahmen des KapMuG-Verfahrens:
OLG München³³⁵:

„Gegen die Zurückweisung eines Musterfeststellungsantrags ist die sofortige Beschwerde statthaft. Da allein das Gericht 1. Instanz dafür zuständig ist, vor einer Entscheidung in der Hauptsache

³³³ Beschluss vom 21.04.2008 (Az.: II ZB 6/07).

³³⁴ Urteil vom 17.08.2006 (Az.: 6 O 167/06).

³³⁵ Beschluss vom 16.03.2007 (Az.: W (KAPMU) 2/07).

che ein Musterverfahren durch einen Vorlagebeschluss nach § 4 KapMuG in Gang zu setzen, fehlt der sofortigen Beschwerde wegen prozessualer Überholung jedoch das Rechtsschutzinteresse, wenn eine erstinstanzliche Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist und hiergegen Berufung eingelegt wurde.“

Zur Aussetzung des Beschwerdeverfahrens: OLG München³³⁶:

„Hat das LG in der Hauptsache entschieden und gleichzeitig den Musterfeststellungsantrag zurückgewiesen, dann fehlt der sofortigen Beschwerde gegen die Zurückweisung des Musterfeststellungsantrages das erforderliche rechtliche Interesse und ist somit als unzulässig zurückzuweisen. Der Antrag auf Aussetzung des Beschwerdeverfahrens im Hinblick auf die erfolgte Berufungseinlegung in der Hauptsache analog § 148 ZPO ist zurückzuweisen, da wegen der erfolgten Beschwerdeverwerfung eine Aussetzung des Beschwerdeverfahrens nicht mehr möglich ist.“

Zur Frage, ob das KapMuG auf den „Grauen Kapitalmarkt“ anwendbar ist: BGH³³⁷:

„Auch öffentliche Kapitalmarktinformationen des unreglementierten sog. „Grauen Kapitalmarktes“ können Gegenstand eines Musterfeststellungsverfahrens sein. Unter § 1 I KapMuG fallen nur Erfüllungsansprüche nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) und Schadensersatzansprüche einer fehlerhaften, irreführenden oder unterlassenen öffentlichen Kapitalmarktinformation. Streitigkeiten, die lediglich mittelbar Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation haben sowie nicht verallgemeinerungsfähige Tatsachen oder Rechtsfragen können nicht Gegenstand eines Musterfeststellungsverfahrens sein.“

(4) Bezüglich fehlerhafter Ad-Hoc-Mitteilungen als zulässigem

³³⁶ Beschluss vom 04.05.2007 (Az.: W (KAPMU) 5/07).

³³⁷ Beschluss vom 10.06.2008 (Az.: XI ZB 26/07).

Feststellungsziel im KapMuG-Verfahren: OLG München³³⁸:

„Die Unrichtigkeit der Ad-hoc-Mitteilung im vorliegenden Fall ist nicht als anspruchsbegründende Voraussetzung i.S.d. § 1 KapMuG anzusehen. Insoweit ist das Feststellungsziel zu weit gefasst. Zulässiges Feststellungsziel kann allenfalls die Feststellung der Unrichtigkeit einer bestimmten Angabe in einer konkreten Ad-hoc-Mitteilung, nicht jedoch die Unrichtigkeit der Mitteilung allgemein sein. Der Antrag ist auch deshalb unzulässig, weil darin in der Sache nach mehrere selbständige Feststellungsziele zusammengefasst wurden.“

f) Fälle vor der Einführung des KapMuG

Bereits vor dem Inkrafttreten des KapMuG bestand oftmals eine entscheidende Frage darin, ob man sich mit anderen Klägern zu einer Sammelklage zusammenschließt oder ob man die gerichtliche Durchsetzung seiner Ansprüche allein verfolgt. Da beide Wege Vor- und Nachteile in sich tragen,³³⁹ muss nach wie vor im jeweiligen Einzelfall sorgfältig abgewogen werden.

Problematisch wird eine solche Entscheidung vor allem dann, wenn es darum geht, im Rahmen einer in Anspruch zu nehmenden Rechtsschutzversicherung eine Deckungszusage der jeweiligen Versicherung zu bekommen. Möchte man sein Klagebegehren im Wege der Einzelklage durchsetzen, kann man dabei auf Schwierigkeiten stoßen.

Diese sollen anhand der nachfolgenden Fälle veranschaulicht werden:

(1) In dem dem Landgericht Coburg im Jahr 2004 vorliegenden Fall³⁴⁰ stritten die Parteien um den Umfang der Eintrittspflicht der Beklagten aus einer Rechtsschutzversicherung.

³³⁸ Beschluss vom 01.10.2007 (Az.: W (KAPMU) 10/07).

³³⁹ Siehe vorstehende Ausführungen.

³⁴⁰ Az.: 23 O 336 / 04.

Der Kläger war bei der Beklagten rechtsschutzversichert. Der Versicherungsschutz erstreckte sich auf Familien- und Verkehrsrechtsschutz mit allgemeinem Vertragsrechtsschutz.

Im März 1999 unterzeichnete der Kläger zwei Beitrittserklärungen zu einem atypisch stillen Gesellschaftsvertrag mit einer AG. Er verpflichtete sich zur Erbringung von Einmal- und Rateneinlagen in Höhe von insgesamt rund 69.000 Euro, die er in der Folgezeit auch leistete.

Im Juni 2003 kündigte der Kläger seine Beteiligungen außerordentlich. Die Schreiben wurden jedoch als unwirksam zurückgewiesen.

Der Kläger bat daraufhin die Rechtsschutzversicherung um Erteilung einer Deckungszusage für die gerichtliche Durchsetzung seiner Ansprüche gegen die AG. Die Beklagte lehnte die Zusage ab. Erst nach weiterer Korrespondenz erteilte die Beklagte Versicherungsschutz im Rahmen der ARB und in den Grenzen einer Beteiligung als Streitgenosse in einem Sammelklageverfahren. Die Gewährung von Rechtsschutz für eine Einzelklage wurde abgelehnt. Als Begründung wurde angeführt, dass der Fall des Klägers mit denen anderer Geschädigter identisch sei. Eine Durchsetzung im Einzelverfahren sei in einem solchen Fall zum einen nicht üblich und beruhe zum anderen lediglich auf den monetären Interessen der beteiligten Rechtsanwälte.

Das Landgericht gab der Klage statt. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe der Kläger einen Anspruch auf Erteilung des Deckungsschutzes für eine Einzelklage, da ihm die Verweisung auf die Beteiligung an einer Sammelklage im Sinne einer Streitgenossenschaft nicht zumutbar sei.

Zwar sei eine Verfolgung der Ansprüche gegen die AG im Wege der Streitgenossenschaft aufgrund des Umstandes, dass die Klägervertreter eine Mehrzahl von Geschädigten verträten,

grundsätzlich denkbar. Zudem seien auch die Sachverhalte ähnlich. Jedoch müsse der Umstand Berücksichtigung finden, dass sich die einzelnen Fälle nicht unerheblich voneinander unterscheiden: Die jeweiligen Beteiligungen seien in unterschiedlicher Höhe und unterschiedlicher Art (Einmalanlagen, Ratenanlagen) auf der Grundlage unterschiedlicher Prospekte abgeschlossen worden. Verschiedene Kläger hätten sich nur einmal beteiligt, andere mehrfach mit unterschiedlichen Beteiligungen.

Bei einer Sammelklage müsse letztlich jeder Teilprozess gesondert entschieden werden. Dabei sei jeweils ein individueller Vortrag mit einer Anhörung des Klägers und ggfs. der Erhebung eines Zeugenbeweises erforderlich. Bei einer Beteiligung von wie vorliegend mindestens zehn Klägern würde die Darlegung einer Vielzahl von Daten, Verträgen, Prospekten usw. zwangsläufig zu einer Unübersichtlichkeit des Prozeßstoffes führen.

Jedoch sei dem Rechtsschutzanliegen des jeweiligen Klägers auf zügige Durchsetzung seiner Interessen, was gerade am grauen Kapitalmarkt wichtig sei, nur dadurch Rechnung zu tragen, dass jeder Fall individuell und in einer angemessenen Zeit entschieden werde. Dies sei bei einer Sammelklage nicht mehr möglich. Bestätigt werde dies durch die Vorgehensweise anderer Gerichte in gleich gelagerten Fällen.

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass die Sammelklage im deutschen Zivilprozess nicht den Regelfall darstelle. Auch wenn die Voraussetzungen für eine Streitgenossenschaft vorlägen, läge es in der Regel im Ermessen der einzelnen Kläger, ob sie sich zusammenschließen oder nicht.

Letztlich müsse berücksichtigt werden, dass der Kläger bei einer Sammelklage auch bei der Wahl des Gerichtsstandes benachteiligt werde. Da die verschiedenen Kläger in der Regel an verschiedenen Orten wohnten, bliebe lediglich der Sitz der AG als Gerichtsstand für alle Kläger offen, während im Fall der Einzelklage auch der Wohnsitz-Gerichtsstand des Klägers gemäß §

29c ZPO³⁴¹ zur Verfügung stünde. Diese Möglichkeit, die dem Verbraucherschutz des Klägers dienen sollte, wäre ihm damit genommen.

(2) In einem fast deckungsgleichen Fall hatte das Landgericht Coburg³⁴² einen Monat zuvor entsprechend entschieden.

Der Unterschied beruhte zum einen darauf, dass nicht der Kläger, sondern dessen Ehefrau mit der Beklagten einen Rechtsschutzvertrag abgeschlossen hatte.

Zum anderen hatte der Kläger mit der Beklagten ein Rateneinlageprogramm abgeschlossen, in dessen Rahmen er sich zur Zahlung von 240 Monatsraten á 452 DM zuzüglich der Zahlung eines 5 %-igen Agios in Höhe von rund 5.400 DM verpflichtet hatte. Die Einlage hatte damit eine Höhe von ca. 58.000 Euro.

Von der AG wurden im Laufe der Zeit verschiedene sich ändernde Beteiligungsprogramme angeboten. Diesen Programmen lagen unterschiedliche Vertragsbedingungen und mehrfach abgeänderte Prospekte zugrunde. Zum Abschluss der Beteiligungen kam es in den meisten Fällen im Rahmen einer Hautürsituation.

Der Kläger kündigte im Juni 2003 seine Beteiligung außerordentlich. Auch hier war die Beklagte nicht bereit, eine Deckungszusage bezüglich eines Einzelverfahrens zu erteilen.

Der Kläger hat hierzu vorgetragen, dass nur die Durchsetzung seiner Ansprüche im Rahmen einer Einzelklage dem 2-Parteien-Grundsatz des Zivilrechts entspreche. Eine Sammelklage hingegen stelle nicht den effektivsten und sichersten Weg der Durchsetzung der klägerischen Ansprüche dar und sei ihm daher nicht zumutbar.

³⁴¹ Besonderer Gerichtsstand für Haustürgeschäfte

³⁴² Az.: 14 O 232 / 04.

Nach Auffassung der Beklagten verstoße die Durchführung eines Einzelverfahrens gegen die Obliegenheit des Versicherungsnehmers unnötige Kosten zu vermeiden.

Das Landgericht hielt die Klage für zulässig und begründet. Hinsichtlich der Zulässigkeit stellte es fest, dass auch der Kläger, der selbst nicht Versicherungsnehmer des streitgegenständlichen Vertrags sei, seine Rechte wegen § 15 II S.1 ARB 94 selbst gerichtlich geltend machen kann.

Im Rahmen der Begründetheit schloss sich das Gericht der Auffassung des LG und des OLG Stuttgart dahingehend an, dass dem Kläger die Verweisung auf die Beteiligung an einer Sammelklage im Sinne einer Streitgenossenschaft nicht zumutbar sei und er sich daher nicht darauf verweisen lassen müsse. Bezüglich der Argumente im Einzelnen herrscht des Weiteren Identität zu denen des oben dargestellten Urteils.

7. Musterprozesse

Eine Möglichkeit zur Bündelung der Interessen stellt die Abrede im Rahmen eines Musterprozesses dar. Die Beteiligten eines Anlagegeschäfts können vereinbaren, dass eine Streitigkeit nur in einem Fall rechtshängig gemacht und entschieden wird und die Entscheidung für alle anderen Fälle maßgeblich sein soll.³⁴³

Grund für eine solche Abrede ist, dass die Erfolgsaussichten einer Klage oftmals sehr ungewiss sind, weil der Fall schwierige rechtliche Fragen aufwirft und die Beweissituation unklar ist. Die Entscheidung des Gerichts ist dann schwer vorhersehbar. In diesen Fällen scheuen die meisten Anleger, sich einer gemeinschaftlichen Klage anzuschließen und damit möglicherweise „dem schlechten Geld noch gutes hinterherzuwerfen.“³⁴⁴

³⁴³ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 24, Rnr.30.

³⁴⁴ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.30.

Im Rahmen eines Musterprozesses besteht zum einen die Möglichkeit einer formlosen Musterklage und zum anderen die des Musterprozessvertrages.

Einigen sich die Geschädigten auf eine formlose Musterklage, so wählen sie – in der Regel aufgrund anwaltlicher Initiative – einen Musterfall aus und lassen nur diesen gerichtlich klären, um so die Erfolgsaussichten einer Klage zu testen und schwierige Tatsachen- oder Rechtsfragen vorab klären zu lassen.³⁴⁵ Bei einem für sie positiven Ausgang des Rechtsstreits vertrauen sie auf die faktische Präzedenzwirkung des Urteils.³⁴⁶

Die Anleger können auch versuchen, im Vorfeld des Prozesses einen Musterprozessvertrag³⁴⁷ mit dem Gegner abzuschließen.³⁴⁸ Zweck eines solchen Vertrags ist es, den Konflikt zwischen den Vertragsparteien durch Verweis auf einen Musterprozess zu bereinigen und somit die Vorteile eines gerichtlichen Verfahrens mit den Vorteilen einer vertraglichen Streitbeilegung zu verbinden.³⁴⁹ Das Hauptziel besteht darin, die Präzedenzwirkung des Musterurteils verbindlich zu gestalten. Die Parteien können sich vertraglich verpflichten, im Folgeprozess nur die im Musterverfahren festgestellten Tatsachen vorzutragen und das Gericht auf diese Weise im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes und der Wahr-

³⁴⁵ Zu dieser Praxis als „vorläufig idealste Lösung“ bei Anlegerklagen ausführlich Rotter in: Möllers / Rotter, Ad-Hoc-Publizität, § 19, Rnr.45 und 47.

³⁴⁶ Lindacher, JA 1984, 404, 405; Haß, Die Gruppenklage, S.65 ff.; Eichholtz, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, S.235.

³⁴⁷ Der Musterprozessvertrag hat nur eine geringe praktische Relevanz. Grund dafür ist neben dem erheblichen organisatorischen Aufwand die Tatsache, dass sich der Beklagte in der Regel nicht auf eine solche Vereinbarung einlassen wird, da er naturgemäß ein Interesse daran hat, den Anlegern die gerichtliche Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche so schwer wie möglich zu machen.

³⁴⁸ Ausführlich zum Musterprozessvertrag: Jacoby, Der Musterprozessvertrag, S.1 ff.; Siebert, Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses, S.15 ff.

³⁴⁹ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.33; Jacoby, Der Musterprozessvertrag, S.1.

heitspflicht zu binden.³⁵⁰

Die Musterprozessabrede hat unabhängig von den beiden genannten Vorgehensweisen den Nachteil, dass das Verfahren nur für den rechtshängig gemachten Anspruch verjährungsunterbrechend wirkt.³⁵¹ Zudem erlangt nur der Führer des Musterprozesses einen Titel. Die übrigen Beteiligten können aus der bloßen Zusage des Schuldners, entsprechend dem Ausgang des Musterprozesses leisten zu wollen, nicht vollstrecken.³⁵² Eine diesbezügliche Abrede ist damit zur Rechtsdurchsetzung nur dann geeignet, wenn auf der Gegenseite ebenfalls eine Modellentscheidung gewünscht wird und es sich um eine seriöse Bank- oder sonstige Unternehmensadresse ohne Bonitätsrisiko handelt.³⁵³

9. Besonderheiten des Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten

Der Anlegerprozess weist zuständigkeitsrechtliche Besonderheiten auf. Ein besonderes Augenmerk ist hierbei auf die internationale und die örtliche Zuständigkeit der Gerichte zu richten.

a) Internationale Zuständigkeit

Die Regelung bezüglich der internationalen Zuständigkeit ist in der ZPO nicht abschließend aufgeführt. Als Faustregel gilt, dass jede örtliche Zuständigkeit eines deutschen Gerichts deutsche internationale Zuständigkeit begründet.³⁵⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des BGH³⁵⁵ unterliegt die internationale Zuständigkeit nicht dem Nachprüfungsverbot der örtlichen Zuständigkeit nach §

³⁵⁰ Leufgen, Kollektiver Rechtsschutz zugunsten geschädigter Kapitalanleger, S.33; Jacoby, Der Musterprozessvertrag, S.127 f.; 147 ff.

³⁵¹ Lösung dieses Problems kann der Verzicht auf die Einrede der Verjährung des Schuldners sein.

³⁵² Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 24, Rnr.31.

³⁵³ Beck'sches Rechtsanwalthandbuch, B 24, Rnr.24.

³⁵⁴ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.46; BGHZ 44, 46; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 2006, Rnr.236; Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht, 2005, Rnr.107 ff.

³⁵⁵ BGHZ 115, 90; BGH WM 1993, 1109; BGH WM 1995, 100; BGH NJW 2003, 426; BGH NJW 2003, 2917.

545 I ZPO.^{356 357}

b) Örtliche Zuständigkeit

Bei der Wahl des örtlich zuständigen Gerichts kommt zunächst das Gericht in Betracht, das für den Sitz der zu verklagenden Firma bzw. den Wohnsitz der beklagten Personen zuständig ist (§§ 13, 17 ZPO).

Jedoch ergeben sich darüber hinaus im Rahmen eines Anlegerprozesses Besonderheiten bei der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte. Vor allem der Gerichtsstand der Zweigniederlassung, der Deliktsgerichtsstand und der Gerichtsstand des Vermögens sind hierbei von Bedeutung. Darüber hinaus muss der 2005 in Kraft getretene kapitalmarktrechtliche Gerichtsstand § 32 b ZPO Erwähnung finden.

(1) Gerichtsstand der Zweigniederlassung, § 21 ZPO³⁵⁸

Dieser Gerichtsstand ist einschlägig bei betriebsbezogenen Klagen gegen ausländische Anbieter / Initiatorfirmen, die sich inländischer Gesellschaften zur Vermittlung ihrer Kapitalanlagen bedienen.³⁵⁹

Eine Niederlassung im Sinne des § 21 ZPO setzt das Bestehen einer für eine gewisse Dauer errichteten, auf den Namen des Inhabers und für seine Rechnung betriebenen Geschäftsstelle voraus, welche selbständig zum Vertragsschluss berechtigt ist.³⁶⁰

³⁵⁶ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.46.

³⁵⁷ Im Geltungsbereich der VO (EG) Nr.44/2001, des EuGVÜ und des LugÜ, welche an die Stelle der nationalen Zuständigkeitsordnungen getreten sind, gelten nur die dort normierten Zuständigkeiten (Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.46; Geimer, NJW 1976, 441 ff.; Geimer / Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2004, A1, Rnr.1 ff.).

³⁵⁸ Ratio des § 21 ZPO: Wo man sich am Wirtschaftsleben beteiligt, soll man auch Rede und Antwort stehen für die Rechtschaffenheit seines Unterfangens (Schröder, Internationale Zuständigkeit, 1971, S.339).

³⁵⁹ Beck'sches Rechtsanwaltshandbuch, B 24, Rnr.36.

³⁶⁰ Müller, Die Gerichtspflichtigkeit wegen „doing business“, 1992, S.101.

Die Rechtsprechung³⁶¹ lässt hierbei eine Repräsentanz genügen, in teilweise sehr extensiver Auslegung des § 21 ZPO, um dem Anleger einen inländischen Gerichtsstand zu eröffnen.³⁶² Aus der ratio legis des § 21 ZPO folgt, dass es nicht auf die tatsächlichen innerorganisatorischen Verhältnisse ankommt, sondern auf den Eindruck, den ein unvoreingenommener Außenstehender gewinnt. Es genügt mithin, wenn der Schein einer selbständigen Niederlassung gesetzt wird.^{363 364}

Darüber hinaus spielt es auch keine Rolle, ob die am Ort der Niederlassung praktizierten Tätigkeiten aus der Sicht des deutschen Rechts erlaubt sind oder nicht,³⁶⁵ insbesondere auch nicht der Umstand, ob zum Betrieb der Niederlassung eine behördliche Genehmigung erforderlich ist.³⁶⁶

Wichtig ist jedoch im Zusammenhang mit der Niederlassung das Element der Selbständigkeit. Diese muss in einem Maß vorhanden sein, dass von der Niederlassung aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden können und die Leitung der Niederlassung das Recht hat, diese aus eigener Entscheidung abzuschließen.³⁶⁷

³⁶⁸ Zum Teil wird auch darauf abgestellt, ob die Niederlassung als

³⁶¹ BGH RIW 1987, 790; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1989, 433.

³⁶² Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.48.

³⁶³ So das LG Darmstadt, EWiR Art.15 EuGVVO 2/04, 1221; OLG Koblenz, WM 2006, 484; Geimer, RIW 1988, 221, 222; Stein / Jonas / Schumann, § 21, Rnr.13; Zöllner / Vollkommer, § 21, Rnr.9.

³⁶⁴ So auch der BGH (BGH NJW 1987, 3081); Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung findet sich in: Müller, Die Gerichtspflichtigkeit wegen „doing business“, 1992, S.139 ff.

³⁶⁵ Stein / Jonas / Schumann, § 21, Rnr.13.

³⁶⁶ Geimer, RIW 1988, 221, 223.

³⁶⁷ BGH RIW 1987, 790; Geimer, RIW 1988, 221, 223; Stein / Jonas / Schumann, § 21, Rnr.14; Zöllner / Vollkommer, § 21, Rnr.8; Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Rnr.293.

³⁶⁸ Anders hatte hier die Vorinstanz, das OLG Düsseldorf, entschieden. Danach sei auch derjenige im Inland gemäß § 21 ZPO gerichtspflichtig, der in der BRD nur ein Kontaktbüro unterhalte, also von seinem inländischen Stützpunkt nur Vertragsofferten einsammele, die dann vom Stammsitz im Ausland angenommen werden würden. Das OLG hatte den Gesichtspunkt des „doing business“ in den Vordergrund gestellt und darauf abgehoben, dass es dem Geschädigten nicht zumutbar sei, am Hauptsitz (in dem betreffenden Fall New York)

solche im Handelsregister eingetragen ist.³⁶⁹ Agenturen zu bloßen Vermittlung von Vertragsofferten genügen jedoch nicht.³⁷⁰

Im Geltungsbereich der VO (EG) Nr.44/2001, von EuGVÜ und LugÜ treten jeweils Art.5 Nr.5 an die Stelle des § 21 ZPO.³⁷¹ Diese Normen entsprechen nach ihren Voraussetzungen weitgehend § 21 ZPO.³⁷² Zu beachten ist jedoch, dass der EuGH (stärker als der anlegerschutzbestrebte BGH) schärfere Anforderungen an die Anbindung der Agentur und Zweigniederlassung an das Stammhaus stellt.³⁷³ Diese müssen der Aufsicht und Leitung des Stammhauses unterliegen.³⁷⁴

(2) Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, § 32 ZPO

§ 32 ZPO beinhaltet einen weiteren besonderen Gerichtsstand. Wer eine unerlaubte Handlung begeht, muss sich an dem Ort verklagen lassen, wo die Handlung³⁷⁵ begangen wurde. Hier überwiegt das Interesse des Geschädigten, am Ort der Handlung zu klagen, dasjenige des Schädigers, an seinem Wohnsitz verklagt zu werden.³⁷⁶ Oder: Wo Unrecht getan wurde, darf Abhilfe begehrt werden.³⁷⁷ Bei mehraktigen Delikten, wie beispielsweise § 263 StGB, kann nach den Grundsätzen des sogenannten „Distanzdeliktes“ an verschiedenen Orten geklagt werden; es ist jedes Gericht zuständig, wo eine zum Tatbestand des Betruges

zu klagen.

³⁶⁹ Stein / Jonas / Schumann, § 21, Rnr.14.

³⁷⁰ Geimer, RIW 1988, 221, 223.

³⁷¹ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.51.

³⁷² Vgl. dazu Wieczorek / Schütze / Hausmann, Anhang I, § 40, Art.5, Rnr.72 ff.

³⁷³ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.51.

³⁷⁴ EuGHE 1976, 1497.

³⁷⁵ Etwa die Verfügung des Geschädigten über sein Vermögen bzw. Bankkonto oder die Unterzeichnung des Beteiligungsformblattes.

³⁷⁶ Müller, Die Gerichtspflichtigkeit wegen „doing business“, 1992, S.179; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 1987, Rnr.1497.

³⁷⁷ Schröder, Internationale Zuständigkeit, 1971, S.169.

gehörige Handlung begangen wurde.³⁷⁸

Seit einer Entscheidung des Reichsgerichts³⁷⁹ wird als „Begehungsort“ jeder Ort angesehen, an dem auch nur eines der wesentlichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht worden ist; dagegen kommt dem Ort, an dem die Schadensfolgen eingetreten sind, keine Bedeutung für den Deliktsgerichtsstand zu.³⁸⁰ Der Grund dafür liegt im Normzweck des § 32 ZPO. Es soll der Gerichtsstand des Handlungsortes dort eröffnet werden, wo die sachlichste Aufklärung und Beweiserhebung in der Regel am besten, sachlichsten und mit den geringsten Kosten erfolgen kann.³⁸¹ Diesem Zweck wird regelmäßig die Prozessführung am Ort der Handlung des Schädigers oder dem Eintritt des Verletzungserfolges am ehesten gerecht.³⁸²

Der Gerichtsstand des § 32 ZPO gilt jedoch nicht nur für Straftaten, sondern auch für Ansprüche wegen sittenwidrigen Handelns gemäß § 826 BGB.³⁸³ Ansprüche aus Anlagegeschäften sind zu einem großen Teil deliktischer Natur, so die aus Prospekthaftung, falscher Anlagenberatung und –vermittlung, Churning³⁸⁴ ect.³⁸⁵

Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nach § 32 ZPO ist stets gegeben, wenn ein ausländisches Unternehmen durch seine Geschäftstätigkeit im Inland eine unerlaubte Handlung begeht.³⁸⁶ Nach Art.5 Nr.3 VO (EG) Nr.44/2001, EuG-

³⁷⁸ Beck'sches Rechtsanwaltsbuch, B 24, Rnr.37.

³⁷⁹ RGZ 72, 42, 44.

³⁸⁰ Müller, Die Gerichtspflichtigkeit wegen „doing business“, 1992, S.184; BGHZ 52, 108, 111; BGH NJW 1977, 1590; BGH NJW 1980, 1225; BGHZ 98, 263.

³⁸¹ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 1987, Rnr.1503.

³⁸² Müller, Die Gerichtspflichtigkeit wegen „doing business“, 1992, S.185; Wahl, Die verfehlte Internationale Zuständigkeit, 1974, S.21.

³⁸³ Beck'sches Rechtsanwaltsbuch, B 24, Rnr.37.

³⁸⁴ BGH WM 1995, 100.

³⁸⁵ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.52.

³⁸⁶ Müller, Die Gerichtspflichtigkeit wegen „doing business“, 1992, S.179.

VÜ/LugÜ wirkt der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung auch im Rahmen der europäischen Zuständigkeitsordnung zuständigkeitsbegründend.^{387 388} Da es sich bei dem Deliktsgerichtsstand um einen konkurrierenden Gerichtsstand handelt,³⁸⁹ hat der Kläger (Anleger) das Wahlrecht zwischen diesem oder einem anderen daneben gegebenen Gerichtsstand, etwa des Sitzes oder Wohnsitzes des Beklagten.³⁹⁰

(3) Vermögensgerichtsstand, § 23 ZPO

Um den Gerichtsstand des § 23 ZPO zu begründen, muss die Klage gegen eine Person wegen eines vermögensrechtlichen Anspruchs erhoben sein.³⁹¹ Vermögensrechtliche Ansprüche sind alle Ansprüche und Rechtsverhältnisse, die sich aus einem Vermögensrecht ergeben oder aber aus einem nichtvermögensrechtlichen Rechtsverhältnis abgeleitet werden, jedoch auf eine vermögenswerte Leistung gerichtet sind.³⁹² Die Staatsangehörigkeit des Klägers und bei klagenden Unternehmen deren Rechtsform sind in diesem Zusammenhang ebenso unerheblich wie die des Beklagten.³⁹³

Nach § 23 ZPO begründet Vermögen im Gerichtssprengel internationale Zuständigkeit für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine im Inland nicht domizilierte Person.³⁹⁴ Ob

³⁸⁷ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.53; Geimer / Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, Band I, 1, 1984, S.604 ff.

³⁸⁸ Eingehend zum Verhältnis von § 32 ZPO und Art.5 Nr.3 EuGVÜ: Müller, Die Gerichtspflichtigkeit wegen „doing business“, 1992, S.190 ff.

³⁸⁹ EuGHE 1976, 1735.

³⁹⁰ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.53.

³⁹¹ Thomas / Putzo, § 23, Rnr.2.

³⁹² RGZ 88, 332; RGZ 139, 396; RGZ 144, 150; BGHZ 14, 74; BGHZ 13, 7 f.

³⁹³ RGZ 14, 405, 408; MüKo-ZPO, § 23, Rnr.14; Kropholler, Handbuch des Internat. Zivilverfahrensrechts, Band I, Kap.III, Rnr.303.

³⁹⁴ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.55; Geimer, JZ 1984, 979 ff.; Kropholler, ZfRV 23 (1982), S.1 ff.; Schack, ZP 97 (1994), S.46 ff.; Schütze, Das Vermögen als Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit, Festschrift für Ishikawa, 2001, S.493 ff.

über die reine Belegenheit des Vermögens im Inland noch ein weiterer Bezug der Klage zum Entscheidungsstaat bestehen muss, ist streitig.³⁹⁵ Der BGH hat im Anschluss an eine Entscheidung des OLG Stuttgart³⁹⁶ die weitgehende Möglichkeit eines forum shopping durch die uneingeschränkte Anwendung von § 23 ZPO kritisiert und den Gerichtsstand in seinem Anwendungsbereich drastisch reduziert.³⁹⁷ Nach der Ansicht des BGH wirkt Vermögen nur dann zuständigkeitsbegründend, wenn eine Inlandsbeziehung gegeben ist;³⁹⁸ diese Inlandsbeziehung kann auch durch inländischen Wohnsitz des Klägers hergestellt werden, so dass bei Klagen deutscher Anleger gegen ausländische Brokerfirmen, Anlagevermittler ect. keine Probleme entstehen.³⁹⁹

Die Geringwertigkeit des im Gerichtsbezirk belegenen Vermögens wurde in der Rechtsprechung⁴⁰⁰ bisher nicht als Hindernis gegen die Gerichtsstands begründung gemäß § 23 ZPO gesehen.

Der Vermögensgerichtsstand ist im Geltungsbereich der VO (EG) Nr.44/2001 und des EuGVÜ/LugÜ unanwendbar; Art.3 II VO (EG) Nr.44/2001 und die entsprechenden Normen in EuGVÜ und LugÜ schließen die Anwendbarkeit von § 23 ZPO ausdrücklich

³⁹⁵ Dafür: OLG Stuttgart, RIW 1990, 829; Stein / Jonas / Schumann, § 23, Rnr.31e; Schumann, FS für Liebmann, Band II, S.839, 865; Zöller / Vollkommer, § 23, Rnr.1; Hausmann, IPRax 1981, 51, 56.

Ablehnend wohl die h.M.: BGH WM 1964, 879; RGZ 14, 405; OLG Frankfurt, MDR 1958, 108; Schack, ZJP 97 (1984), 46, 65 ff.; Kropholler, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Band I, Kap.III, Rnr.303; Schröder, Internationale Zuständigkeit, S.377-380; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rnr.1366 f.; Fischer, RIW 1990, 794, 795.

³⁹⁶ OLG Stuttgart, RIW 1990, 829.

³⁹⁷ BGHZ 115, 90.

³⁹⁸ Welche Voraussetzungen dafür gegeben sein müssen, lässt der BGH ausdrücklich offen. Die teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs von § 23 ZPO begründet der BGH mit der Entstehungsgeschichte der Norm aus § 34 des Anhangs zur Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung.

³⁹⁹ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.56; vgl. hierzu BGH IPRax 1995, 98.

⁴⁰⁰ OLG Karlsruhe, IPRspr. 1973, Nr.130; BAG NJW 1985, 2911.

aus.⁴⁰¹

(4) Verbrauchergerichtsstände

Im Rahmen von Anlegerprozessen spielen Verbrauchersachen oftmals eine Rolle.⁴⁰² Soweit die Geschäfte, die Grundlage der Anlegeransprüche sind, Verbrauchersachen darstellen, stellen ZPO, VO (EG) Nr.44/2001, EuGVÜ und LugÜ besondere Verbrauchergerichtsstände zur Verfügung.⁴⁰³

Die besondere Zuständigkeit der Artt.13, 14 EuGVÜ/LugÜ zum Schutz und zur Privilegierung des Verbrauchers greifen jedoch nur ein, wenn die andere Vertragspartei ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat des EuGVÜ hat oder nach Art.13 III EuGVÜ/LugÜ so zu behandeln ist, als ob dies der Fall wäre (entschieden zum Churning); dasselbe gilt für Artt.15, 16 VO (EG) Nr.44/2001.⁴⁰⁴

(5) Kapitalmarktrechtlicher Gerichtsstand, § 32 b ZPO⁴⁰⁵

§ 32 b ZPO ist für alle Ansprüche auf Schadensersatz wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation und solche auf Erfüllung von Verträgen, die auf Angeboten nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruhen, gegeben (ausschließlicher Gerichtsstand).⁴⁰⁶

Die erst 2005 in Kraft getretene Vorschrift bezweckt die Verbesserung des Kapitalanlegerschutzes im Bereich kollektiver Rechtsschutzformen.⁴⁰⁷ Da es sich um einen ausschließlichen Gerichtsstand handelt, soll die Vorschrift gleichzeitig auch die

⁴⁰¹ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.56.

⁴⁰² BGH NJW 1974, 410; BGH NJW 1981, 1608.

⁴⁰³ Beck'sches Rechtsanwalts-handbuch, B 24, Rnr.39; Kowalke, Die Zulässigkeit von internationalen Gerichtsstands-, Schiedsgerichts- und Rechtswahlklauseln bei Börsentermingeschäften, 2002.

⁴⁰⁴ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.57.

⁴⁰⁵ Die Geltungsdauer der Vorschrift endet am 31.10.2010.

⁴⁰⁶ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.58.

⁴⁰⁷ Vgl. Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren vom 16.8.2005, BGBl. I S.2437; BT-Drucks. 15/5695, S.1; BT-Drucks. 15/5091, S.1.

Eingrenzung des forum shopping ermöglichen.⁴⁰⁸

Zudem erhofft man sich von der Neuregelung ein Entgegenwirken bezüglich einer Zersplitterung der örtlichen Zuständigkeit.⁴⁰⁹ Darüber hinaus sollen die in diesen Verfahren typischerweise notwendigen Beweiserhebungen erleichtert und der Anlegerschutz verbessert werden; gleichzeitig vereinfacht die Konzentration der Verfahren bei einem Ausgangsgericht die Vorbereitung eines Musterverfahrens nach §§ 1, 4 KapMuG.⁴¹⁰

Durch § 32 b I S.1 ZPO wird die ausschließliche örtliche Zuständigkeit am Sitz des betroffenen Emittenten, des betroffenen Anbieters von sonstigen Vermögensanlagen oder der Zielgesellschaft konzentriert.⁴¹¹

Die in § 32 b I S.1 Nr.1 ZPO genannten Schadensersatzansprüche setzen keine bestimmte Anspruchsgrundlage voraus. Erfasst sind danach sowohl Schadensersatzansprüche auf Grund spezialgesetzlicher Regelungen wie nach §§ 37b, 37c WpHG, § 44 BörsG, §§ 13, 13a VerkProspG, als auch Schadensersatzansprüche nach § 823 II BGB i.V.m. §§ 363, 264a StGB oder i.V.m. nebenstrafrechtlichen Schutzgesetzen (z.B. § 400 AktG, § 331 HGB), sowie allgemeine deliktische (§ 826 BGB) und vertragliche (§ 280 i.V.m. § 311 I BGB) Haftungstatbestände, bei denen die Haftung des Beklagten aus einer falschen, irreführenden oder unterlassenen öffentlichen Kapitalmarktinformation abgeleitet wird.⁴¹²

Im Bereich der EuGVO greift die Regelung nur dann ein, wenn die örtliche Zuständigkeit nicht bereits durch Regelungen des

⁴⁰⁸ MüKo, ZPO-Komm., § 32b, Rnr.1; Haß / Zerr, RIW 2005, 721, 726.

⁴⁰⁹ BT-Drucks. 15/5091, S.33; Hess, WM 2004, 2329, 2331.

⁴¹⁰ Zöller, ZPO-Komm., § 32b, Rnr.2.

⁴¹¹ Musielak, ZPO-Komm., § 32b, Rnr.1.

⁴¹² Zöller, ZPO-Komm., § 32b, Rnr.5.

EuGVO, EuGVÜ oder LugÜ geregelt wird.⁴¹³ § 32b ZPO regelt dann nicht nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit abschließend.⁴¹⁴ Bei Klagen gegenüber Emittenten aus dem EU-Ausland bleibt es deshalb dabei, dass diese nach der Rechtsprechung des EuGH sowohl am Handlungs-, als auch am Erfolgsort verklagt werden können.⁴¹⁵ In Bezug auf Emittenten mit Sitz in Deutschland geht der allgemeine Gerichtsstand des Art.2 I EuGVO der Regelung des § 32b S.1 ZPO hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit vor.⁴¹⁶

Aktuelle Rechtsprechung zu § 32 b ZPO

Zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zur örtlichen Zuständigkeit im Rahmen der Anlageberatung: OLG Koblenz⁴¹⁷:

„Wird ein Beklagter wegen Verletzung eines Anlageberatungsvertrages auf Schadensersatz in Anspruch genommen, findet § 32 b I S.1 Nr.1 ZPO keine Anwendung, auch wenn sich der Beklagte bei der Beratung auch auf öffentliche Kapitalmarktinformationen bezogen hat (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung).“

c) Gerichtsstandsvereinbarungen

Gerichtsstandsvereinbarungen finden sich bei Kapitalanlagegeschäften häufig.⁴¹⁸ Mit ihnen will man dem Anleger oftmals den Rechtsschutz erschweren, indem er gezwungen werden soll, vor einem ausländischen Gericht seine Ansprüche zu verfolgen.⁴¹⁹ Andererseits können sie unter bestimmten Voraussetzungen für

⁴¹³ MüKo, ZPO-Komm., § 32b, Rnr.10.

⁴¹⁴ Musielak, ZPO-Komm., § 32b, Rnr.7; Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, vor Art.5 EuGVO, Rnr.5; Rauscher / Leible, Europäisches Zivilprozessrecht, Art.5 Brüssel I-VVO, Rnr.5; Schlosser, Eu-Zivilprozessrecht, 2003, vor Art.5 EuGVO, Rnr.1.

⁴¹⁵ von Hein, RIW 2004, S.604.

⁴¹⁶ MüKo, ZPO-Komm., § 32b, Rnr.11.

⁴¹⁷ Beschluss des OLG Koblenz vom 24.06.2008 (Az.: 4 Sma 22/08).

⁴¹⁸ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.21.

⁴¹⁹ Beck'sches Rechtsanwalts-handbuch, B 24, Rnr.40.

Anleger auch sinnvoll sein, so zum Beispiel, wenn es sich um regelmäßig wiederkehrende Fallkonstellationen handelt oder für die Entscheidung Kenntnisse einer besonderen Anlageform oder eines ausländischen Rechts erforderlich sind.⁴²⁰

Die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen bestimmt sich nach § 38 ZPO⁴²¹ und im Geltungsbereich des EuGVÜ nach den spezialgesetzlichen Bestimmungen des Art.17 EuGVÜ, welche § 38 ZPO vorgehen.^{422 423}

Nach Maßgabe von § 38 II 1 ZPO kann die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts unter Einhaltung der entsprechenden Formvorschriften nur dann vereinbart werden, wenn ein Vertragspartner im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand (auf einen besonderen Gerichtsstand kommt es nicht an) hat.⁴²⁴ Auf eine Gerichtsstandsvereinbarung kann man sich jedoch nicht berufen, wenn sie nur zu dem Zweck abgeschlossen wurde, sich einen ausländischen Gerichtsstand zu erschleichen.⁴²⁵

Gerichtsstandsvereinbarungen für Ansprüche, die dem sachlichen Geltungsbereich des KapMuG unterfallen, sind jedoch unzulässig, da § 32b ZPO eine ausschließliche Zuständigkeit für

⁴²⁰ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.21.

⁴²¹ Probleme bezüglich der Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen ergaben sich vor der Novellierung des BörsG für Börsentermingeschäfte. Nach § 61 BörsG a.F. hatte der BGH Gerichtsstandsvereinbarungen für unzulässig gehalten, die – in Verbindung mit einer Rechtswahlklausel – befürchten ließen, dass das ausländische prorogierte Gericht den Termineinwand nicht beachten würde (BGH NJW 1984, 2037; ebenso OLG Frankfurt, WM 1993, 1670). Diese Ansicht lässt sich nach der Neufassung des BörsG nun nicht mehr halten; Gerichtsstandsvereinbarungen unterliegen keinen über das allgemeine Recht hinausgehenden Beschränkungen (Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.24).

⁴²² Beck'sches Rechtsanwaltshandbuch, B 24, Rnr.40; Thomas / Putzo, ZPO-Komm., Vorbem. Zu § 38, Anm.5; MüKo, ZPO-Komm., § Art.17 EuGVÜ, Rnr.48 a.E.; EuGHE 1979, 3423.

⁴²³ Ausführlich zur Gerichtsstandsvereinbarung nach § 17 EuGVÜ: Müller, Die Gerichtspflichtigkeit wegen „doing business“, 1992, S.132 ff.

⁴²⁴ Beck'sches Rechtsanwaltshandbuch, B 24, Rnr.40.

⁴²⁵ Stein / Jonas, § 38, Rnr.19.

die Geltendmachung derartiger Ansprüche beinhaltet.⁴²⁶

C. Einstweiliger Rechtsschutz

1. Zivilrechtlicher Arrest

a) Einleitung⁴²⁷

Bedingt durch den Verfahrensablauf, aber auch durch die chronische Arbeitsüberlastung der Gerichte, dauert es im Regelfall geraume Zeit, bis der Gläubiger gegen den Schuldner im normalen zivilprozessualen Erkenntnisverfahren einen Vollstreckungstitel erlangt.⁴²⁸ Bei betrügerischen Kapitalanlagefirmen besteht die Gefahr, dass Vermögenswerte im Fall drohender oder schwebender Kapitalanlegerprozesse verschoben und beiseite geschafft werden.⁴²⁹ Diese Gefahr ist bei ausländischen Brokerfirmen, die im Inland nur durch Agenturen oder Niederlassungen, die schnell aufzulösen sind, ihre Geschäfte betreiben, besonders groß.⁴³⁰

Um erforderlichenfalls Ansprüche des Gläubigers zu sichern und um der Gefährdung der Vollstreckung entgegenzuwirken, ist in der ZPO der Arrest⁴³¹ geregelt.

Beim Arrest handelt es sich um ein summarisches und somit vereinfachtes und beschleunigtes Erkenntnisverfahren, nicht um ein Vollstreckungsverfahren. Er tritt in zwei Formen in Erscheinung: Als dinglicher Arrest (§ 917 ZPO)⁴³² und als persönlicher

⁴²⁶ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlegerrechts, § 24, Rnr.22.

⁴²⁷ Zu den Besonderheiten der Arrestzwangsvollstreckung: Beck'sches Rechtsanwaltshandbuch, B 24, Rnr.33.

⁴²⁸ Dunkl / Moeller / Baur / Feldmeier, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 1999, S.3.

⁴²⁹ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerrechts, 2007, § 24, Rnr.73.

⁴³⁰ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerrechts, 2007, § 24, Rnr.73.

⁴³¹ Neben der einstweiligen Verfügung.

⁴³² Der dingliche Arrest ist die wirkungsvollste Waffe gegen betrügerische Kapitalanlagefirmen (Beck'sches Rechtsanwaltshandbuch, B 24, Rnr.27).

Sicherheitsarrest (§ 918 ZPO).⁴³³ Beide Formen des Arrestes verfolgen mit der Sicherung einer Geldforderung dasselbe Ziel.⁴³⁴ Die Wege dorthin unterscheiden sich jedoch in der Vollziehung: §§ 930-932 ZPO regeln die Vollziehung des dinglichen Arrestes, § 933 ZPO die Vollziehung des persönlichen Arrestes. Vollziehungsgegenstand beim dinglichen Arrest sind Vermögensrechte (bewegliche und unbewegliche Sachen, Forderungen, sonstige Rechte). Der dingliche Arrest wird vollzogen in bewegliches Vermögen durch Pfändung (§§ 930 ff. ZPO) bzw. in Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte durch Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 932 ZPO).⁴³⁵ Die Vollziehung des persönlichen Arrestes erfolgt durch Beschränkung der persönlichen Freiheit des Schuldners.⁴³⁶

Die Schutzfunktion des Arrestes besteht darin, vor unlauterem Verhalten des Schuldners zu schützen. Die Rechtsprechung hat ein solches unlauteres Verhalten gesehen bei Verschiebung von Vermögenswerten ins Ausland⁴³⁷, Beiseiteschaffen von Vermögenswerten⁴³⁸, Wegzug ins Ausland⁴³⁹, was der Auflösung einer inländischen Niederlassung eines ausländischen Brokers oder Anlagevermittlers entspricht.⁴⁴⁰

Im Arrestverfahren ist ferner zu berücksichtigen, dass zunächst kein Anwaltszwang herrscht (§§ 920 III, 78 III ZPO), bei unbegründeten oder aufgehobenen Arresten eine verschuldensunab-

⁴³³ Der persönliche Arrest ist gegenüber dem dinglichen Arrest subsidiär. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 918 ZPO: Dieser verlangt für das Vorliegen des persönlichen Arrestes dessen Erforderlichkeit; er ist mithin nicht erforderlich, wenn der dingliche Arrest den Gläubiger hinreichend sichert.

⁴³⁴ Schuschke / Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 2005, vor § 916, Rnr.10.

⁴³⁵ Berger, Bedeutung, gesetzliche Grundlagen und Systematik des einstweiligen Rechtsschutzes, Rnr.9, in: Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, 2005.

⁴³⁶ Etwa durch Haft, Meldepflicht oder die Wegnahme von Ausweispapieren, § 933 ZPO.

⁴³⁷ OLG Köln, ZIP 1988, 969.

⁴³⁸ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 454.

⁴³⁹ KG, FamRZ 1985, 731.

⁴⁴⁰ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2007, § 24, Rnr.74.

hängige Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO besteht und bei Bedenken des Gerichts gegen das vorgelegte Arrestgesuch dieses zunächst zurückgenommen und ein nachgebesserter Antrag vorgelegt werden kann.⁴⁴¹

Unterschiede zum normalen Erkenntnisverfahren

Streitgegenstand ist im Verfahren des Arrestes nicht der sachlich-rechtliche Anspruch selbst, sondern die Zulässigkeit seiner zwangsweise anzuordnenden Sicherung.⁴⁴² Anträge im Arrestverfahren führen somit nicht zur Rechtshängigkeit des zu sichernden Anspruchs.⁴⁴³ Rechtshängig wird vielmehr nur das Begehren nach Sicherung und vorläufigem Rechtsschutz.⁴⁴⁴

Die Hauptunterschiede zum Erkenntnisverfahren bestehen darin, dass bei Arrest eine mündliche Verhandlung entbehrlich sein kann (und in diesem Falle die vorläufige Entscheidung durch Beschluss ergeht), ein Arrestgrund gegeben sein muss und statt der vollen Beweisführung zur Beweiserleichterung nur die Glaubhaftmachung erforderlich ist.⁴⁴⁵ Dies erfolgt i.d.R. durch Parteivernehmung, eidesstattliche Versicherung(en) oder ggfs. durch prä-sente Zeugen.

Die allgemeinen Verfahrensregeln der ZPO sind anwendbar, soweit sie durch die Eigenart des Verfahrens nicht ausgeschlossen sind.⁴⁴⁶

b) Voraussetzungen des Arrestes

Arrestanspruch

Im Arrestgesuch ist zuerst der Arrestanspruch, also die entspre-

⁴⁴¹ Beck'sches Rechtsanwalts-handbuch, B 24, Rnr.28.

⁴⁴² Thomas / Putzo, ZPO-Komm., Vorbem. § 916, Rnr.2; Stein / Jonas / Grunsky, ZPO-Komm., vor § 916, Rnr.8; BGH NJW 1980, 191.

⁴⁴³ Thomas / Putzo, ZPO-Komm., Vorbem. § 916, Rnr.2; Stein / Jonas / Grunsky, ZPO-Komm., vor § 916, Rnr.9.

⁴⁴⁴ Schellhammer, Zivilprozess, Rnr.1906; BGH NJW 1980, 191.

⁴⁴⁵ Dunkl / Moeller / Baur / Feldmeier, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 1999, S.8.

⁴⁴⁶ Teplitzky, DRiZ 1982, 41; Stein / Jonas / Grunsky, ZPO-Komm., vor § 916, Rnr.7 ff.

chende Schadensersatz- / Rückzahlungsforderung schlüssig darzulegen und mit präsenten Beweismitteln (§ 294 ZPO) glaubhaft⁴⁴⁷ zu machen.⁴⁴⁸ Die Darlegung des Arrestanspruchs bereitet im Anlegerprozess regelmäßig keine Schwierigkeiten, da der Anspruch (z.B. Schadensersatz wegen falscher Beratung) unter Darstellung des anspruchsbegründenden Tatbestandes lediglich „glaubhaft“ gemacht werden muss.⁴⁴⁹ Die Beweisführung ist insoweit gegenüber dem normalen Klageverfahren abweichend, als statt des Vollbeweises die Glaubhaftmachung ausreichend ist, § 920 II ZPO.⁴⁵⁰ Während ein Vollbeweis nur dann erbracht ist, wenn von einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit auszugehen ist, genügt für die Glaubhaftmachung bereits die überwiegende Wahrscheinlichkeit.^{451 452} Dabei stellen sich vor allem bei der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität keine Probleme.

Hat der Antragsteller den Arrestanspruch (oder den Arrestgrund) nicht glaubhaft gemacht, so kann das Gericht den Arrest dennoch erlassen, wenn wegen der dem Antragsgegner drohenden Nachteile Sicherheit geleistet wird, § 921 II ZPO;⁴⁵³ dies gilt auch, wenn die Prozessvoraussetzungen nicht glaubhaft gemacht wurden.⁴⁵⁴ Diese Möglichkeit besteht aber nicht, wenn bereits der Tatsachenvortrag des Antragstellers unschlüssig ist.⁴⁵⁵

⁴⁴⁷ Eingehend zur Glaubhaftmachungs- und Darlegungslast im Einstweiligen Rechtsschutz: Hirtz, NJW 1986, 110 ff.

⁴⁴⁸ Beck'sches RechtsanwaltsHandbuch, B 24, Rnr.29.

⁴⁴⁹ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2007, § 24, Rnr.78.

⁴⁵⁰ Dunkl / Moeller / Baur / Feldmeier, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 1999, S.9.

⁴⁵¹ Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, ZPO-Komm., § 294, Rnr.1; Zöller / Greger, ZPO-Komm., § 294, Rnr.1; Stein / Jonas / Leipold, ZPO-Komm., § 294, Rnr.6; BGH VersR 1976, 928; BGH VersR 1986, 59, 463.

⁴⁵² Ferner brauchen die für die Beweisaufnahme im normalen Klageverfahren vorgeschriebenen Formen nicht gewahrt zu werden. Überdies sind zur Glaubhaftmachung Beweismittel jeder Art zugelassen (Dunkl / Moeller / Baur / Feldmeier, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 1999, S.15).

⁴⁵³ Dunkl / Moeller / Baur / Feldmeier, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 1999, S.16.

⁴⁵⁴ Zöller / Vollkommer, ZPO-Komm., § 921, Rnr.2.

⁴⁵⁵ Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, ZPO-Komm., § 921, Rnr.7.

Strittig ist, ob der Antragsteller in Abweichung von den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastgrundsätzen zusätzlich auch darzulegen und glaubhaft zu machen hat, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für Einwendungen und Einreden des Antragsgegners fehlen.⁴⁵⁶ Nach einer vermittelnden Auffassung, die mittlerweile als überwiegend anzusehen ist, soll es grundsätzlich bei den allgemeinen Regeln der Darlegungs- und Beweislast auch im summarischen Verfahren bleiben; wenn jedoch ohne mündliche Verhandlung und ohne Gelegenheit der Stellungnahme durch den Antragsgegner entschieden wird, habe die Darlegungs- und Beweislast in vollem Umfang – also auch für das Fehlen von Einwendungen und Einreden – der Antragsteller, sofern sich aus dem Vortrag des Antragstellers Hinweise ergeben, dass dem Antragsgegner möglicherweise Einwendungen oder Einreden zustehen.⁴⁵⁷

Arrestgrund

Der Arrestgrund für den dinglichen Arrest setzt nach dem unmissverständlichen Wortlaut des § 917 ZPO neben der Gefahr einer Vollstreckungsverweigerung oder -erschwerung keine Interessenabwägung in jedem Einzelfall voraus.⁴⁵⁸ Dahinter steht die pauschalierende gesetzgeberische Wertung, dass die Interessen des Antragstellers, die Durchsetzung seines schlüssig dargelegten und glaubhaft gemachten Anspruchs wenigstens zu sichern, grundsätzlich höher zu bewerten sind als die Interessen des Antragsgegners, selbst vor lediglich sichernden Maßnahmen bis

⁴⁵⁶ Bejahend: OLG Celle, WRP 1974, 277; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 157; Hirtz, NJW 1986, 110; Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, ZPO-Komm., § 920, Rnr.8.

Verneinend: OLG Celle, WRP 1977, 718; KG WRP 1978, 819; OLG Karlsruhe, WRP 1983, 170; OLG Stuttgart, WRP 1978, 316.

⁴⁵⁷ Dunkl / Moeller / Baur / Feldmeier, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 1999, S.26; Thomas / Putzo, ZPO-Komm., Vorbem. zu § 916, Rnr.9; Stein / Jonas / Grunsky, ZPO-Komm., § 920, Rnr.10, 11; Teplitzky, WRP 1980, 373; Zöller / Vollkommer, ZPO-Komm., § 922, Rnr.5; Walker, Der einstweilige Rechtsschutz, Rnr.642 ff., 650 ff.; MüKo-ZPO, § 920, Rnr.21.

⁴⁵⁸ Schuschke / Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 2005, vor § 916, Rnr.31.

zum Abschluss des Hauptverfahrens verschont zu bleiben.⁴⁵⁹

Dagegen kann der Arrestgrund beim persönlichen Arrest erst aufgrund einer Interessenabwägung festgestellt werden, denn der mit dem persönlichen Arrest verbundene Grundrechtseingriff (Art.2 II GG) muss verhältnismäßig sein, und die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verlangt eine Abwägung zwischen dem geschützten und dem beeinträchtigten Rechtsgut.⁴⁶⁰ Daher darf ein persönlicher Arrest z.B. nicht zur Sicherung der Vollstreckung wegen einer Bagatellforderung angeordnet werden.⁴⁶¹

Nicht ausreichend für die Begründung eines Arrestgrundes ist jedoch die bloße Tatsache, dass der Schuldner betrügerisch gehandelt und eine Straftat begangen hat.⁴⁶² Jedoch erkennt die Rechtsprechung bei gewerbsmäßigem strafbarem Handeln mit Wiederholungsgefahr einen Arrestgrund an, insbesondere, wenn es sich um Vermögensdelikte und / oder unklar und verschleiert strukturierte Vermögensverhältnisse des Gegners handelt.^{463 464}

Nicht ausreichend für das Vorliegen eines Arrestgrundes ist ferner, dass der Schuldner Verbindlichkeiten hat, die sein Vermögen übersteigen.⁴⁶⁵ Jedoch ist die Praxis bei Gewährung von Arresten relativ großzügig, da in dem Begehen von Straftaten ein Indiz dafür liegen mag, dass Vermögenswerte beiseite geschafft werden oder ihr Verbleib verschleiert wird.⁴⁶⁶

⁴⁵⁹ Walker, Der einstweilige Rechtsschutz, Rnr.231.

⁴⁶⁰ Schuschke / Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 2005, vor § 916, Rnr.31; Ritter, Z郑 88, 126, 158; Walker, Der einstweilige Rechtsschutz, Rnr.241.

⁴⁶¹ Brox / Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 2003, Rnr.1503; MüKo, § 918, Rnr.6; Zöller / Vollkommer, ZPO-Komm., § 918, Rnr.2.

⁴⁶² OLG Düsseldorf, NJW-RR 1986, 1192; OLG Koblenz, WM 1987, 313.

⁴⁶³ OLG München, MDR 70, 934; BGH WM 1983, 614; OLG Köln, MDR 1986, 595; Zöller / Vollkommer, ZPO-Komm., § 917, Rnr.6.

⁴⁶⁴ Weitere Fallgruppen hierzu in: Beck'sches Rechtsanwaltshandbuch, B 24, Rnr.31.

⁴⁶⁵ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2007, § 24, Rnr.75.

⁴⁶⁶ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2007, § 24, Rnr.75.

Bei Anlagevermittlern, Brokern oder sonstigen Schuldners des Anlegers mit Sitz im Ausland bietet § 917 II ZPO darüber hinaus den erleichterten Arrestgrund der Auslandsvollstreckung, wenn und soweit die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.⁴⁶⁷ Dieser Gerichtsstand greift nicht ein, wenn der Schuldner hinreichendes Vermögen im Inland besitzt und kein Anlass zur Annahme besteht, dass er es dem Zugriff des Gläubigers entziehen will.⁴⁶⁸

c) Schiedsvereinbarung im einstweiligen Rechtsschutz⁴⁶⁹
Verhältnis von Schiedsgericht und ordentlichem Gericht im einstweiligen Rechtsschutz

Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes mit schiedsverfahrensrechtlichem Bezug sind geregelt in den §§ 1041 und 1033 ZPO. Sie betreffen Gesichtspunkte der Gerichtszuständigkeit für die Anordnung und Vollziehung solcher Maßnahmen durch das Schiedsgericht (§ 1041 ZPO) oder durch ein staatliches Gericht (1033 ZPO), das Verhältnis von Schiedsgericht und staatlichem Gericht zueinander, die Vollzugserlaubnis schiedsrichterlich erlassener Eilmaßnahmen durch staatliche Gerichte, die Sicherheitsleistung und den Schadensersatzanspruch bei ungerechtfertigter Anordnung.⁴⁷⁰

Nach § 1041 I S.1 ZPO kann das zu einem Streitfall konstituierte Schiedsgericht im anhängigen Schiedsverfahren – einem Bedürfnis der Praxis entsprechend⁴⁷¹ – auf Antrag einer Partei vorläufige oder sichernde Maßnahmen anordnen, wenn es diese in

⁴⁶⁷ Assmann / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2007, § 24, Rnr.76.

⁴⁶⁸ Vgl. OLG Hamburg, AWD 1973, 101; OLG Hamburg, RIW/AWD 1982, 670; OLG Frankfurt, RIW 1990, 582; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 2005, Rnr.1213.

⁴⁶⁹ Ausführlich hierzu: Bandel, Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, Diss., 2000.

⁴⁷⁰ Otte, Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, in: Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, 2005, Rnr.1.

⁴⁷¹ Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, BMJS.136.

Bezug auf den Streitgegenstand für erforderlich hält.⁴⁷²

Treffen die Parteien keine Regelung der Zuständigkeit für Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, so ist die parallele Zuständigkeit von Schiedsgericht und ordentlichem Gericht die Regel; dies ergibt sich indirekt aus § 1041 II ZPO.^{473 474} Würde die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ausschließlich sein, so könnte es zu einer Kollision eines Vollziehungsantrags für eine schiedsgerichtliche Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes mit dem Antrag auf Erlass einer solchen Maßnahme durch das ordentliche Gericht – die § 1041 II ZPO voraussetzt – nicht kommen.⁴⁷⁵ Die Parteien haben also mangels abweichender Vereinbarung die Wahl zwischen beiden Rechtsschutzformen.⁴⁷⁶

Möglichkeiten im Rahmen des schiedsgerichtlichen Verfahrens

Zum Schutz von Geldansprüchen kann das Schiedsgericht bei drohender Verbringung von Vermögensgegenständen einen dinglichen Arrest anordnen. Einen persönlichen Arrest kann wegen Art.104 II S.1 GG nur ein staatliches Gericht anordnen.⁴⁷⁷ Unterlassungsanordnungen sind denkbar als ergebnissichernde

⁴⁷² Otte, Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, in: Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, 2005, Rnr.2.

⁴⁷³ Schütze, BB 1998, 1650.

⁴⁷⁴ Bislang war streitig, ob staatliche Gerichte für den Erlass von Arrest und einstweiliger Anordnung zuständig sind, wenn für die Entscheidung über die Hauptsache die Zuständigkeit der Schiedsgerichte vereinbart ist. Die wohl h.M. hat die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte bejaht (BGH NJW 1994, 136; Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Rnr.201; Zöller / Vollkommer, ZPO-Komm., vor § 916, Rnr.4; Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, ZPO-Komm., § 919, Rnr.4; a.A.: Stein / Jonas / Grunsky, ZPO-Komm., vor § 916, Rnr.30 m.w.N.). Nach der Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts ergibt sich nun aus § 1033 ZPO und auch aus § 1041 II ZPO eindeutig, dass die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte trotz einer Schiedsvereinbarung über die Hauptsache gegeben ist (Dunkl / Moeller / Baur / Feldmeier, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 1999, S.16).

⁴⁷⁵ Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 1998, Rnr.236; Thümmel, DZWIR 1997, S.133 f.

⁴⁷⁶ Lörcher / Lörcher, Das Schiedsverfahren – national / international – nach neuem Recht, 1998, Rnr.70; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 1998, Rnr.656.

⁴⁷⁷ Zöller / Geimer, ZPO-Komm., § 1041, Rnr.2; MüKo, ZPO-Komm., § 1041, Rnr.9.

Maßnahmen (Unterlassung von Handlungen zur Sicherung eines bestimmten Erfolgs) und als vorläufig anspruchswerklichende Maßnahmen (Veräußerungs- und Erwerbsverbote).⁴⁷⁸ Mit der Unterlassungsanordnung angedrohte Zwangsmittel (890 ZPO) sind nur mittel staatlicher Gerichte durchsetzbar.

Die Nichtbefolgung der schiedsgerichtlichen Anordnung kann in der Anordnung schadensersatzbewehrt sein. Die Geltendmachung der aus der Nichtbefolgung folgender Schadensersatzansprüche ist jedoch ebenfalls zunächst schiedsgebunden.⁴⁷⁹

Ferner wirkt die angeordnete Maßnahme immer nur inter partes; eine Drittbelastung kann es nur mit Einwilligung des Dritten geben.⁴⁸⁰ Darüber hinaus sind schiedsgerichtliche einstweilige Maßnahmen nicht ipso iure vollziehbar; sie bedürfen der Homologisierung durch das ordentliche Gericht.⁴⁸¹ Hierin liegt die Crux des schiedsgerichtlichen einstweiligen Rechtsschutzes, denn die schnelle Entscheidung wird durch die Notwendigkeit der Vollziehbarerklärung durch das ordentliche Gericht in ihrer Wirksamkeit im Hinblick auf die Notwendigkeit der einstweiligen Regelung erheblich beeinträchtigt.⁴⁸²

2. Strafrechtlicher Arrest und artverwandte Sicherungsmittel samt einhergehender Vollstreckungsfragen

Maßnahmen zur Vermögensabschöpfung durch Verfall im Strafverfahren bis zur gerichtlichen Entscheidung

⁴⁷⁸ Otte, Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, in: Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, 2005, Rnr.7.

⁴⁷⁹ Otte, Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, in: Berger, Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, 2005, Rnr.11.

⁴⁸⁰ MüKo, ZPO-Komm., § 1041, Rnr.12.

⁴⁸¹ Schütze, BB 1998, 1650, 1652.

⁴⁸² Schütze, BB 1998, 1650, 1652.

a. §§ 111 b ff. StPO im Überblick

Um im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens eine effektive Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten gewährleisten zu können, stehen den Strafverfolgungsorganen verschiedene Instrumentarien im Wege der Anordnung des Verfalls nach §§ 73 ff. StGB zur Verfügung. Da eine Verfallsanordnung erst mit Abschluss des Hauptverfahrens durch Urteil ergehen kann, bedarf es für das Ermittlungsverfahren vorläufiger Sicherungsmaßnahmen.⁴⁸³ Das gesetzliche Instrumentarium hierfür stellt die Strafprozessordnung mit den §§ 111 b ff. StPO zur Verfügung. Sie dienen der Sicherung des staatlichen Vollstreckungsanspruchs, zugleich aber auch etwaiger Ansprüche des Geschädigten durch die Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Verfügungsmöglichkeiten des Betroffenen.⁴⁸⁴

Für die Entscheidung, welche Sicherungsmaßnahme im Ermittlungsverfahren ergriffen werden muss, ist die voraussichtlich bei Abschluss des Verfahrens zu treffende Anordnung maßgeblich: Den verschiedenen Anordnungsformen des Verfalls, welche als vorläufige Sicherungsmaßnahme einer Beschlagnahme gemäß § 111 c StPO bedürfen, stehen die (subsidiären) Erscheinungsformen des Verfalls von Wertersatz gegenüber, die durch die Anordnung des dinglichen Arrests gemäß § 111 d StPO gesichert werden.⁴⁸⁵

b. Beschlagnahme gemäß § 111 c StPO⁴⁸⁶

Die Beschlagnahme von Gegenständen im Ermittlungsverfahren zur Sicherung einer späteren Verfallsanordnung erfordert gemäß §§ 111 b I S.1, 111 c StPO i.V.m. § 73 I bis IV StGB einen „Grund für die Annahme“, dass die Voraussetzungen des Verfalls gege-

⁴⁸³ Malitz, NStZ 2002, 337.

⁴⁸⁴ Malitz, NStZ 2002, 337.

⁴⁸⁵ Malitz, NStZ 2002, 337.

⁴⁸⁶ Zu den konkreten Besonderheiten der Beschlagnahme vgl. Rönau, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.354 ff.

ben sind. Es muss also der Verdacht⁴⁸⁷ bestehen, dass der Betroffene⁴⁸⁸ für oder aus einer bestimmten rechtswidrigen Tat⁴⁸⁹ einen wirtschaftlichen Wert⁴⁹⁰ unmittelbar erlangt hat. Gegenstand des Verfalls können daher bewegliche Sachen aller Art sowie Grundstücke, sonstige dingliche und obligatorische Rechte, insbesondere Forderungen, sein.⁴⁹¹

Geht es hingegen um die Sicherung der späteren Vollstreckung einer Anordnung des Wertersatzverfalls nach den §§ 73 I S.1, 73 a S.1 StGB, weil entweder das i.S.d. § 73 I S.1 StGB erlangte Etwas in einem unkörperlichen Vermögenswert ohne rechtliche Form besteht oder der ursprünglich erlangte Gegenstand (ersatzlos) untergegangen ist, muss ein Zugriff auf rechtswidrig erlangte Vermögensgegenstände ausscheiden.⁴⁹² Es bleibt nur Raum für einen Anspruch des Justizfiskus auf Wertersatz anstelle des unkörperlichen Vermögenswerts oder untergegangenen Gegenstands.

In materieller Hinsicht ist – neben der Erwartung einer Verfallsanordnung nach § 73 I S.1 StGB – das Vorliegen eines Sicherstellungsbedürfnisses von zentraler Bedeutung für die rechtmäßige Anordnung einer Beschlagnahme.⁴⁹³ Das Sicherstellungsbedürfnis ergibt sich bei der Beschlagnahme nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern vielmehr aus dem vollstreckungsrechtli-

⁴⁸⁷ Im Sinne eines Anfangsverdachts der StPO.

⁴⁸⁸ Von der Beschlagnahme betroffen können neben dem Täter selbst oder einem Teilnehmer auch Tatumeteiligte sein, für die der Täter gehandelt hat (§ 73 III StGB), oder Dritte, die den Gegenstand für die Tat oder in Kenntnis der Tatumstände gewährt haben (§ 73 IV StGB). Die Rechte dieser Personen werden dadurch gewahrt, dass sie nach §§ 442 I, II, 431 StPO am Verfahren zu beteiligen sind (Malitz, NStZ 2002, 337).

⁴⁸⁹ Die Tat muss bereits begangen sein. Für zukünftige Straftaten bestimmte Tatmittel (z.B. Geld für den Erwerb weiterer Betäubungsmittel) können nur eingezogen werden (BGH, 2 StR 185 / 98; BGH, 3 StR 324 / 99).

⁴⁹⁰ BGH NStZ 1994, 123, 124; 1995, 495.

⁴⁹¹ Fischer, StGB, § 73, Rnr.3 m.w.N.

⁴⁹² Rönnau, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.326.

⁴⁹³ Rönnau, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.341.

chen Charakter der Maßnahme.⁴⁹⁴ Die Bedeutung des Sicherstellungsbedürfnisses folgt daraus, dass es – nach der Konzeption des Gesetzgebers – die Rechtfertigung dafür liefert, dass dem Betroffenen mit der strafprozessualen Zwangsmaßnahme der Beschlagnahme nahezu jede Verfügungsmöglichkeit über den beschlagnahmten Gegenstand entzogen wird, obwohl nicht feststeht, dass dieser dem Verfall unterliegt; ein Sicherstellungsbedürfnis ist nur dann gegeben, wenn der Betroffene durch sein Verhalten oder seine Lebenssituation Anlass zu der Vermutung gegeben hat, dass die spätere Vollstreckung der Verfallsanordnung ins Leere gehen wird.⁴⁹⁵

c. Dinglicher Arrest gemäß § 111 d StPO⁴⁹⁶

Die materiellen Voraussetzungen der Anordnung des dinglichen Arrests bestehen wie bei der Beschlagnahme in der Erwartung, dass gegenüber dem in Aussicht genommenen Arrestschuldner der Wertersatzverfall ausgesprochen werden wird (Arrestanspruch, §§ 111 b II, 111 d I StPO), und in der Befürchtung einer Vereitelung oder erheblichen Erschwerung der Vollstreckung dieses Ausspruchs ohne vorläufige Sicherungsmaßnahme (Arrestgrund, § 917 ZPO).⁴⁹⁷

Hinsichtlich des Arrestgrundes gilt das bereits zum Sicherstellungsbedürfnis bei der Beschlagnahme Gesagte: Auch hier entscheidet eine aus der Analyse des bisherigen (Gesamt-)Verhaltens des Arrestschuldners gewonnene Prognose hinsichtlich der Befürchtung, er werde Bestandteile seines Vermögens dem Vollstreckungszugriff zu entziehen versuchen, über das Vorliegen eines Arrestgrundes.

Im Gegensatz zur Beschlagnahme erfolgt der Zugriff beim dingli-

⁴⁹⁴ Vgl. LG Kiel, wistra 1998, 363; AK-Achenbach, Komm. zur StPO, §§ 111 b – 111 d, Rnr.6.

⁴⁹⁵ Rönnaу, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.341.

⁴⁹⁶ Zu den konkreten Besonderheiten des dinglichen Arrests vgl. Rönnaу, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.375.

⁴⁹⁷ Rönnaу, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.364.

chen Arrest auf das gesamte Vermögen des Arrestschuldners – allerdings begrenzt durch die Höhe des Arrestanspruchs; erst die Vollstreckung des Arrests bezieht sich auf einzelne Vermögensgegenstände.⁴⁹⁸

d. Die Zurückgewinnungshilfe

§ 73 I S.2 StGB schließt die Anordnung des Verfalls (sowie des Verfalls von Wertersatz) aus, wenn und soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.⁴⁹⁹ Der Gesetzgeber gibt mit dieser Norm der sog. Zurückgewinnungshilfe zugunsten geschädigter Individualinteressen den Vorzug vor der im staatlichen Interesse erfolgenden Verfallsanordnung.⁵⁰⁰

Der für die Geschädigten große Vorteil der Rückgewinnungshilfe liegt darin, dass die Ermittlungsbehörden einerseits über effektive Möglichkeiten verfügen, Vermögenswerte im Wege von Durchsuchungen und Anfragen bei Auskunftsbehörden aufzuspüren und andererseits über die Regelungen der §§ 111 b ff. StPO über Beschlagnahme und dinglichen Arrest kurzfristig die prozessual notwendigen Schritte ergreifen können, um dem Täter den Zugriff auf sein Vermögen zu verwehren.⁵⁰¹

(1) Frühere Rechtslage

Machte der Verletzte seine Rechte an den beschlagnahmten Vermögenswerten nach der Rechtslage, welche bis zum 31.12.2006 bestand, nicht geltend, konnte das Exklusivitätsverhältnis zwischen Rückgewinnungshilfe und Verfall zu dem unbilligen Ergebnis führen, dass ein Straftäter nach Abschluss des

⁴⁹⁸ Rönna, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.326.

⁴⁹⁹ Der Ausschluss des § 73 I S.2 StGB bezieht dabei auch die in Absatz 2 S.2 genannten Surrogate mit ein (Malitz, NStZ 2002, 337, 338; BGH NJW 1986, 1186).

⁵⁰⁰ Malitz, NStZ 2002, 337, 338.

⁵⁰¹ Schubert, ZRP 2008, 55.

Verfahrens unzweifelhaft aus der Tat erlangte Vermögensgegenstände zurückerhielt, weil einer staatlichen Verfallsanordnung die lediglich abstrakt bestehende konkurrierende Verletztenforderung entgegenstand. In einem solchen Fall mussten die Strafverfolgungsbehörden die gemäß § 111 b V StPO vorläufig in Beschlag genommenen Vermögenswerte in der Regel wieder an den Beschuldigten auskehren. Die Ausschlussregelung des § 73 I S.2 StGB verhinderte bei Straftaten, die sich gegen Individualrechtsgüter richteten, unabhängig von der konkreten Fallgestaltung einen subsidiären Zugriff des Staates und verkehrte sich somit vor allem im Bereich klassischer Vermögenskriminalität zu einer Privilegierung des Täters.⁵⁰²

Dieses „völlig widersinnige“ Ergebnis war regelmäßig in Verfahren wegen gewerbsmäßigen Betruges mittels 0190-Nummern, Insertionsofferten oder massenhaften Anlage- / Kreditvermittlungsbetrügereien festzustellen.⁵⁰³ In diesen nahezu alltäglichen Strafverfahren wird jeweils eine Vielzahl von Geschädigten um jeweils nur relativ geringe Einzelbeträge betrogen; der Gesamtschaden liegt jedoch regelmäßig im Millionenbereich. Wie die Praxis zeigt, machen die Geschädigten in diesen Fällen (nachvollziehbar) aus einer einfachen Aufwand-Nutzen-Rechnung heraus ihre Ansprüche kaum auf dem Klageweg geltend.⁵⁰⁴

(2) Rechtslage seit dem 1.1.2007

Dieser von Seiten der Praxis lange Zeit kritisierte Missstand veranlasste den Gesetzgeber schließlich zur gegenständlichen Gesetzesänderung⁵⁰⁵. So soll durch einen in § 111 i StPO neu einge-

⁵⁰² Malitz, NStZ 2002, 337, 338.

⁵⁰³ Bohne / Boxleitner, NStZ 2007, 552.

⁵⁰⁴ Manche Geschädigte können aber auch einfach nicht ermittelt und somit nicht benachrichtigt werden, erlangen in der zur Verfügung stehenden Zeit keinen Titel, haben ihrerseits „Schwarzgeld“ an den Täter verloren usw. (Bohne / Boxleitner, NStZ 2007, 552).

⁵⁰⁵ Sog. Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und Vermögensabschöpfung bei Straftaten. Zur kritischen Auseinandersetzung mit diesem vgl. Bohne / Boxleitner, NStZ 2007, 552 ff.

Zu den wesentlichen Gesetzesänderungen im Überblick: Greeve, NJW 2007, 14 ff.

fügten staatlichen Auffangrechtserwerb in genau diesen Fällen, in denen Geschädigte ihre Ansprüche gegen den Täter nicht durchsetzen, verhindert werden, dass der Täter am Ende seinen kriminellen Gewinn behalten darf.⁵⁰⁶ Die Vermögenswerte werden mithilfe der Vorschrift bis zu drei Jahre nach Rechtskraft des Urteils gesichert bleiben. Haben die Geschädigten nicht innerhalb dieser drei Jahre die Zwangsvollstreckung in das gesicherte Vermögen betrieben oder sonst Befriedigung erlangt, erwirbt der Staat im Wege eines Auffangrechtserwerbs die gesicherten Vermögenswerte.⁵⁰⁷

(3) Probleme im Zusammenhang mit der Rückgewinnungshilfe

Im Folgenden sollen einige Schwierigkeiten, welche im Zusammenhang mit der Anwendung der Rückgewinnungshilfe auftreten könne, dargestellt werden.

(a) Vielfältige Probleme treten oft dann auf, wenn es darum geht, die gesicherten Vermögenswerte tatsächlich den Geschädigten zukommen zu lassen.⁵⁰⁸ Hier sind die Geschädigten selbst gefragt, denn die Regelungen der staatlichen Vermögenssicherung ist ersichtlich als Vollstreckungshilfe konzipiert, vom Ansatz her dazu entwickelt, die Ansprüche des Geschädigten durchsetzbar zu erhalten, solange der Geschädigte selbst nicht oder nicht rechtzeitig in der Lage ist, seine Ansprüche zu realisieren.⁵⁰⁹

(b) Probleme ergeben sich ferner dann, wenn Vollstreckungstitel an die Staatsanwaltschaft zugestellt werden, obwohl diese nicht Drittschuldnerin ist. Der Geschädigte hat beispielsweise keinen Anspruch gegen den Staat auf Auszahlung von Geldern von Bankkonten, die durch die Staatsanwaltschaft zwar gepfändet, deren Guthaben aber nicht an diese überwiesen wurden. Der

⁵⁰⁶ Bohne / Boxleitner, NStZ 2007, 552.

⁵⁰⁷ Schubert, ZRP 2008, 55.

⁵⁰⁸ Schubert, ZRP 2008, 55.

⁵⁰⁹ Schubert, ZRP 2008, 55, 56.

Zahlungsanspruch richtet sich in diesen Fällen ausschließlich an die Bank, bei der das Konto geführt wird.⁵¹⁰ Entsprechend verhält es sich bei (förmlich) hinterlegtem Geld, über dessen Auszahlung nur die Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts entscheidet.⁵¹¹

(c) Des Weiteren ist die Rückgewinnungshilfe durch die Ermittlungsbehörden immer noch zu wenig bekannt und insgesamt in der Abwicklung zu umständlich, um selbstverständlicher durch Geschädigte genutzt zu werden. Dies zeigt sich auch darin, dass die Rückgewinnungshilfe am ehesten dort erfolgreich ist, wo lediglich ein Geschädigter existiert; häufig kann in diesen Fällen eine einvernehmliche Lösung der weiteren Abwicklung durch Verständigung zwischen Beschuldigtem und Geschädigtem erreicht werden, so dass noch vor der Hauptverhandlung die Schadensregulierung kostengünstig und juristisch kaum anfechtbar für alle Beteiligten erledigt ist.⁵¹²

(d) Sobald mehrere Geschädigte existieren, ist dies nicht mehr so einfach zu erreichen, schließlich gilt auch für die Nachpfändung der zwangsvollstreckungsrechtliche Prioritätsgrundsatz⁵¹³ und eine anteilige Verteilung der gesicherten Vermögenswerte an alle bekannten Geschädigten scheidet aus.⁵¹⁴ Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die mit der Zulassung auf den Zeitpunkt der Beschlagnahme verbundene Rückwirkung der Schutzposition nach § 111 g III S.1 StPO nicht automatisch eine Gleichrangigkeit aller Gläubiger bewirkt, da hierdurch die Rechte desjenigen beeinträchtigt werden würden, dem nach Vollstreckungsrecht mit seinen Maßnahmen der Vorrang gebührt.⁵¹⁵ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten durch die Regelung

⁵¹⁰ Schubert, ZRP 2008, 55, 56.

⁵¹¹ Schmid / Winter, NStZ 2002, 8, 15.

⁵¹² Schubert, ZRP 2008, 55, 56.

⁵¹³ Zum Konkurrenzverhältnis von strafprozessualer und insolvenzrechtlicher Beschlagnahme vgl. Rönna, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.478 ff.

⁵¹⁴ Schubert, ZRP 2008, 55, 56.

⁵¹⁵ BGH NJW 2000, 2027, 2028.

der §§ 111 b – 111 n StPO zwar die Rechte des Opfers gegenüber unbeteiligten Gläubigern verbessert, nicht aber die Rechte mehrerer Opfer untereinander unter Eingriff in vollstreckungsrechtliche Grundsätze geregelt werden.⁵¹⁶

Unter Beachtung der zivilprozessualen und vollstreckungsrechtlichen Grundsätze kann es dementsprechend für die Rangfolge von Vollstreckungsmaßnahmen einzelner Geschädigter untereinander weder auf den Zeitpunkt der staatlichen Beschlagnahme noch auf den Zeitpunkt der jeweils ergangenen Zulassungsbeschlüsse zur Zwangsvollstreckung, sondern allein auf den Zeitpunkt der Entstehung des jeweiligen Pfändungspfandrechts auf der Grundlage des Zwangsvollstreckungsrechts ankommen.⁵¹⁷

Sind mehrere Geschädigte vorhanden, kommt es demnach aufgrund des vollstreckungsrechtlichen Prioritätsprinzips zu einem „Wettlauf der Gläubiger“; allein dem schnell reagierenden und rechtlich bewanderten Geschädigten wird es gelingen, Befriedigung aus den sichergestellten Werten zu erlangen.^{518 519}

(e) Gerade in Betrugsverfahren ist häufig bereits in dem Zeitpunkt, in welchem Zwangsmaßnahmen in das Vermögen des Beschuldigten angeordnet werden, Insolvenzantrag gestellt.⁵²⁰

Die Frage, wie sich die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Beschlagnahme- oder Arrestanordnung und etwaige Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Geschädigter auswirkt⁵²¹, wird im insolvenz- und strafprozessrechtlichen Schrifttum unterschied-

⁵¹⁶ Malitz, NStZ 2002, 337, 340; BGH NJW 2000, 2027, 2028; OLG Düsseldorf, NStZ 1992, 203; 1997, 301.

⁵¹⁷ Malitz, NStZ 2002, 337, 340; OLG Stuttgart (Az.: 1 Ws 210/00); offen gelassen von BGH NJW 2000, 2027, 2028.

⁵¹⁸ Malitz, NStZ 2002, 337, 340.

⁵¹⁹ Gegen eine solche Übernahme der zivilprozessualen Verteilungskriterien: Hegmanns, ZRP 1998, 475, 477.

⁵²⁰ Malitz, NStZ 2002, 337, 341.

⁵²¹ Zum Problemkreis ausführlich: Breuer, KTS 1995, S.1 ff.; Haarmeyer, Hoheitliche Beschlagnahme und Insolvenzbeschlagnahme, 2000, Rnr.4 ff.

lich beurteilt: Während strafprozessrechtliche Kommentierungen einen Vorrang der strafprozessualen Beschlagnahme annehmen⁵²², befürwortet die insolvenzrechtliche Literatur ein Vorrecht des Insolvenzverwalters, die dem Insolvenzbeschlagnahme unterfallenden Gegenstände ungeachtet der staatlichen Beschlagnahme für die Insolvenzmasse zu verwerten.⁵²³

Letztere kann sich dabei auf die Gesetzeslage stützen: Die Beschlagnahme nach § 111 c StPO zieht – unabhängig von ihrem Zweck – aufgrund der gesetzlichen Verweisung in § 111 c V StPO auf § 136 BGB – ein relatives Veräußerungsverbot nach sich.⁵²⁴ Damit wird eine Beschlagnahme von Vermögenswerten des Beschuldigten im eröffneten Insolvenzverfahren obsolet.⁵²⁵ Auf Antrag des Insolvenzverwalters sind die beschlagnahmten Vermögenswerte freizugeben.⁵²⁶

(f) Im Rahmen der Rückgewinnungshilfe stellt sich häufig die Frage, wer Geschädigter ist. Liegt eine Steuerstraftat vor, ist der Steuerfiskus Verletzter im Sinne des § 73 I S.2 StGB, die Ansprüche der Strafverfolgungsbehörden auf Verfall etc. müssen also zurücktreten.⁵²⁷

Rückgewinnungshilfe über §§ 111 b ff. StPO ist auch bei Steuerstraftaten zulässig.⁵²⁸ Mit dem Steuerarrest (§§ 324-326 AO) verfügt die Finanzverwaltung zwar über ein Mittel, um in Eilsituatio-

⁵²² KK-Nack, StPO-Komm., § 95, Rnr.2; Schäfer, wistra 1985, 209; ders., KTS 1991, 23, 27.

⁵²³ Kuhn / Uhlenbruck, KO, § 117, Rnr.12a; Schmid / Smid, InsO, § 7, Rnr.13; Breuer, KTS 1995, S.1; Kilger in FS für Merz, S.253 f.; OLG Stuttgart, wistra 1984, 240; OLG Koblenz, NJW 1985, 2038.

⁵²⁴ Malitz, NStZ 2002, 337, 341; OLG Düsseldorf, NJW 1995, 2239; Kleinknecht / Meyer-Goßner, StPO-Komm., § 111c, Rnr.10; von Danwitz, NStZ 1999, 262.

⁵²⁵ LG Neubrandenburg, ZinsO 2000, 676; App in Frankfurter Kommentar zur InsO, § 80, Rnr.27; Jaeger / Hencel, KO, § 13, Rnr.4; Schäfer, KTS 1991, 23, 24.

⁵²⁶ Malitz, NStZ 2002, 337, 341; ebenso Haarmeyer, Hoheitliche Beschlagnahme und Insolvenzbeschlagnahme, 2000, Rnr.134.

⁵²⁷ Schmid / Winter, NStZ 2002, 8, 12; BGH NJW 2001, 693.

⁵²⁸ Hierzu ausführlich: Kunz, BB 2006, 1198 ff.

nen rechtzeitig Vermögenspositionen des Schuldners sichern zu können; strafprozessuale Rückgewinnungshilfe ist jedoch angebracht, wenn ein vollziehbarer Steuerarrest nach § 324 AO aus zeitlichen oder rechtlichen Gründen noch nicht erlassen werden kann, z.B. weil aufgrund undurchsichtiger Gesellschaftsverhältnisse ein Steuerpflichtiger noch nicht feststeht oder wenn zur Rückgewinnungshilfe in das Vermögen eines Dritten gemäß §§ 111 b V, 111 d StPO i.V.m. § 73 III StGB vollstreckt werden soll, weil die steuerlichen Voraussetzungen einer Haftung noch geprüft werden müssen.⁵²⁹

(g) Probleme mit der Anordnung des Verfalls von Erlangtem oder von Wertersatz können entstehen, wenn Tatverletzte, z.B. Geschädigte eines Betrugs, nicht ermittelt werden können oder sichergestellter Schmuck bestimmten Geschädigten nicht zugeordnet werden kann.⁵³⁰ Eine Verfallsanordnung scheidet im Hinblick auf die Regelung des § 73 I S.2 StGB aus. Um die Rechte der noch unbekanntem Eigentümer zu schützen, sieht lediglich § 111 i StPO die Möglichkeit vor, eine angeordnete Beschlagnahme zugunsten der Verletzten zu verlängern.⁵³¹

Läuft die dort vorgesehene Frist ab, ohne dass sich ein Berechtigter meldet und seine Ansprüche geltend macht, sind die Sachen nach § 983 BGB zu behandeln.⁵³² Bei Bargeld kommt eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften in Betracht, da der Weg über eine öffentliche Versteigerung bei Zahlungsmitteln nicht möglich ist.⁵³³

e. Weitere Arten der Sicherstellung von Vermögen

Die §§ 111 b ff. StPO bilden nicht die einzige Möglichkeit des vor-

⁵²⁹ Schmid / Winter, NStZ 2002, 8, 12.

⁵³⁰ Schmid / Winter, NStZ 2002, 8, 13.

⁵³¹ Schmid / Winter, NStZ 2002, 8, 13.

⁵³² BGH NStZ 1984, 409, 410; Löffler, NJW 1991, 1705, 1709; SK-Horn, StPO-Komm., § 73, Rnr.19 m.w.N.

⁵³³ Schmid / Winter, NStZ 2002, 8, 13; kritisch hierzu: Müller, MschrKrim 2001, 244.

läufigen Zugriffs auf Vermögenswerte in einem Strafverfahren. Neben dem bereits erwähnten vollstreckungssichernden Zugriff nach den §§ 111 b ff. StPO kennt die Strafprozessordnung noch die Vermögensbeschlagnahme gemäß §§ 290 ff. StPO und nach § 443 StPO. Das die drei Arten der Sicherstellung Verbindende erschöpft sich in dem vorläufigen Zugriff auf Gegenstände mit Vermögenswert; darüber hinaus gibt es keine Gemeinsamkeiten.⁵³⁴

Während die Sicherstellung zur Ermöglichung des späteren Verfalls nach den §§ 111 b ff. StPO im vom Gesetzgeber gedachten „Idealfall“ in eine endgültige Entziehung vermögensrechtlicher Positionen durch die Anordnung des Verfalls (bzw. der Einziehung) mündet, geht es bei der Vermögensbeschlagnahme nach § 290 und § 443 StPO um prozessuale Zwangsmaßnahmen, die keine materiellrechtliche Entsprechung haben und daher auch nicht den Ausspruch eines endgültigen Vermögensverlusts vorbereiten sollen.⁵³⁵

(1) § 229 StPO

Die Vermögensbeschlagnahme nach § 290 StPO soll die Durchführung des Strafverfahrens gegen den abwesenden Angeschuldigten ermöglichen, indem durch den Entzug der Verfügungsmöglichkeit über das Vermögen motivatorischer Druck auf den Angeschuldigten ausgeübt wird, sich zu stellen.⁵³⁶ Sie unterscheidet sich vom vollstreckungssichernden Zugriff bereits ihrer Form nach dadurch, dass ein Zugriff auf einzelne Vermögensstücke nicht möglich ist, sondern das Vermögen des Angeschuldigten nur insgesamt mit Beschlagnahme belegt werden kann.⁵³⁷

(2) § 443 StPO

Die Vermögensbeschlagnahme nach § 443 StPO, die auch einen

⁵³⁴ Rönnau, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.320.

⁵³⁵ Rönnau, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.321.

⁵³⁶ Gollwitzer, in LR, § 290, Rnr.1 f.

⁵³⁷ Hilger, NStZ 1982, 374, 375.

vorübergehenden Zugriff auf einzelne Vermögensstücke erlaubt, ist Verfahren beschränkt, die wegen des Verdachts einer bestimmten, in § 443 StPO abschließend aufgezählten Straftat geführt werden und hat den Zweck, den vermeintlichen Täter für die Dauer des Strafverfahrens durch vorübergehende Sperrung seiner Finanzmittel „unschädlich“ zu machen und so die Begehung ähnlich gelagerter Taten in dieser Zeit zu verhindern.⁵³⁸

Beiden Arten der Vermögensbeschlagnahme ist – im Unterschied zum vollstreckungsrechtlichen Zugriff – gemein, dass sie ein absolutes Verfügungsverbot zur Folge haben, so dass Verfügungen der Vermögensinhabers schlechthin und gegenüber jedermann nach § 134 BGB nichtig sind, während die Vollziehung des vollstreckungssichernden Zugriffs nach den §§ 111 b ff. StPO lediglich ein relatives Verfügungsverbot i.S.d. § 136 BGB bewirkt, das nur im Verhältnis Landesjustizfiskus / Rechtsinhaber bzw. im Falle der Zurückgewinnungshilfe auch zugunsten des zur Vollstreckung zugelassenen Verletzten der Straftat wirkt.⁵³⁹

D. neue Gesetze und Gesetzesvorhaben

1. Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts^{540 541}

a) Das Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts vom 05.04.2011 ist am 07.04.2011 im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Das Gesetz ist vorbehaltlich gesonderter Regelungen am 08.04.2011 in Kraft getreten.

⁵³⁸ Rönna, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.322; BGHSt 19, 1, 2 f.

⁵³⁹ Rönna, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, Rnr.323.

⁵⁴⁰ Bundesgesetzblatt 2011, Teil 1 Nr. 14,S.538, ausgegeben zu Bonn am 7.04.2011.

⁵⁴¹ Gesetzesbegründung BT Drucks 17/3628.

Mit dem Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz sollen die durch die Finanzkrise zu Tage getretene Defizite an den Kapitalmärkten zu beheben. Das Gesetz beinhaltet zum einen verschiedene Neuregelungen zu Informationspflichten bei der Anlageberatung und der Qualifikation der in diesem Bereich tätigen Personen nebst Erweiterung des Bußgeldkatalogs.

Weiterhin trifft es Neuregelungen zu offenen Immobilienfonds und begründet erweiterte Mitteilungspflichten beim Halten von (Finanz-) Instrumenten. Die im ursprünglichen Entwurf des Bundesfinanzministeriums vorgesehenen Änderungen für die Anlageberatung im Bereich des „Grauen Kapitalmarkts“ sind dagegen in der aktuellen Fassung nicht mehr enthalten und bleiben einer eigenen Regelung im Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts (FinAnlVG) vorbehalten, das nunmehr vom Bundeskabinett beschlossen wurde.

b) Im Einzelnen bewirkt das Gesetz folgende Änderungen der bisherigen Rechtslage:

(1) Stärkung des Anlegerschutzes

(aa) Weitere Vorgaben für Anlageberater und -vermittler
Wertpapierdienstleistungsunternehmen dürfen künftig Mitarbeiter nur dann als Anlageberater, Vertriebsbeauftragte oder Compliance-Beauftragte einsetzen, wenn diese sachkundig und zuverlässig sind. Zudem müssen die jeweiligen Mitarbeiter sowie etwaige Kundenbeschwerden über sie bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) angezeigt werden (§ 34d Abs. 1 bis 3 WpHG). Die BaFin wird so in die Lage versetzt, sich ein Bild der Zu- und Abgänge und Fluktuation der Anlageberater zu verschaffen.

Um die Aufsicht über die einzuhaltenden Verhaltens- und Transparenzpflichten zu verbessern, ist die Einrichtung einer Registrierungsdatenbank bei der BaFin vorgesehen.

Ermittelt die BaFin schwerwiegende Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, ist sie etwa berechtigt, Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu verpflichten, die betroffenen Personen für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren aus der angezeigten Tätigkeit abzuziehen. Solche Anordnungen können, nachdem sie unanfechtbar geworden sind und ohne Nennung des Namens des betroffenen Mitarbeiters auch auf der Internetseite der BaFin bekannt gegeben werden. Zudem wurde der Bußgeldkatalog erweitert.

Die Regelungen zur Anzeigepflicht der beaufsichtigten Institute treten am 1. November 2012 in Kraft. Für Mitarbeiter, die an diesem Tag bereits tätig sind, die Qualifikationsanforderung jedoch (noch) nicht erfüllen, ist eine Übergangszeit bis zum 31. Mai 2013 vorgesehen.

(bb) Produktinformationsblätter („PIB“)

Seit dem 1. Juli 2011 ist bei einer Anlageberatung von Privatkunden rechtzeitig vor Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein kurzes und leicht verständliches Informationsblatt für empfohlene Finanzprodukte zu übergeben. Bei telefonischer Beratung kann ein „Zurverfügungstellen“ auch in elektronischer Form oder durch einen Hinweis auf die exakte Fundstelle im Internet erfolgen.

Inhaltlich dürfen die Kurzinformationsblätter weder unrichtig noch irreführend sein und müssen mit den Angaben des Prospekts vereinbar sein (§ 31 Abs. 3a WpHG). Die formellen und inhaltlichen Anforderungen an das Informationsblatt werden in § 5a der Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpDVerOV) konkretisiert.

Das Informationsblatt darf nicht mehr als drei Seiten umfassen. Darin ist der Anleger insbesondere über die Art und Funktionsweise des Finanzinstruments, die damit verbundenen Risiken, die Aussichten für die Kapitalrückzahlung und Erträge und die mit der Anlage verbundenen Kosten zu informieren.

Ausnahmen bestehen bei Kaufempfehlungen in Bezug auf EU-Investmentanteile nach der OGAW-IV-Richtlinie. Diese sieht vor, dass Anlegern ab dem 1. Juli 2012 „wesentliche Informationen“ zur Verfügung gestellt werden müssen. Bis zu diesem Zeitpunkt können Anlageberater weiterhin den vereinfachten Verkaufsprospekt nutzen und müssen keine Produktinformationsblätter erstellen.

Neben der Sanktionierung mit einem Bußgeld im Falle des Unterlassens der Übergabe wird diese Vorschrift nach der Gesetzesbegründung Auswirkungen für die zivilrechtliche Haftung der Institute wegen Falschberatung bzw. Schutzgesetzverletzung haben. Andererseits kann das Produktinformationsblatt den Beweis einer pflichtgemäßen Beratung, etwa hinsichtlich des Provisionsanteils des Vermittlers, erleichtern.

(cc) Offenlegung von Produkteinschränkungen und Schwerpunkten

Soweit ein Unternehmen die Anlageberatung erbringt, muss es in Zukunft nach der WpDVerOV dem Kunden schriftlich mitteilen, ob Einschränkungen hinsichtlich der Finanzinstrumente, der Emittenten oder der Wertpapierdienstleistungen, die berücksichtigt werden können, bestehen und bestimmte Finanzinstrumente, Emittenten oder Wertpapierdienstleistungen bevorzugt berücksichtigt werden.

Als Beispiel für eine solche Aufklärungspflicht nennt die Gesetzesbegründung Fälle, in denen Wertpapierdienstleistungsunternehmen nur eigene oder konzerneigene Finanzinstrumente anbieten oder sonstige Einschränkungen des bei der Anlageberatung berücksichtigten Marktes vornehmen. Diese Informationspflicht soll die Anlageberatung für den Kunden transparenter gestalten, da er zukünftig informiert werden muss, zu welcher Angebotspalette er beraten wird.

(dd) Vermutungsregel bei Zuwendungen aufgehoben

Aufsichtsrechtlich sind Zuwendungen nach § 31d Abs. 1 WpHG unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, insbesondere wenn sie darauf ausgelegt sind, die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern. Bisher stellte § 31d Abs. 4 WpHG die gesetzliche Vermutung für die Qualitätsverbesserung auf, wenn die Annahme der Zuwendung im Zusammenhang mit einer Anlageberatung oder allgemeinen Empfehlung erfolgte. Diese Regelung ist nunmehr ersatzlos gestrichen, sodass Finanzdienstleister und Kreditinstitute künftig die Qualitätsverbesserung der Anlageberatung durch Zuwendungen darlegen und beweisen müssen.

(ee) Erweiterung der Bußgeldpflicht

Parallel zu den neu geschaffenen Pflichten wird auch der Katalog der bußgeldpflichtigen Ordnungswidrigkeiten in § 39 WpHG erweitert, mit durchaus drastischen Folgen (z.T. Bußgeld bis maximal EUR 200.000,-). Danach ist künftig unter anderem bußgeldbewehrt:

- die Empfehlung eines für den Anleger ungeeigneten Finanzinstruments oder eine Wertpapierdienstleistung entgegen des (neuen) § 31 Abs. 4a WpHG, - die unerlaubte Gewährung oder Annahme von Zuwendungen entgegen § 31d Abs. 1 Satz 1 WpHG, was etwa im Falle einer unterlassenen Aufklärung über Provisionen gegeben wäre,
- die Nichtzurverfügungstellung des Informationsblattes nach § 31 Abs. 3a WpHG,
- der Einsatz von Mitarbeitern, die nicht den gesetzlichen Anforderungen an Anlageberater, Vertriebsbeauftragte oder Compliance-Beauftragte genügen,
- der BaFin entgegen § 34d Abs. 1 bis 3 WpHG keine, eine unrichtige oder unvollständige Anzeige zu machen,
- das Fehlen der Compliance-Funktion,
- das Fehlen des erforderlichen Beschwerdemanagements.

(2) Erhöhung der Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte

(aa) Strengere Meldepflichten bei Aufbau von Stimmrechtspositionen

Es gab Unternehmensübernahmen, bei denen Stimmrechte eines Unternehmens unbemerkt mit Hilfe von Finanzinstrumenten erworben wurden, es ihrem Inhaber aufgrund ihrer Ausgestaltung aber ermöglichten, mit Stimmrechten verbundene und bereits ausgegebene Aktien eines Emittenten zu erwerben. Dabei wurde eine Regelungslücke im Gesetz ausgenutzt, die es Bietern im Rahmen von Übernahmetransaktionen ermöglichte, sich unbemerkt an ein Unternehmen „anzuschleichen“. Diese Regelungslücke soll durch die Erweiterung der Mitteilungspflichten geschlossen werden. § 25 WpHG begründet nun auch ab dem 01. Februar 2012 Mitteilungspflichten bei „sonstigen Instrumenten“, also Vereinbarungen, die ein Recht auf den Erwerb von mit Stimmrechten verbundenen Aktien gewähren.

Darüber hinausgehend entstehen nach § 25a WpHG Mitteilungspflichten gegenüber dem Emittenten und der BaFin bei dem Erwerb von Instrumenten, die es ihrem Inhaber oder einem Dritten faktisch oder wirtschaftlich ermöglichen, mit Stimmrechten verbundene und bereits ausgegebene Aktien zu erwerben, sofern dabei die Schwellenwerte des § 21 WpHG (die Eingangsmeldeschwelle liegt wie bei § 25 WpHG bei 5 %) erreicht, überschritten oder unterschritten werden.

Erfasst werden von § 25a WpHG zum einen Hedging-Geschäfte, bei denen eine Risikoabsicherung der jeweiligen Gegenseite des Geschäfts in Stimmrechtsaktien möglich ist. Zum anderen werden auch Vereinbarungen erfasst, die statt der Lieferung von Aktien einen Barausgleich vorsehen oder ermöglichen. Daher sind von der Neuregelung auch finanzielle Differenzgeschäfte betroffen. Eine Ausübung der Optionen und vergleichbaren Geschäften ist stets zu unterstellen. Darüber hinaus sollen von der Regelung auch Finanzinstrumente erfasst sein, die sich auf Baskets oder Indizes beziehen. Zur Anwendungserleichterung kann die BaFin

eine – allerdings nicht abschließende – Liste von Instrumenten zu erstellen, die unter diese Neuregelung fallen (sogenannte black list), aber auch eine Liste von Instrumenten, die meldefrei sind (sogenannte white list).

Nach der Neuregelung des § 25a WpHG soll eine Zusammenrechnung der Beteiligungen nach §§ 25 und 25a WpHG ausdrücklich erfolgen.

(bb) Änderungen für offene Immobilienfonds

Bei den offenen Immobilienfonds treten die Änderungen am 1. Januar 2013 in Kraft. Die börsentägliche Anteilsrücknahme ist nicht mehr generell ausgeschlossen, sondern es wird lediglich freigestellt, dass Vertragsbedingungen von Immobilien-Sondervermögen die Rücknahme von Anteilen nur zu bestimmten Terminen, mindestens jedoch alle zwölf Monate, vorsehen. Weiterhin wird in § 80c Abs. 3 InvG eine zweijährige Mindesthaltspflicht eingeführt.

Unter Berücksichtigung der vorgeschriebenen Rückgabefrist nach § 80c Abs. 4 InvG von 12 Monaten ergibt sich daher eine Mindestanlagezeit von Anteilen an Immobilien-Sondervermögen von 36 Monaten. Diese Regelungen betreffen in der verabschiedeten Fassung nur Anleger, deren Anteile 30.000 Euro pro Kalenderhalbjahr übersteigen.

Als Ausgleich enthält § 78 Abs. 1 InvG eine Ausschüttungspflicht in Höhe von 50 % der Erträge des Sondervermögens. Weiterhin reduziert § 80 Absatz 1 Satz 2 InvG die zulässige Fremdfinanzierungsquote von offenen Fonds von bisher 50 % auf 30%.

2. **Vermögensanlagegesetz**^{542 543}

a) Das Gesetz über Vermögensanlagen (Vermögensanlagege-

⁵⁴² <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/351/35123.html>

⁵⁴³ <http://www.bundesrat.de/SharedDocs/Drucksachen/2011/0201-300/209-11,templateld=raw,property=publicationFile.pdf/209-11.pdf>

setz – VermAnlG) befindet sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren. Im Juni 2011 erfolgte die erste Lesung im Bundestag. Das Ziel dieses Gesetzes liegt in der Stärkung des Anlegerschutzes durch die Fortentwicklung von Regulierung und Beaufsichtigung im Bereich des sog. Grauen Kapitalmarkts und der partiellen Verschärfung der Prospekthaftung.

So sollen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen Pflichten, die im regulierten Bereich bereits Standard sind, auf Vermögensanlagen im bisherigen Graumarktbereich ausgedehnt werden. Hierzu gehören das aufsichtsrechtliche Gebot, anlegergerecht zu beraten, Provisionen offenzulegen sowie über Beratungsgespräche ein Protokoll zu führen und dieses dem Anleger zur Verfügung zu stellen.

Zudem sollen strengere Anforderungen an Inhalt und Prüfung von Verkaufsprospekten für Vermögensanlagen eingeführt und Anbieter von Vermögensanlagen verpflichtet werden, Kurzinformativblätter zu erstellen, um die Anleger in kurzer und verständlicher Form über die von ihnen angebotenen Vermögensanlagen zu informieren. Für Emittenten von Vermögensanlagen sollen strengere Rechnungslegungspflichten eingeführt werden.

Daneben sollen die verbleibenden kurzen Sonderverjährungsfristen im Prospekthaftungsrecht gestrichen und die Haftungsvoraussetzungen im Bereich der Prospekthaftung für Vermögensanlagen erleichtert werden.

Im Bereich der gewerblichen Finanzanlagenvermittlung soll der Anlegerschutz gestärkt werden. Neue Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis für den gewerblichen Vertrieb von Finanzanlagen und für die Finanzanlagenberatung sind ein Sachkundennachweis und eine Berufshaftpflichtversicherung. Darüber hinaus sollen die Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten des Sechsten Abschnitts des Wertpapierhandelsgesetzes auf gewerbliche Finanzanlagenvermittler übertragen werden.

Die bereits heute für die Erteilung der gewerberechtlichen Erlaubnis für die Finanzanlagenvermittlung zuständigen Gewerbebehörden der Länder müssen künftig im Rahmen des Erlaubnisverfahrens zusätzlich prüfen, ob der erforderliche Sachkundennachweis und der Nachweis über eine Berufshaftpflichtversicherung vorliegen.

Darüber hinaus entstehen gegenüber der bestehenden Rechtslage weiter gehende Prüfungspflichten: Die Gewerbebehörden müssen prüfen, ob die neu eingeführten Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten eingehalten werden. Auf der anderen Seite führt der Gesetzentwurf auch zu Erleichterungen im Vollzug. Denn die in der Praxis aufwändige und schwierige Prüfung, ob es sich bei bestimmten Graumarktprodukten um Finanzanlagen handelt, die unter den Erlaubnistatbestand des § 34f der GewO fallen, entfällt künftig durch die Bezugnahme auf die Definition der Vermögensanlage in § 1 Abs. 2. des neuen Vermögensanlagengesetz. Danach sind Vermögensanlagen im Sinne dieses Gesetzes nicht in Wertpapieren im Sinne des Wertpapierprospektgesetzes verbriefte Anteile, die eine Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens gewähren, Anteile an einem Vermögen, das der Emittent oder ein Dritter in eigenem Namen für fremde Rechnung hält oder verwaltet (Treuhandvermögen), Anteile an sonstigen geschlossenen Fonds, Genussrechte und Namensschuldverschreibungen.

b. Im Einzelnen:

(1) Prüfungsverfahren bei der BaFin – Kohärenzprüfung

Die BaFin prüft den Verkaufsprospekt auf Kohärenz (§ 8 Abs. 1 VermAnlG-E), d.h. der Verkaufsprospekt muss frei von inneren Widersprüchen sein. Nicht geprüft wird, ob der Prospekt mit Tatsachen, die außerhalb des Prospekts liegen kohärent ist.

Der BaFin steht nunmehr das Recht zur Untersagung der Veröffentlichung des Verkaufsprospekts zu, wenn dieser nicht kohärent ist (§ 18 Abs. 1 VermAnlG-E).

Eine Überprüfung des Vermögensanlagen-Informationsblatts (VIB, sog. Beipackzettel) auf Kohärenz wird nicht vorgenommen.

(2) Prüfungsverfahren bei der BaFin –20-Tages-Frist

Die 20-Tages-Frist (§ 8 Abs. 2 VermAnlG-E) beginnt erst bei Einreichung des (vollständigen) Verkaufsprospekts. Die Einreichung von Austauschseiten setzt somit die 20-Tages-Frist im Unterschied zur bisherigen Rechtslage erneut in Gang. Die Mitteilung der BaFin über Unvollständigkeit oder Ergänzungsbedarf des Prospekts soll binnen 10 Werktagen nach §8 Abs. 3 Satz 2 VermAnlG-E binnen 10 Werktagen erfolgen.

(3) Informationsblatt (VIB)

Nach § 13 VermAnlG-E besteht die Pflicht zur Einführung eines Vermögensanlagen-Informationsblatts (sog. Beipackzettel). Der Umfang hat nicht mehr als 3 Seiten zu betragen. Inhaltlich hat das VIB über die Art der Vermögensanlage, Anlagestrategien, Anlagepolitik und Anlageobjekte, Risiken, Aussichten für die Kapitalrückzahlung und Erträge unter verschiedenen Marktbedingungen, sowie Kosten und Provisionen zu informieren. Der Zweck dieses VIB liegt in der Vergleichbarkeit mit den Merkmalen anderer Finanzinstrumente.

(4) Rechnungslegungsvorschriften – JA und Lagebericht (§24 VermAnlG-E)

Unabhängig von den Vorschriften des Handelsgesetzbuches ist ein Jahresabschluss aufzustellen. Es gelten die Vorschriften für große Kapitalgesellschaften (unabhängig von der Größe der Fondsgesellschaft).

Zudem ist ein Lagebericht mit den zusätzlichen Inhalten zu erstellen. Die Gesamtsumme der im letzten Geschäftsjahr gezahlten Vergütungen (aufgeteilt in feste und variable Vergütungen) ist ebenso mitzuteilen, wie die Zahl der Begünstigten, der vom Emittenten ggf. gezahlten

Gewinnbeteiligungen und die Gesamtsumme der im abgelaufenen Geschäftsjahr gezahlten Vergütungen.

(5) Rechnungslegungsvorschriften – Abschlussprüfung

Der Prüfung des Jahresabschlusses nach § 25 VermAnIG-E beinhaltet besondere Prüfungsgegenstände, wie die Einhaltung der Vorschriften des Gesellschaftsvertrags und des Treuhandvertrags, der Einhaltung der Bestimmungen des Verkaufsprospekts und der Ordnungsmäßigkeit der Zuweisung von Gewinnen, Einnahmen und Entnahmen auf den einzelnen Kapitalkonten der Anleger.

(6) Rechnungslegungsvorschriften – Jahresbericht (§ 23 VermAnIG-E)

Ein Jahresbericht ist zu erstellen, wenn nicht bereits eine handelsrechtliche Offenlegungsverpflichtung (insbesondere nach § 325 HGB) besteht. Diese Regelung ist somit insbesondere anwendbar für Fondsgesellschaften in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG. Der Jahresbericht beinhaltet jeweils vom Abschlussprüfer geprüften Jahresabschluss und Lagebericht. Dieser ist binnen 6 Monaten (in Ausnahmefällen 9 Monaten) nach Ablauf eines Geschäftsjahres durch Einreichung beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers bekanntzumachen. Der Jahresbericht ist den Anlegern auf Aufforderung zur Verfügung zu stellen.

(7). Inhalt des Verkaufsprospekts –Neuregelungen

(aa) Bestimmte Risikokategorien, wie Liquiditätsrisiken und Risiken im Zusammenhang mit dem Einsatz von Fremdkapital (auf Ebene des Emittenten) sind künftig gesondert darzustellen. Bisher war lediglich das Risiko der Fremdfinanzierung (auf der Ebene des Anlegers) im Verkaufsprospekt gesondert darzustellen.

(bb) Nach § 4 Satz 1 Nr. 12 VermVerkProspV-E ist zu prospektieren, *„in welcher Gesamthöhe Provisionen geleistet werden, insbesondere Vermittlungsprovisionen oder*

vergleichbare Vergütungen.“ Die ausgereichten Provisionen sind als absoluter Betrag und zusätzlich als Prozentangaben Bezug auf das Emissionsvolumen anzugeben. Der Begriff der „Provisionen“ wird nach wie vor nicht ausdrücklich definiert. Laufende Kosten für die Geschäftsführung, Gewinnbeteiligungen oder Aufwandsentschädigungen für Gründungsgesellschafter fallen grundsätzlich nicht unter „Provisionen“.

(cc) Straftaten, Insolvenz, Bankaufsichtsrechtliche Maßnahmen

Erforderlich sind Angaben zum Leumund bestimmter Personen (Mitglieder der Geschäftsführung, des Vorstands, von Aufsichtsgremien oder des Beirats, Treuhänder / Treuhandkommanditist, Anbieter, Prospektverantwortliche, sog. „Hintermänner“).

Darüber hinaus sind Eintragungen im Führungszeugnis zu bestimmten Straftatbeständen (§§ 263 bis 283d StGB, § 54 KWG, § 38 WpHG, § 369 AO) bekanntzugeben, wobei das zugrundeliegende Führungszeugnis zum Zeitpunkt der Prospektaufstellung nicht älter als 6 Monate sein darf.

Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gründungsgesellschafters oder Gesellschafters zum Zeitpunkt der Prospektaufstellung bzw. mangels Masse abgewiesenes Insolvenzverfahren innerhalb der letzten 5 Jahre sind ebenso mitzuteilen wie die Tätigkeit in der Geschäftsführung einer Gesellschaft, über deren Vermögen binnen der letzten 5 Jahre ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse abgewiesen wurde.

Erforderlich sind zudem Angaben über frühere Aufhebungen einer Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften oder zur Erbringung von Finanzdienstleistungen durch die Bundesanstalt.

(dd) Angaben zu Anlageobjekt, Anlagestrategie und Anlagepolitik

Bei mehrstöckigen Anlageobjekten findet bei der Beschreibung des Anlageobjekts künftig eine „Durchschau“ auf das „eigentliche“ Anlageobjekt des Fonds statt (§9 Abs. 2 Nr. 1 VermVerkProspV-E).

(8) Prospekthaftung

§ 20 VermAnlG-E statuiert eine Haftung bei einem unrichtigem Verkaufsprospekt, wenn der Verkaufsprospekt eine tatsächlich unrichtige Angabe enthält (Unrichtigkeit) oder wenn eine Pflichtangabe nach der VermVerkProspV fehlt (Unvollständigkeit).

(aa) Ausschlussfrist

Entgegen der bisherigen vielfach kritisierten aber in der Rechtsprechung⁵⁴⁴ bestätigten Ausschlussfrist von 6 Monaten, soll eine Ausschlussfrist von 2 Jahren nach dem ersten öffentlichen Angebot gelten.

(bb) Verjährung

Die Verjährung soll sich zukünftig nach allgemeinen Regeln (§§195, 199 BGB) richten, so dass nach 3 Jahren ab Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Prospektfehlers etwaige Ansprüche verjähren. Bisherige galt eine Verjährungsregelung, welche 1 Jahr ab Kenntnis des Prospektfehlers, spätestens 3 Jahre (stichtagsbezogen) ab Veröffentlichung des Verkaufsprospekts festlegte.

(cc) Kausalität

Der Kausalzusammenhang zwischen dem Prospektfehler und dem Erwerbsgeschäft wird gesetzlich vermutet (Beweislastumkehr). Der Anleger muss vor Gericht nicht beweisen, „wegen“ eines Prospektfehlers zum Erwerb der Vermögensanlage veranlasst worden zu sein

(9) Haftung bei unrichtigem Vermögensanlagen-Informationsblatt (§ 22 VermAnlG-E)

Hierbei handelt es sich um einen neu geschaffenen Haftungstatbestand im Zusammenhang mit der Einführung des Vermögensanlagen-Informationsblatts.

⁵⁴⁴ LG Hamburg vom 04.02.2010 –409 O 83/09

Anspruchsvoraussetzung sind zunächst irreführende, unrichtige oder nicht mit den einschlägigen Stellen des Verkaufsprospekts vereinbare Angaben im VIB (sog. Beipackzettel). Des Weiteren muss das Erwerbsgeschäft nach Veröffentlichung des Verkaufsprospekts und während des öffentlichen Angebots stattfinden, spätestens jedoch innerhalb von 2 Jahren nach dem ersten öffentlichen Angebot.

Hier erfolgt jedoch keine Beweislastumkehr zu Gunsten des Anlegers im Hinblick auf die Kausalität zwischen der Unrichtigkeit des Vermögensanlagen-Informationsblatts und dem Erwerbsgeschäft. Der Anleger muss vor Gericht also den Beweis antreten, dass er gerade „wegen“ des unrichtigen VIB das Erwerbsgeschäft getätigt hat

(10) Einstufung von Vermögensanlagen als „Finanzinstrumente“

Vermögensanlagen werden in rechtlicher Hinsicht als „Finanzinstrumente“ eingestuft (§1 Abs. 11 KWG-E, § 2 Abs. 2b WpHG-E) und der „Graue Kapitalmarkt“ wird grundsätzlich vom KWG und WpHG erfasst.

(11) Vertrieb von Vermögensanlagen

Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Beratung zu oder der Vermittlung von Anteilen an geschlossenen Fonds stellen somit grundsätzlich eine erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung gem. § 32 Abs. 1, §1 Abs. 1a S. 2 KWG dar, so die Anlagevermittlung (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1 KWG), die Anlageberatung (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 1a KWG) und die Abschlussvermittlung (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 2 KWG). Die Vermittlung von und Beratung zu Anteilen an geschlossenen Fonds stellt grundsätzlich eine Wertpapierdienstleistung gem. § 2 Abs. 3 WpHG dar. Allerdings sollen vertriebsbezogene Bereichsausnahmen von der Erlaubnispflicht bestehen.

E. Sonstiges

1. Gerichtsstand (In-/Ausland)

Die Frage, wann sich der Gerichtsstand im In- oder Ausland be-

findet und die diesbezüglichen divergierenden Auffassungen der Gerichte sollen an folgendem Fall⁵⁴⁵ veranschaulicht werden:

Der Kläger beehrte vom Beklagten Ersatz seines Schadens, den er bei einer Kapitalanlage erlitten hatte.

Der Kläger schloss im Mai 1999 in seiner Wohnung durch Vermittlung eines beauftragten Dritten mit dem Beklagten einen Vertrag über eine Anlage von 100.000 Euro sowie einen Vertrag über Vermögensverwaltung. Die prognostizierten Gewinne von 8,25 % Kapitalverzinsung und ein Jahresbonus von weiteren 3,75 % sollten durch Nutzung der Differenz zwischen den Kapitalmarktzinsen erwirtschaftet werden.

Der Beklagte hatte seinen Wohnsitz in der Schweiz. Er war Portfolio-Manager und Verwaltungsrat in einem Unternehmen.

Der Kläger eröffnete in der Folgezeit ein Konto bei einem Kreditinstitut in der Schweiz und ermächtigte den Beklagten zur Verwaltung dieses Kontos, auf welches er einen Betrag von 100.000 DM überwiesen hatte.

Im Juni 2000 kündigte der Kläger die Anlage in Höhe von 50.000 DM. Als das Unternehmen, in welchem der Beklagte tätig war, nicht reagierte, widerrief er die Verwaltungsvollmacht und die Teilkündigung. Das Kreditinstitut überwies dem Kläger auf sein Verlangen den verbliebenen Restbetrag in Höhe von umgerechnet rund 21.000 Euro.

Im November 2000 kündigte der Kläger sämtliche Verträge, erhielt die restlichen Anlagegelder jedoch nicht zurück.

Der Beklagte wurde 2003 wegen Untreue und Beihilfe zum Betrug verurteilt. Die Schädigung des Klägers war jedoch nicht Gegenstand dieser Verurteilung.

⁵⁴⁵ Az.: VI ZR 34 / 07.

Das Landgericht hat die Klage wegen fehlender internationaler Zuständigkeit der deutschen Gerichte als unzulässig abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers hiergegen zurückgewiesen. Zur Begründung wurde angeführt, dass die behauptete Tathandlung im Sinne einer Untreue gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 266 StGB durch weisungswidrige Vermögensverwaltung am Arbeitsplatz des Beklagten in der Schweiz vorgenommen worden sei. Zudem sei auch der Taterfolg nicht im Inland eingetreten. Art.5 Nr.3 des Luganer Übereinkommens (LugÜ) stelle nicht auf einen allgemeinen Schadensort, sondern auf den Ort ab, an welchem sich die Folgen der unerlaubten Handlung zunächst verwirklicht hätten. Dieser liege hier an dem Ort, an dem das Anlagekonto des Klägers geführt worden sei, also nicht am Lebensmittelpunkt in Deutschland, sondern in der Schweiz.

Darüber hinaus habe der Kläger einen Betrug zu seinem Nachteil nicht nachvollziehbar dargelegt. Es fehle an einer konkreten Darlegung, welche Angaben der Vermittler über die Verwendung des Geldes gemacht habe und wie das Geld tatsächlich verwendet worden sei. Letztlich sei eine unberechtigte Verwendung des Kapitals zu risikoreichen Devisentermingeschäften im Namen des Klägers weder eine Täuschungshandlung, noch dazu geeignet, dem Haupttäter einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs halten die Ausführungen des Oberlandesgerichts der Revision nicht in jeder Hinsicht stand, insbesondere seien deutsche Gerichte zur Entscheidung des Rechtsstreits international zuständig.

Jedoch nimmt der BGH eine inhaltliche Differenzierung vor:

Eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Klage, soweit sie auf den Vorwurf einer Untreue des Beklagten

durch weisungswidrige Verfügung über das Konto des Klägers bei dem Kreditinstitut gestützt sei, sei übereinstimmend mit dem Oberlandesgericht zu verneinen.

Der Begriff in Art.5 Nr.3 LugÜ „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“ sei so zu verstehen, dass er sowohl den Ort, an dem der Schaden eingetreten sei, als auch den Ort des ursächlichen Geschehens meine. Er könne jedoch nicht so weit ausgelegt werden, dass er jeden Ort erfasse, an dem schädliche Folgen eines Umstands spürbar werden können, der bereits einen Schaden verursacht habe oder der tatsächlich an einem anderen Ort entstanden sei (vgl. EuGH, Urteil vom 19.9.1995 – C-364/93, Rnr.14; Urteil vom 10.6.2004 – C-168/02, Rnr.19).

Unter Beachtung dieser Grundsätze sei eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte zu verneinen. Die Tathandlung einer weisungswidrigen Vermögensverwaltung sei am Arbeitsplatz des Beklagten in der Schweiz begangen worden. Der Taterfolg sei in der Schweiz eingetreten. Der Wohnsitz des Klägers in Deutschland sei demgegenüber als Ort des Mittelpunkts des Vermögens des Geschädigten lediglich ein für die internationale Zuständigkeit unerheblicher Schadensort und rechtfertige allein keine Abweichung von der grundsätzlichen Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz des Beklagten (EuGH, Urteil vom 10.6.2004 – C-168/02, Rnr.18 f.).

Eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte sei jedoch im Hinblick auf eine Beteiligung des Beklagten an einem Betrug zum Nachteil des Klägers möglich. Insoweit sei die maßgebende Tathandlung nach Art.5 Nr.3 LugÜ die Täuschung des Klägers, die bei Abschluss des Anlagevertrages und des Vermögensverwaltungsvertrages in der Wohnung des Klägers im Inland erfolgt sei. Die in Art.5 Nr.3 LugÜ enthaltene Wendung „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“, sei dahin zu verstehen, dass sie sowohl den Ort, an dem der schädigende Erfolg, als auch den Ort der ursächlichen Handlung meine.

Der Beklagte könne daher nach Wahl des Klägers bei dem Gericht des Ortes, an dem der schädigende Erfolg eingetreten sei, oder bei dem Gericht des Ortes der dem Schaden zugrunde liegenden ursächlichen Handlung verklagt werden.

Die Revision des Klägers wurde daraufhin aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

2. Poolvereinbarungen⁵⁴⁶ und standes-/strafrechtliche Aspekte

a. Einleitung

Der Ausdruck „Pool“ bezeichnet in der anglo-amerikanischen Rechtssprache eine vorübergehende vertragliche Personen- oder Unternehmensvereinigung, bei der die Vertragsbeteiligten den Zweck verfolgen, ihre gleichartigen Rechtspositionen in gemeinschaftlich koordinierter Weise wahrzunehmen und durchzusetzen, um dadurch Vorteile gegenüber einer isoliert-individuellen Rechtswahrnehmung und –durchsetzung zu erlangen.⁵⁴⁷ Poolvereinbarungen beziehen sich folglich auf Rechtspositionen, die sonst typischerweise Einzelnen zustehen.⁵⁴⁸

Kennzeichnend für den Pool⁵⁴⁹ ist, dass er nur Rechte enthalten kann, die die einzelnen Mitglieder in ihn eingebracht haben.⁵⁵⁰ Die Poolbildung führt demnach nicht dazu, dass zusätzliche Rechte oder neue Verfügungsbefugnisse entstehen.⁵⁵¹

⁵⁴⁶ Muster zu Poolvereinbarungen finden sich in: May, Der Bankenpool, S.179 ff.

⁵⁴⁷ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.1.

⁵⁴⁸ May, Der Bankenpool, S.13.

⁵⁴⁹ Vgl. zum Poolvertrag aus Praktikersicht: Bales / Brinkmann, Sanierung von Unternehmen, Rnr.727 ff.; Sichel / Steinwachs in: FCH-Sicherheitenkompendium, Rnr.138 ff.; Rechtmann in: Problematische Firmenkreditkredite, S.176 ff.

⁵⁵⁰ Gundlach / Frenzel / Schmidt, NZI 2003, 142.

⁵⁵¹ Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rnr.18.66; Weis in: Hess / Weis / Wienberg, InsO, § 47, Rnr.167; Weitnauer in: FS für Baur, S.720 f.; Peters, ZIP 2000, 2241; Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, § 44, Rnr.8.

Mit dem Abschluss des Poolvertrages wird eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zur Erreichung und Förderung eines gemeinsamen Zwecks begründet (§ 705 BGB)⁵⁵².⁵⁵³ Der Zweck besteht dabei entweder in der gemeinsamen optimalen Verwertung der eingebrachten Sicherheiten oder in der Erstrebung einer Sanierung des Unternehmens und erst im Fall deren Scheiterns in einer Verwertung der Sicherheiten.⁵⁵⁴ Abhängig von der Gestaltung des Poolvertrages ist der Zweck im Sinne des § 726 BGB erreicht, wenn der die Sicherheiten betreffende Verwertungs- und Verteilungsvorgang abgeschlossen ist bzw. wenn die Finanzgrundlage des schuldnerischen Unternehmens bei objektiver Betrachtung auf eine neue, wirtschaftlich tragfähige Grundlage gestellt ist.⁵⁵⁵

Bankwirtschaftlich und bankrechtlich sind Poolverträge in mehreren Erscheinungsformen bedeutsam, die allerdings nur idealtypisch trennbar sind und in der Praxis oft ineinander übergehen oder miteinander verbunden werden.⁵⁵⁶ Gemeinsam ist diesen Erscheinungsformen, dass sie auf die gemeinschaftlich koordinierte Wahrnehmung und Durchsetzung der Rechtspositionen von Gläubigern eines Schuldners gerichtet sind.⁵⁵⁷

b. Grundformen der Poolvereinbarung⁵⁵⁸

⁵⁵² Nach anderer Auffassung handelt es sich beim Poolvertrag um eine Gemeinschaft nach § 741 I BGB, weil sich der Gegenstand des Pools auf die Verwaltung und Nutzung der Sicherheiten beschränke (Stürner, ZZP 94 (1981), 263, 275 f.). Dem ist jedoch nicht zuzustimmen, da die Anwendung des § 741 I BGB regelmäßig dem Parteiwillen nicht gerecht werden dürfte (siehe zu den Gründen im Einzelnen: Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.18).

⁵⁵³ Vgl. insbesondere OLG Oldenburg, NZI 2000, 21.

⁵⁵⁴ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.17; Beuck, Poolvereinbarungen bei Unternehmensinsolvenz, S.41.

⁵⁵⁵ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.17.

⁵⁵⁶ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.2.

⁵⁵⁷ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.2.

⁵⁵⁸ Einen ausführlichen Überblick über die verschiedenen Poolkonstellationen bietet: Obermüller in: FS für

Je nach Zielsetzung lassen sich Poolvereinbarungen in zwei Kategorien aufteilen:

(1) Finanzierungspools

Finanzierungspoolverträge sind regelmäßig reine Bankenpools, die in krisenfreien Zeiten zu Finanzierungszwecken gebildet werden. Hierbei schließen mehrere Banken bei besonders hohem Kreditbedarf eines Unternehmens, etwa für Investitionszwecke, zur zweckmäßigen Gestaltung der Besicherung und zur Risikoverminderung einen Poolvertrag, um so den Rechtsrahmen für einen Konsortialkredit zu schaffen.⁵⁵⁹

(2) Sicherheitenpools

Beim Sicherheitenpoolvertrag⁵⁶⁰ schließen sich mehrere gesicherte Gläubiger zusammen mit dem Ziel der gemeinsamen Verwaltung und Verwertung von Kreditsicherheiten.⁵⁶¹ Dieser Vertrag kommt in aller Regel in einer Krisensituation zustande. Er soll den beteiligten Kreditinstituten und Kreditversicherern die gleichrangige Teilnahme an den gepoolten Kreditsicherheiten ermöglichen.⁵⁶² Der Sicherheitenpool ist somit in erster Linie ein Sanierungspool.⁵⁶³

Innerhalb des Sicherheitenpoolvertrages muss wiederum eine inhaltliche Differenzierung bezüglich des Zeitpunktes der Poolbildung vorgenommen werden:

(aa) Poolbildung vor Insolvenzeröffnung

Ein Vorteil der Poolbildung vor Insolvenzeröffnung liegt in der

Lüer, S.415 ff.

⁵⁵⁹ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.3; Buksch, Der Poolvertrag, S.2; May, Der Bankenpool, S.18 ff.

⁵⁶⁰ Vgl. zu sachen- und prozessrechtlichen Problemfeldern der Sicherheitenpoolverträge: Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnrn.24ff.

⁵⁶¹ Steinwachs, NJW 2008, 2231.

⁵⁶² Steinwachs, NJW 2008, 2231.

⁵⁶³ Steinwachs, NJW 2008, 2231.

möglichen Beteiligung des Schuldners (vgl. nämlich § 80 I InsO); diese ist erforderlich, wenn das Unternehmen ohne Abschreckung von Geschäftspartnern und Zerschlagung von Sach- und Vermögenswerten still und dauerhaft saniert werden soll.⁵⁶⁴ Die Gläubiger vereinbaren mit dem Schuldner ein Moratorium, begleitet von einem Stillhaltekonsortium der Kreditgeber, nach dem die zunächst fälligen Kredite bis zu einem bestimmten Zeitpunkt offen gehalten werden oder eine ratenweise Tilgung vereinbart wird.⁵⁶⁵

(bb) Poolbildung nach Insolvenzeröffnung

Bei der Poolbildung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens scheidet eine stille Sanierung aus, weil gemäß § 80 I InsO der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners in ein einschlägiges Vorhaben eingebunden werden muss.⁵⁶⁶ Häufig dient der Abschluss des Poolvertrages in dieser Situation nur der Verbesserung der Verwertungsmöglichkeiten.⁵⁶⁷

c. Vertragsinhalt

Die Kernregelung des Poolvertrages besteht darin, dass die beteiligten Gläubiger ihre schuldrechtlichen und dinglichen Sicherungsansprüche an das Gemeinschaftsvermögen des Pools einbringen. Die Beteiligten bevollmächtigen regelmäßig einen Poolverwalter (Poolführer) zu Verfügungen über das Poolvermögen im Rahmen des Poolzwecks und erteilen ihm für die erforderlichen Ausführungsgeschäfte „Einzelvertretungsmacht“.⁵⁶⁸

Der Poolvertrag wird regelmäßig „auf unbestimmte Zeit“ geschlossen und soll mit der Erreichung des Zwecks enden. Eine

⁵⁶⁴ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.10.

⁵⁶⁵ Bohlen, Der Sicherheiten-Pool, S.48 ff., 149 ff.; BGH NJW 1985, 2584; Assmann, ZHR 152 (1988), 371 ff.

⁵⁶⁶ May, Der Bankenpool, S.22; Kuhn / Uhlenbruck, Insolvenzrecht, § 4, Rnr.14.

⁵⁶⁷ Das gemeinsame Einbringen von Sicherheiten soll in der Regel die Geltendmachung von Absonderungsrechten nach § 50 I und § 51 Nr.1 InsO und Aussonderungsrechten nach § 47 InsO erleichtern (Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.11).

⁵⁶⁸ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.15.

Kündigung durch einzelne Mitglieder wird in aller Regel ausgeschlossen, soweit dies rechtlich zulässig ist (§ 723 III BGB); sie würde den Poolzweck gefährden.⁵⁶⁹

d. Vorteile eines Poolvertrages⁵⁷⁰

Der Vorteil der Poolbildung liegt zum einen in der gemeinsamen Rechtsverfolgung und zum anderen in den Beweiserleichterungen für die Sicherungsnehmer. Es ist nämlich anerkannt, dass in Situationen, in denen feststeht, dass alle Miteigentumsanteile an einem absonderungsfähigen Gegenstand bei Mitgliedern des Pools liegen, es auf die Beweisbarkeit der jeweiligen Anteile nicht mehr ankommt.⁵⁷¹

Das Merkmal der „Bestimmbarkeit“ tritt hier zurück, da ohnehin klar ist, dass der Gegenstand insgesamt den Poolmitgliedern haftungsrechtlich zugewiesen ist.⁵⁷² Die Poolmitglieder stoßen somit bei der Geltendmachung ihrer Sicherheiten nicht mehr auf das Hindernis, dass der Insolvenzschuldner keine genauen Unterlagen über die von den einzelnen Sicherungsnehmern bezogenen Waren geführt hat, so dass eine individuelle Zuordnung unmöglich ist.⁵⁷³

Durch die gemeinsame Geltendmachung ihrer Sicherheitsrechte erleichtern sie somit die prozessualen Beweiserfordernisse: Wird das Vermögen des Pools eingeklagt, in den weitgehend alle Gläubiger zuvor ihre Sicherheitsrechte eingebracht haben, erübrigt sich der Einzelnachweis, welchem Gläubiger genau welches Recht zusteht; vielmehr genügt nur der Nachweis, dass das ein-

⁵⁶⁹ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.16.

⁵⁷⁰ Grundlegend zum Poolvertrag: Schröter / von Westphalen, Sicherheitenpoolverträge der Banken und Warenlieferanten, 1986.

⁵⁷¹ Gundlach / Frenzel / Schmidt, NZI 2003, 142; Weis in: Hess / Weis / Wienberg, InsO, § 47, Rnr.162; Kuhn / Uhlenbruck, KO, § 4, Rnr.13b und § 43, Rnr.44c; Joneleit / Imberger in: Frankfurter Kommentar zur InsO, § 47, Rnr.13; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rnr.18.64 f.; Peters, ZIP 2000, Rnr.2238, 2240.

⁵⁷² Gundlach / Frenzel / Schmidt, NZI 2003, 142.

⁵⁷³ Gundlach / Frenzel / Schmidt, NZI 2003, 142.

geklagte Recht in jedem Fall unter das in den Pool eingebrachte Vermögen fällt.⁵⁷⁴

Die Poolvereinbarung beinhaltet ferner den Vorteil, dass sich die Erlösverteilung im Verwertungsfall nach dem Verhältnis der einbezogenen Forderungen richtet.⁵⁷⁵ Die Befriedigung erfolgt damit nicht nur gleichrangig, sondern auch gleichmäßig.^{576 577}

Ein eigenständiger ökonomischer Vorteil der Poolbildung liegt darüber hinaus in einer möglichen Sanierung des Schuldnerunternehmens. Allein das geschlossene Vorgehen der Inhaber von Anlage- und Umlaufvermögen des Unternehmens ist in der Lage, die Finanzierungsgrundlagen des Unternehmens so neu zu ordnen, dass das Unternehmen auf lange Sicht weiterhin am Markt tätig sein kann.⁵⁷⁸ Auf diese Weise wird die Zerschlagung und Entwertung von Unternehmen verhindert.

Letztlich erspart das gemeinsame Vorgehen gegenüber der individuellen Geltendmachung der Sicherheiten Kosten und verstärkt die Verhandlungsposition gegenüber dem Insolvenzverwalter und der Gläubigerversammlung.⁵⁷⁹

e. Abgrenzung zu anderen Kooperationsformen

Unter Umständen kann eine Abgrenzung zu weiteren, ähnlich gestalteten Kooperationsformen erforderlich sein.

(1) Bassinvertrag⁵⁸⁰

⁵⁷⁴ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.7.

⁵⁷⁵ May, Der Bankenpool, S.17.

⁵⁷⁶ Schröter / Graf von Westphalen, Sicherheitenpoolverträge der Banken und Warenlieferanten, S.7.

⁵⁷⁷ Mit anderen Worten: Die Ausfallquote soll gleich hoch sein.

⁵⁷⁸ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.8 ; May, Der Bankenpool, S.32; Bohlen, Der Sicherheiten-Pool, S.104.

⁵⁷⁹ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.7.

⁵⁸⁰ Der Ausdruck „Bassinvertrag“ wird teilweise lediglich als andere Bezeichnung für den Raumsicherungsvertrag verwendet. Damit ist die Bestellung einzelner Sicherheiten angesprochen, während der Poolvertrag an

Beim Bassinvertrag erwerben die Gläubiger (Waren- und Kreditgläubiger) die Sicherungsrechte nicht selbst, sondern veranlassen den Schuldner zu deren Übertragung auf einen Treuhänder, der das gesamte Sicherungsgut mit ihrem Einverständnis verwaltet und später gegebenenfalls verwertet.⁵⁸¹

Die Besonderheit liegt in der möglichen eigenen Interessenwahrnehmungspflicht des Treuhänders gegenüber dem Schuldner und Sicherungsgeber.⁵⁸² In der typischen Konstruktion des Sicherheitenpoolvertrages lassen sich die Poolbeteiligten als Gläubiger Sicherheiten durch den Schuldner bestellen und sind diesem deshalb zur treuhänderischen Ausübung dieser Rechte verpflichtet; beim Bassinvertrag können die Dinge anders liegen, weil hier den Treuhänder möglicherweise von vorneherein eine eigene (!) Treuepflicht gegenüber dem Schuldner treffen kann.⁵⁸³

Die konkreten Kriterien, nach denen die beiden Kooperationsformen voneinander abzugrenzen sind, werden uneinheitlich beurteilt. Nach einer Auffassung ist bereits in der Einschaltung des Treuhänders das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zugunsten eines Bassinvertrages zu sehen.⁵⁸⁴ Andere stellen auf den Eintritt der Insolvenz ab; die Verständigung vor Insolvenz sei ein Bassinvertrag, danach käme es zur Bildung eines Sicherheitenpools.⁵⁸⁵

die Existenz von Einzelsicherheiten anknüpft und deren Einbeziehung in den Pool zur Besicherung mehrerer Banken regelt (May, Der Bankenpool, S.23).

⁵⁸¹ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.22 ; Graf von Westphalen, Poolvertrag, Münchener Vertragshandbuch, Band 3, S.139; Burgermeister, Der Sicherheitenpool im Insolvenzrecht, S.20 f.; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Band 2, S.186 f.; Haupt, DB 53, 1008 ff.

⁵⁸² Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.22

⁵⁸³ Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechtshandbuch, § 97 Rnr.22.

⁵⁸⁴ Stürner, ZZP 94 (1981), S.279; Heckel, Zivil-, konkurs- und verfassungsrechtliche Probleme des Sicherheitenpoolvertrages, S.96.

⁵⁸⁵ Marx, NJW 1978, 247; Hilger, Miteigentum der Vorbehaltslieferanten gleichartiger Ware, S.3 (beide stellen zudem auf die Einschaltung eines Treuhänders ab).

(2) Kreditkonsortium

Bankkonsortien werden definiert als zeitweilige Vereinigungen selbständig bleibender Banken zur Durchführung von Einzelgeschäften auf gemeinsame Rechnung.⁵⁸⁶ Der Konsortialkredit verkörpert dementsprechend keine eigene Kreditart, sondern die äußere Form für die gemeinschaftliche Kreditgewährung mehrerer Banken.⁵⁸⁷

Beim „echten“ Konsortialkredit wird das Kreditkonto ausschließlich bei der Konsortialführerin eingerichtet. Diese schreibt den Kreditbetrag dem Kunden gut und fordert von ihren Mitkonsorten die Anteilsbeiträge ein.⁵⁸⁸

Beim „unechten“ Konsortialkredit⁵⁸⁹ ist der Unterschied nicht so offensichtlich, denn jede Mitgliedsbank stellt ihren Anteil dem Kreditnehmer unmittelbar zur Verfügung, so dass wie beim Pool bei jeder Bank Konten geführt werden.⁵⁹⁰

Die Abgrenzung zum Bankenpool ist darin zu sehen, dass bei diesem (im Gegensatz zum Konsortialvertrag) kein einheitlicher Kreditvertrag existiert. Zwar knüpft der Poolvertrag an bestimmte Kreditlinien an. Abgesehen von der Sicherheitenfrage erfolgen die Konditionenabsprachen jedoch unabhängig voneinander in rechtlich getrennten Verträgen.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ Scholze, Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, S.3; Vallenthin, Rechtsgrundlagen des Bankgeschäfts, S.145 ff.; Fischer, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S.178.

⁵⁸⁷ Scholze, Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, S.102; Delorme / Hoessrich, Konsortial- und Emissionsgeschäft, S.10; Vallenthin, Rechtsgrundlagen des Bankgeschäfts, S.157; Feldbausch, Handbuch der Bankpraxis, S.255.

⁵⁸⁸ May, Der Bankenpool, S.26.

⁵⁸⁹ bzw. Parallelkredit.

⁵⁹⁰ Scholze, Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, S.104; Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, S.256.

⁵⁹¹ May, Der Bankenpool, S.27.

4. Erfolgsorientierte Vergütungsmodelle⁵⁹²

Die Definition, was unter einem Erfolgshonorar zu verstehen ist, findet sich nicht im RVG, sondern in § 49b I BRAO. Das Gesetz versteht unter „Erfolgshonorar“ Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird, und / oder nach denen der Anwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält.⁵⁹³

a. Entscheidung des BVerfG

Am 12.12.2006 stellte das Bundesverfassungsgericht⁵⁹⁴ fest, dass das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare einschließlich des Verbotes der quota litis mit Art.12 I GG insoweit nicht vereinbar sei, als es keine Ausnahme für den Fall zulasse, dass der Rechtsanwalt mit der Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung besonderen Umständen in der Person des Auftraggebers Rechnung tragen wolle, die diesen sonst davon abhielten, seine Rechte zu verfolgen.⁵⁹⁵

Es wurde jedoch ferner ausdrücklich festgestellt, dass das Verbot von Erfolgshonoraren grundsätzlich zulässig sei. Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nannte es drei Gemeinwohlbelange: Erstens den Schutz der anwaltlichen Unabhängigkeit, zweitens den Schutz des Rechtssuchenden und drittens die Förderung der prozessualen Waffengleichheit.⁵⁹⁶

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sei es nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die anwaltliche Unabhängigkeit durch die Vereinbarung von Erfolgshonoraren als gefährdet

⁵⁹² Bezüglich aktueller vorformulierter Mustervereinbarungen siehe Teubel / Schons, Erfolgshonorare für Anwälte, S.97 ff.

⁵⁹³ Teubel / Schons, Erfolgshonorare für Anwälte, S.84.

⁵⁹⁴ BVerfG in BB 2007, 617 ff. (BvR 2576/04).

⁵⁹⁵ Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.4.

⁵⁹⁶ BVerfG in BB 2007, 617 ff.

ansehe. Es wurde zwar konstatiert, dass kommerzielles Denken mit dem Anwaltsberuf nicht unvereinbar sei, da der Rechtsanwalt immer auch das wirtschaftliche Risiko seiner beruflichen Tätigkeit trage. Es bestünden aber keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, wenn der Gesetzgeber von einer Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit ausgehe, da durch die Vereinbarung von Erfolgshonoraren eine weitergehende Übereinstimmung der wirtschaftlichen Interessen des Rechtsanwalts und des Mandanten hergestellt werde. Mit dem weitergehenden Allgemeinwohlinteresse, dem Schutz der Rechtssuchenden vor überhöhten Vergütungssätzen, werde zugleich das Vertrauen der Bevölkerung in die Integrität der Anwaltschaft geschützt. Schließlich rechtfertige auch das Gemeinwohlziel der prozessualen Waffengleichheit ein grundsätzliches Verbot von Erfolgshonoraren, da ein Beklagter nicht im selben Maße wie ein Kläger in der Lage sei, sein Kostenrisiko auf den Anwalt zu verlagern.⁵⁹⁷

Nach einer gründlichen Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit kam das BVerfG zu dem Ergebnis, dass das Verbot der Vereinbarung von Erfolgshonoraren nach § 49 b II BRAO grundsätzlich geeignet, erforderlich und angemessen sei. Eine Unangemessenheit sei allerdings festzustellen, soweit im Gesetz keine Ausnahmen für die Fälle zugelassen werden, in denen der Mandant ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage keine anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen könne.

Das ausnahmslose Verbot von Erfolgshonoraren ist damit nach Auffassung des BVerfG verfassungswidrig, aber nicht nichtig.

b. Gesetzgeberische Umsetzung

Mit der Entscheidung wurde dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 30.06.2008 eine Neuregelung zu treffen, die den verfassungsmäßigen Bedenken gegen das uneingeschränkte Verbot Rechnung tragen sollte.

⁵⁹⁷ Mann / Wolf, BB 2008 (Special Nr.3), 19.

Der Gesetzgeber hat daraufhin das berufsrechtliche Verbot des anwaltlichen Erfolgshonorars (§ 49b II BRAO) durch das Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren vom 12.06.2008⁵⁹⁸ neu gefasst.

Das Verbot des Erfolgshonorars ist künftig nur noch im Zusammenspiel von § 49b II BRAO und § 4a RVG zu erfassen. Wesentliche materielle Änderung der BRAO ist eine Ergänzung des § 49b II S.1 BRAO um eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot des Erfolgshonorars, für deren weitere Voraussetzungen das Berufsrecht auf das RVG verweist; mittelbare Folge der durch das BVerfG erzwungenen Neuregelung ist ein künftig neben das Verbot des Erfolgshonorars tretendes Verbot der Übernahme von sonstigen Rechtsverfolgungskosten durch den Rechtsanwalt in § 49b II S.2 BRAO^{599, 600}.

Im Zuge der Lockerung des Verbots des Erfolgshonorars neu gefasst worden sind die im RVG enthaltenen allgemeinen Regelungen zu anwaltlichen Vergütungsvereinbarungen - Kernnorm zum Inhalt der Vergütungsvereinbarung ist künftig nicht mehr § 4 RVG, sondern § 3a RVG.⁶⁰¹ § 4 RVG n.F. regelt die erfolgsunabhängige Vergütung, § 4a RVG das Erfolgshonorar und § 4b RVG die fehlerhafte Vergütungsvereinbarung.

Die Rechtmäßigkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars bestimmt sich somit gemäß § 4a RVG entscheidend danach, ob im Einzelfall „wirtschaftliche Verhältnisse“ vorliegen, welche den Auftraggeber bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abhalten

⁵⁹⁸ In Kraft getreten am 01.07.2008.

⁵⁹⁹ Zudem wird die Neuregelung der BRAO in den Berufsrechten der Patentanwälte (§ 43 b PatO) und Steuerberater (§ 9 a StBerG) inhaltsgleich gespiegelt. Für Wirtschaftsprüfer verweist § 55 a WPO hinsichtlich erfolgsabhängig vergüteter Tätigkeiten i.S.d. § 2 II WPO auf die Regelung des § 9 a StBerG.

⁶⁰⁰ Kilian, NJW 2008, 1905.

⁶⁰¹ Kilian, NJW 2008, 1905.

würden.⁶⁰² In jedem Falle genügen Betroffene diesen Anforderungen, die im Sinne des Beratungshilfe- und Prozesskostenhilferechts bedürftig sind, aber unbeachtlich ihrer Bedürfnisse ausnahmsweise keinen Anspruch auf staatliche Kostenhilfe haben.⁶⁰³ In allen anderen Fällen muss die Beurteilung anhand verschiedener Faktoren erfolgen, die sich wechselseitig bedingen. Unmittelbar voneinander abhängig sind bei Streitigkeiten, in denen die Kosten wertabhängig bestimmt werden, die Einflussfaktoren der Vermögenssituation des Betroffenen, der Wert des Streitgegenstands und die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung.⁶⁰⁴

c. Problem der „wirtschaftlichen Verhältnisse“

Festzustellen ist, dass die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „wirtschaftlichen Verhältnisse“ nicht uneingeschränkt auf Zustimmung gestoßen ist.

Zum Teil wird die Formulierung so verstanden, dass damit das Erfolgshonorarverbot des § 49b III S.1 BRAO im Wesentlichen aufgehoben werde, da der Begriff inhaltlich völlig unbestimmt sei und die gesetzgeberische Intention, das Erfolgshonorar zum Ausnahmefall zu machen, zum Regelfall werde.⁶⁰⁵ Bei nahezu jeder Rechtsverfolgung unter Einschaltung von Rechtsanwälten seien nämlich derartige Interessen betroffen. Fast immer stelle sich für den Rechtssuchenden die Frage, ob er sich die Kosten der Einschaltung eines Rechtsanwalts leisten könne und wolle. Entscheidend sei allein, dass auf Grund der wirtschaftlichen Verhältnisse die potentiellen Auftraggeber bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würden. Der Abschluss einer Erfolgshonorarvereinbarung komme daher entgegen den Intentionen des reformfeindlichen Gesetzgebers auch bei wohlhabenden Auftraggebern in Betracht. Entscheidend sei allein, dass die Auf-

⁶⁰² Kleine-Cosack, BB 2008, 1406, 1407.

⁶⁰³ Kilian, NJW 2008, 1905, 1907.

⁶⁰⁴ Kilian, NJW 2008, 1905, 1907.

⁶⁰⁵ Kleine-Cosack, BB 2008, 1406, 1407.

traggeber ohne Vereinbarung einer erfolgsbasierten Vergütung von der Rechtsverfolgung unter Anwaltseinschaltung abgehalten würden.⁶⁰⁶

Die Konsequenz sei, dass im Ergebnis das Verbot des § 49b II S.1 BRAO die Ausnahme und die Erlaubtheit nach dem RVG die Regel sei.⁶⁰⁷

Die Gegenauffassung⁶⁰⁸ sieht eine solche Ausuferung aufgrund der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung nicht.

§ 4b RVG habe den Effekt, den Rechtsanwalt davon abzuhalten, Vereinbarungen zu treffen, die unter Beachtung von § 4a RVG möglicherweise von der Rechtsprechung als nicht wirksam angesehen werden. Denn lägen die Voraussetzungen über die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nicht vor, erhalte der Rechtsanwalt nach § 4b RVG jedenfalls nicht mehr als die gesetzliche Vergütung, während der umgekehrt im Misserfolgsfall regelmäßig bei solchen fehlgeschlagenen Erfolgshonorarvereinbarungen nur die verminderte Vergütung erhält, weil er seinerseits nach § 242 BGB auch bei einem Verstoß gegen § 4a RVG an seine Zusage, eine verminderte Vergütung im Misserfolgsfall zu berechnen, gebunden sei.

§ 4b RVG habe weiterhin den Effekt, dass der Rechtsanwalt in allen Zweifelsfällen, bei denen möglicherweise die Vereinbarung eines Erfolgshonorars vorliege, auch die problematischen Zusatzangaben nach § 4a II RVG einhalten müsse und bei unrichtigen Angaben wiederum befürchten müsse, im Erfolgsfall die gesetzliche Vergütung, im Misserfolgsfall aber nur die verminderte Vergütung zu erhalten.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ Kleine-Cosack, BB 2008, 1406, 1407.

⁶⁰⁷ Kleine-Cosack, BB 2008, 1406, 1408; i.E. ebenso: Kilian, NJW 2008, 1905, 1907.

⁶⁰⁸ Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.39.

⁶⁰⁹ Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.39.

Jeder Rechtsanwalt werde also im eigenen Interesse darauf achten, dass, wie bisher, er bei seiner Vergütungsvereinbarung nicht auch nur in die Nähe eines Erfolgshonorars komme, damit nicht bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung die gesamte Vergütungsvereinbarung für unwirksam erklärt werde (§ 4b RVG), weil es sich zumindest teilweise um ein Erfolgshonorar handele und nicht sämtliche Anforderungen nach § 4a RVG eingehalten worden seien.⁶¹⁰

Unabhängig vom konkreten Standpunkt in dieser Frage ist zu konstatieren, dass sich der Gesetzgeber im Ergebnis wohl bewusst dafür entscheiden hat, die Formulierungen aus den Entscheidungsgründen des BVerfG zu zitieren. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass er es in Zukunft der Rechtsprechung überlassen will, abschließend zu beurteilen, ob der Auftraggeber „aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten worden wäre“.

d. Anwendbarkeit auf Gebührenvereinbarungen gemäß § 34 RVG

§ 34 I S.1 RVG appelliert an den Rechtsanwalt, in allen durch § 34 RVG geregelten Angelegenheiten, also außergerichtliche Beratung, Gutachten und Mediation, auf eine Gebührenvereinbarung hinzuwirken.⁶¹¹ Da es in Fällen dieser Art keine vom Gesetzgeber festgelegte Gebühr gibt (sondern nur Auffangtatbestände), werden die Gebühren nicht kraft Gesetzes, sondern kraft Vereinbarung festgesetzt.⁶¹²

§ 4a RVG gilt dabei, obschon die Vorschrift im Kontext der Regelungen zu Vergütungsvereinbarungen angesiedelt ist, auch für

⁶¹⁰ Bezüglich der Gründe, welche dennoch für eine Vergütungsvereinbarung sprechen sollen: Siehe Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.40.

⁶¹¹ Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.75.

⁶¹² Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.75.

solche Gebührenvereinbarungen.⁶¹³ Erfolgshonorare können demnach auch für die Tätigkeit in der Beratung, Begutachtung und Mediation vereinbart werden, da § 4a RVG i.S.v. § 49 II BRAO Erfolgshonorare auch für in § 34 RVG benannten Tätigkeitsfelder gestattet.⁶¹⁴

§ 3a I S.4 RVG stellt die in der Vergangenheit umstrittene Frage klar, dass Gebührenvereinbarungen i.S.d. § 34 RVG lediglich ein Unterfall der Vergütungsvereinbarung sind und kein rechtliches aliud darstellen. Die Regelungen sind damit, soweit sie nicht wie in § 3a I S.4 RVG ausdrücklich ausgeschlossen werden, auch auf Gebührenvereinbarungen anwendbar.⁶¹⁵

e. Fehlerhafte Vergütungsvereinbarungen⁶¹⁶

Soweit eine Erfolgshonorarvereinbarung nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht, gilt nach § 4b RVG Folgendes: „Aus einer Vergütungsvereinbarung, die nicht den Anforderungen des § 3a I S.1 und S.2 oder des § 4a I und II entspricht, kann der Rechtsanwalt keine höhere als die gesetzliche Vergütung fordern. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die ungerechtfertigte Bereicherung bleiben unberührt.“

Entgegen den Vorgaben des BVerfG hat der Gesetzgeber eine radikale Veränderung des Rechts der Vergütungsvereinbarung insgesamt vorgenommen: Bis zum 01.07.2008 war es jahrzehntelange bewährte Gesetzeslage, dass ein Mandant freiwillige und vorbehaltlose Zahlungen nach Beendigung des Mandats nicht mehr mit der Begründung zurückfordern konnte, die Formvorschriften der Vergütungsvereinbarung seien nicht eingehalten worden und eine höhere Vergütung als die gesetzliche sei dem-

⁶¹³ Kilian, NJW 2008, 1905, 1906.

⁶¹⁴ Kilian, NJW 2008, 1905, 1906.

⁶¹⁵ Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.75.

⁶¹⁶ Ausführlich bezüglich der einzelnen Voraussetzungen einer wirksamen Vergütung: Siehe Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.41 ff.

gemäß nicht geschuldet gewesen.⁶¹⁷

Es bleibt abzuwarten, ob § 814 BGB, auf welchen in § 4b RVG unter anderem verwiesen wird, dem Rechtsanwalt in Zukunft die gleiche Hilfestellung leistet wie die bisherigen Leistungen in § 4 RVG a.F. („freiwillige und vorbehaltlose Zahlungen“). In einer vergleichbaren Entscheidung des BGH⁶¹⁸ aus dem Jahr 2004 hatte dieser bereits klargestellt, dass eine Rückforderung von gezahltem Honorar durch den Auftraggeber bereits dann ausgeschlossen ist, wenn die Zahlung in Kenntnis des Umstandes erfolgt ist, dass eine höhere als die gesetzliche Vergütung gezahlt wurde und dass die Situation mit § 814 BGB vergleichbar sei.⁶¹⁹

Die Rechtsprechung wird ferner zu klären haben, ob und wann und in welchem Umfang der Erfolgshonoraranspruch wegen Fehlerhaftigkeit ganz oder teilweise entfällt;⁶²⁰ Gleiches gilt für eine eventuelle Nichtigkeit nach § 138 BGB oder eine Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.⁶²¹

f. Fazit und Praxisausblick

Die gesetzliche Neuregelung stellt an die Anwaltschaft nicht nur hohe Anforderungen, sondern stellt den einzelnen Rechtsanwalt auch stets vor die konkrete Frage, ob er sich auf das Risiko eines Erfolgshonorars einlassen will; maßgeblich für die Beurteilung dieser Frage kann nicht nur die Höhe des Honorars sein, das im Erfolgsfalle winkt, sondern auch das Risiko, ob sich das Erfolgshonorar bei eingetretenem Erfolg gerichtssicher durchsetzen lässt und wie hoch das Risiko von Rückforderungsansprü-

⁶¹⁷ Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.92.

⁶¹⁸ BGH NJW 2004, 2818 f.

⁶¹⁹ Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.92.

⁶²⁰ Der anwaltliche Geschäftsbesorgungsvertrag ist im Übrigen nicht unwirksam (OLG Düsseldorf, JurBüro 2004, 536; BGH NJW 1980, 2407). Er bleibt Rechtsgrund für die von einem Anwalt erbrachten Leistungen. Dem Rechtsanwalt bleibt vor allem sein Anspruch auf die gesetzlichen Gebühren (BGH NJW 2004, 1169 ff m.w.N.).

⁶²¹ Kleine-Cosack, BB 2008, 1406, 1409.

chen in nicht verjährter Zeit ist.⁶²² Mandanten, die ständiger erfolgreicher anwaltlicher Betreuung bedürfen, sind eher dazu geeignet, Vertragspartner von Erfolgshonorarvereinbarungen zu werden, als Mandanten, die darauf vertrauen, für den Rest ihres Lebens keiner anwaltlichen Hilfe mehr zu bedürfen.⁶²³

Durch die gesetzliche Neuregelung hat sich die Situation zu Lasten der Anwaltschaft aus den geschilderten Gründen entscheidend verschlechtert – bis zum Ablauf von 10 Jahren wird sich ein Rechtsanwalt Rückforderungsansprüchen seiner Klienten jedenfalls bis zur Höhe der gesetzlichen Vergütung gegenübersehen, wenn die Vergütungsvereinbarung nur kleinste Fehler⁶²⁴ aufweist.⁶²⁵

⁶²² Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.93.

⁶²³ Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.94.

⁶²⁴ Bezüglich Tipps zum Abschluss einer Erfolgshonorarvereinbarung siehe Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.95 f.

⁶²⁵ Teubel / Schons, Erfolgshonorar für Anwälte, S.94.

Gesetzestexte §§ 21- 32 b ZPO

§ 21 Besonderer Gerichtsstand der Niederlassung

(1) Hat jemand zum Betrieb einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von der aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, die auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gericht des Ortes erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.

(2) Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, die ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutznießer oder Pächter bewirtschaften, soweit diese Klagen die auf die Bewirtschaftung des Gutes sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.

§ 22 Besonderer Gerichtsstand der Mitgliedschaft

Das Gericht, bei dem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Vereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, die von ihnen oder von dem Insolvenzverwalter gegen die Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegeneinander erhoben werden.

§ 23 Besonderer Gerichtsstand des Vermögens und des Gegenstands

Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, die im Inland keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Bei Forderungen gilt als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderungen eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.

§ 23a (weggefallen)

§ 24 Ausschließlicher dinglicher Gerichtsstand

(1) Für Klagen, durch die das Eigentum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Teilungs- und Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Sache belegen ist.

(2) Bei den eine Grunddienstbarkeit, eine Reallast oder ein Vorkaufsrecht betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.

§ 25 Dinglicher Gerichtsstand des Sachzusammenhanges

In dem dinglichen Gerichtsstand kann mit der Klage aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld die Schuldklage, mit der Klage auf Umschreibung oder Löschung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind.

§ 26 Dinglicher Gerichtsstand für persönliche Klagen

In dem dinglichen Gerichtsstand können persönliche Klagen, die gegen den Eigentümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solche gerichtet werden, sowie Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks oder hinsichtlich der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstücks erhoben werden.

§ 27 Besonderer Gerichtsstand der Erbschaft

(1) Klagen, welche die Feststellung des Erbrechts, Ansprüche des Erben gegen einen Erbschaftsbesitzer, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen von Todes wegen, Pflichtteilsansprüche oder die Teilung der Erbschaft zum Gegenstand haben, können vor dem Gericht erhoben werden, bei dem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

(2) Ist der Erblasser ein Deutscher und hatte er zur Zeit seines Todes im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand, so können die im Absatz 1 bezeichneten Klagen vor dem Gericht erhoben werden, in dessen Bezirk der Erblasser seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte; wenn er einen solchen Wohnsitz nicht hatte, so gilt die Vorschrift des § 15 Abs. 1 Satz 2 entsprechend.

§ 28 Erweiterter Gerichtsstand der Erbschaft

In dem Gerichtsstand der Erbschaft können auch Klagen wegen anderer Nachlassverbindlichkeiten erhoben werden, solange sich der Nachlass noch ganz oder teilweise im Bezirk des Gerichts befindet oder die vorhandenen mehreren Erben noch als Gesamtschuldner haften.

§ 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts

(1) Für Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis und über dessen Bestehen ist das Gericht des Ortes zuständig, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

(2) Eine Vereinbarung über den Erfüllungsort begründet die Zuständigkeit nur, wenn die Vertragsparteien Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind.

§ 29a Ausschließlicher Gerichtsstand bei Miet- oder Pachträumen

(1) Für Streitigkeiten über Ansprüche aus Miet- oder Pachtverhältnissen über Räume oder über das Bestehen solcher Verhältnisse ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk sich die Räume befinden.

(2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden, wenn es sich um Wohnraum der in § 549 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs genannten Art handelt.

§ 29b (weggefallen)

§ 29c Besonderer Gerichtsstand für Haustürgeschäfte

(1) Für Klagen aus Haustürgeschäften (§ 312 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Verbraucher zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz, in Ermangelung eines solchen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für Klagen gegen den Verbraucher ist dieses Gericht ausschließlich zuständig.

(2) § 33 Abs. 2 findet auf Widerklagen der anderen Vertragspartei keine Anwendung.

(3) Eine von Absatz 1 abweichende Vereinbarung ist zulässig für den Fall, dass der Verbraucher nach Vertragsschluss seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes verlegt oder sein Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt ist.

§ 30 Gerichtsstand bei Bergungsansprüchen

Für Klagen wegen Ansprüchen aus Bergung nach dem Achten Abschnitt des Fünften Buches des Handelsgesetzbuchs gegen eine Person, die im Inland keinen Gerichtsstand hat, ist das Gericht zuständig, bei dem der Kläger im Inland seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

§ 31 Besonderer Gerichtsstand der Vermögensverwaltung

Für Klagen, die aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, ist das Gericht des Ortes zuständig, wo die Verwaltung geführt ist.

§ 32 Besonderer Gerichtsstand der unerlaubten Handlung

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist.

§ 32a Ausschließlicher Gerichtsstand der Umwelteinwirkung

Für Klagen gegen den Inhaber einer im Anhang 1 des Umwelthaftungsgesetzes genannten Anlage, mit denen der Ersatz eines durch eine Umwelteinwirkung verursachten Schadens geltend gemacht wird, ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Umwelteinwirkung von der Anlage ausgegangen ist. Dies gilt nicht, wenn die Anlage im Ausland belegen ist.

§ 32b Ausschließlicher Gerichtsstand bei falschen, irreführenden oder unterlassenen öffentlichen Kapitalmarktinformationen

(1 *) Für Klagen, mit denen

1. der Ersatz eines auf Grund falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen verursachten Schadens oder
2. ein Erfüllungsanspruch aus Vertrag, der auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruht,

geltend gemacht wird, ist das Gericht ausschließlich am Sitz des betroffenen Emittenten, des betroffenen Anbieters von sonstigen Vermögensanlagen oder der Zielgesellschaft zuständig. Dies gilt nicht, wenn sich dieser Sitz im Ausland befindet.

(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung die in Absatz 1 genannten Klagen einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zuzuweisen, sofern dies der sachlichen Förderung oder schnelleren Erledigung der Verfahren dienlich ist. Die Landesregierungen können diese Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

Gesetzestexte §§ 1 – 16 KapMuG

§ 1 Musterfeststellungsantrag

(1) Durch Musterfeststellungsantrag kann in einem erstinstanzlichen Verfahren, in dem

1. ein Schadensersatzanspruch wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation oder
2. ein Erfüllungsanspruch aus Vertrag, der auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruht,

geltend gemacht wird, die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen oder die Klärung von Rechtsfragen begehrt werden (Feststellungsziel), wenn die Entscheidung des Rechtsstreits hiervon abhängt. Der Musterfeststellungsantrag kann vom Kläger und vom Beklagten gestellt werden. Öffentliche Kapitalmarktinformationen sind für eine Vielzahl von Kapitalanlegern be-

stimmte Informationen über Tatsachen, Umstände, Kennzahlen und sonstige Unternehmensdaten, die einen Emittenten von Wertpapieren oder Anbieter von sonstigen Vermögensanlagen betreffen. Dies sind insbesondere Angaben in

1. Prospekten nach dem Wertpapierprospektgesetz,
2. Verkaufsprospekten nach dem Verkaufsprospektgesetz sowie dem Investmentgesetz,
3. Mitteilungen über Insiderinformationen im Sinne des § 15 des Wertpapierhandelsgesetzes,
4. Darstellungen, Übersichten, Vorträgen und Auskünften in der Hauptversammlung über die Verhältnisse der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu verbundenen Unternehmen im Sinne des § 400 Abs. 1 Nr. 1 des Aktiengesetzes,
5. Jahresabschlüssen, Lageberichten, Konzernabschlüssen, Konzernlageberichten sowie Halbjahresfinanzberichten des Emittenten, und in
6. Angebotsunterlagen im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes.

(2) Der Musterfeststellungsantrag ist bei dem Prozessgericht unter Angabe des Feststellungsziels und der öffentlichen Kapitalmarktinformation zu stellen. Er muss Angaben zu allen, zur Begründung des Feststellungsziels dienenden tatsächlichen und rechtlichen Umständen (Streitpunkte) enthalten und die Beweismittel bezeichnen, deren sich der Antragsteller zum Nachweis oder zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen bedienen will. Der Antragsteller hat darzulegen, dass der Entscheidung über den Musterfeststellungsantrag Bedeutung über den einzelnen Rechtsstreit hinaus für andere gleichgelagerte Rechtsstreitigkeiten zukommen kann. Dem Antragsgegner ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(3) Ein Musterfeststellungsantrag nach Absatz 1 Satz 1 ist unzulässig, wenn

1. der dem Musterfeststellungsantrag zugrunde liegende Rechtsstreit bereits entscheidungsreif ist,
2. der Musterfeststellungsantrag zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt ist,
3. das bezeichnete Beweismittel ungeeignet ist,
4. die Darlegungen des Antragstellers den Musterfeststellungsantrag nicht rechtfertigen oder
5. eine ausschließlich gestellte Rechtsfrage nicht klärungsbedürftig erscheint.

Unzulässige Musterfeststellungsanträge weist das Prozessgericht durch Beschluss zurück.

§ 2 Bekanntmachung im Klageregister

(1) Einen zulässigen Musterfeststellungsantrag macht das Prozessgericht im elektronischen Bundesanzeiger unter der Rubrik "Klageregister nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz" (Klageregister) öffentlich bekannt. Über die Bekanntmachung entscheidet das Prozessgericht durch Beschluss. Der Beschluss ist unanfechtbar. Die Bekanntmachung enthält nur die folgenden Angaben:

1. die vollständige Bezeichnung der beklagten Partei und ihres gesetzlichen Vertre-

ters,

2. die Bezeichnung des von dem Musterfeststellungsantrag betroffenen Emittenten von Wertpapieren oder Anbieters von sonstigen Vermögensanlagen,
3. die Bezeichnung des Prozessgerichts,
4. das Aktenzeichen des Prozessgerichts,
5. das Feststellungsziel des Musterfeststellungsantrags und
6. den Zeitpunkt der Bekanntmachung im Klageregister.

Musterfeststellungsanträge, deren Feststellungsziel den gleichen zugrunde liegenden Lebenssachverhalt betrifft (gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge), werden im Klageregister in der Reihenfolge ihrer Bekanntmachung erfasst. Musterfeststellungsanträge müssen dann nicht mehr im Klageregister öffentlich bekannt gemacht werden, wenn die Voraussetzungen zur Einleitung eines Musterverfahrens nach § 4 Abs. 1 Satz 1 bereits vorliegen.

(2) Die Einsicht in das Klageregister steht jedem unentgeltlich zu.

(3) Das Prozessgericht trägt die datenschutzrechtliche Verantwortung für die von ihm im Klageregister bekannt gemachten Daten, insbesondere für die Rechtmäßigkeit ihrer Erhebung, die Zulässigkeit ihrer Veröffentlichung und die Richtigkeit der Daten.

(4) Der Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers erstellt im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik ein Sicherheitskonzept für Bekanntmachungen im Klageregister, das insbesondere die nach § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen umfasst. Die Wirksamkeit der Maßnahmen ist in regelmäßigen Abständen unter Berücksichtigung der aktuellen technischen Entwicklungen zu überprüfen.

(5) Die im Klageregister gespeicherten Daten sind nach Zurückweisung des Musterfeststellungsantrags gemäß § 4 Abs. 4, anderenfalls nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens zu löschen.

(6) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Bestimmungen über Inhalt und Aufbau des Klageregisters, insbesondere über Eintragungen, Änderungen, Löschungen, Einsichtsrechte, Datensicherheit und Datenschutz zu treffen. Dabei sind Lösungsfristen vorzusehen sowie Vorschriften, die sicherstellen, dass die Bekanntmachungen

1. unverseht, vollständig und aktuell bleiben,
2. jederzeit ihrem Ursprung nach zugeordnet werden können.

§ 3 Unterbrechung des Verfahrens

Mit der Bekanntmachung des Musterfeststellungsantrags im Klageregister wird das Verfahren unterbrochen.

§ 4 Vorlage an das Oberlandesgericht

(1) Das Prozessgericht führt durch Beschluss eine Entscheidung des im Rechtszug überge-

ordneten Oberlandesgerichts über das Feststellungsziel gleichgerichteter Musterfeststellungsanträge (Musterentscheid) herbei, wenn

1. in dem Verfahren bei dem Prozessgericht der zeitlich erste Musterfeststellungsantrag gestellt wurde und
2. innerhalb von vier Monaten nach seiner Bekanntmachung in mindestens neun weiteren Verfahren bei demselben oder anderen Gerichten gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge gestellt wurden.

Der Vorlagebeschluss ist unanfechtbar und für das Oberlandesgericht bindend. Die zeitliche Reihenfolge der bei den Prozessgerichten gestellten Musterfeststellungsanträge bestimmt sich nach der Bekanntmachung im Klageregister.

(2) Der Vorlagebeschluss hat zu enthalten:

1. das Feststellungsziel,
2. alle geltend gemachten Streitpunkte, soweit sie entscheidungserheblich sind,
3. die bezeichneten Beweismittel und
4. eine knappe Darstellung des wesentlichen Inhalts der erhobenen Ansprüche und der dazu vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel.

(3) Das Prozessgericht macht im Klageregister den Erlass und das Datum des Vorlagebeschlusses öffentlich bekannt.

(4) Ist seit Bekanntmachung des jeweiligen Musterfeststellungsantrags innerhalb von vier Monaten nicht die für die Vorlage an das Oberlandesgericht erforderliche Anzahl gleichgerichteter Anträge bei dem Prozessgericht gestellt worden, weist das Prozessgericht den Antrag zurück und setzt das Verfahren fort.

(5) Sind in einem Land mehrere Oberlandesgerichte errichtet, so können die Musterentscheide, für die nach Absatz 1 die Oberlandesgerichte zuständig sind, von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung einem der Oberlandesgerichte oder dem Obersten Landesgericht zugewiesen werden, sofern dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienlich ist. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen. Durch Staatsverträge zwischen Ländern kann die Zuständigkeit eines Oberlandesgerichts für einzelne Bezirke oder das gesamte Gebiet mehrerer Länder begründet werden.

§ 5 Sperrwirkung des Vorlagebeschlusses

Mit Erlass des Vorlagebeschlusses ist die Einleitung eines weiteren Musterverfahrens für die gemäß § 7 auszusetzenden Verfahren unzulässig.

§ 6 Bekanntmachung des Musterverfahrens

Nach Eingang des Vorlagebeschlusses macht das Oberlandesgericht im Klageregister öffentlich bekannt:

1. die namentliche Bezeichnung des Musterklägers und seines gesetzlichen Vertreters (§ 8 Abs. 1 Nr. 1),

2. die vollständige Bezeichnung des Musterbeklagten und seines gesetzlichen Vertreters (§ 8 Abs. 1 Nr. 2),
3. das Feststellungsziel des Musterverfahrens,
4. das Aktenzeichen des Oberlandesgerichts und
5. den Inhalt des Vorlagebeschlusses.

Das Oberlandesgericht trägt die datenschutzrechtliche Verantwortung entsprechend § 2 Abs. 3.

§ 7 Aussetzung

(1) Nach der Bekanntmachung des Musterverfahrens im Klageregister durch das Oberlandesgericht setzt das Prozessgericht von Amts wegen alle bereits anhängigen oder bis zum Erlass des Musterentscheids noch anhängig werdenden Verfahren aus, deren Entscheidung von der im Musterverfahren zu treffenden Feststellung oder der im Musterverfahren zu klärenden Rechtsfrage abhängt. Das gilt unabhängig davon, ob in dem Verfahren ein Musterfeststellungsantrag gestellt wurde. Die Parteien sind anzuhören, es sei denn, dass sie darauf verzichtet haben. Der Aussetzungsbeschluss ist nicht anfechtbar.

(2) Das Prozessgericht hat das das Musterverfahren führende Oberlandesgericht unverzüglich über die Aussetzung unter Angabe der Höhe des Anspruchs, soweit er Gegenstand des Musterverfahrens ist, zu unterrichten.

§ 8 Beteiligte des Musterverfahrens

(1) Beteiligte des Musterverfahrens sind:

1. der Musterkläger,
2. der Musterbeklagte,
3. die Beigeladenen.

(2) Das Oberlandesgericht bestimmt nach billigem Ermessen durch Beschluss den Musterkläger aus den Klägern bei dem Gericht, das den Musterentscheid einholt. Zu berücksichtigen sind

1. die Höhe des Anspruchs, soweit er Gegenstand des Musterverfahrens ist, und
2. eine Verständigung mehrerer Kläger auf einen Musterkläger.

Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

(3) Die Kläger und Beklagten der übrigen ausgesetzten Verfahren sind zu dem Musterverfahren beizuladen. Der Aussetzungsbeschluss gilt als Beiladung im Musterverfahren. Mit dem Aussetzungsbeschluss unterrichtet das Prozessgericht die Beigeladenen darüber,

1. dass die anteiligen Kosten des Musterverfahrens zu den Kosten des Prozessverfahrens gehören, und
2. dass dies nach § 17 Satz 4 nicht gilt, wenn die Klage innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung des Aussetzungsbeschlusses in der Hauptsache zurückgenommen wird.

§ 9 Allgemeine Verfahrensregeln

(1) Auf das Musterverfahren sind die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung entsprechend anzuwenden, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist. Die §§ 278, 348 bis 350, 379 der Zivilprozessordnung finden keine Anwendung. In Beschlüssen müssen die Beigeladenen nicht bezeichnet werden.

(2) Die Zustellung von Terminladungen an Beigeladene kann durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden. Die öffentliche Bekanntmachung wird durch Eintragung in das Klageregister bewirkt. Zwischen öffentlicher Bekanntmachung und Terminstag müssen mindestens vier Wochen liegen.

(3) Die Bundesregierung und die Landesregierungen können für ihren Bereich durch Rechtsverordnung den Zeitpunkt bestimmen, von dem an im Musterverfahren elektronische Akten geführt werden, sowie die hierfür geltenden organisatorisch-technischen Rahmenbedingungen für die Bildung, Führung und Aufbewahrung der elektronischen Akten. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

(4) Die Bundesregierung und die Landesregierungen können für ihren Bereich durch Rechtsverordnung bestimmen, dass im Musterverfahren Schriftsätze als elektronische Dokumente bei Gericht einzureichen sind, Empfangsbekanntnisse als elektronische Dokumente zurückzusenden sind und dass die Beteiligten dafür Sorge zu tragen haben, dass ihnen elektronische Dokumente durch das Gericht zugestellt werden können. Die Rechtsverordnung regelt die für die Bearbeitung der Dokumente geeignete Form. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

§ 10 Vorbereitung des Termins

Zur Vorbereitung des Termins kann der Vorsitzende oder ein von ihm bestimmtes Mitglied des Senats den Beigeladenen die Ergänzung des Schriftsatzes des Musterklägers oder des Musterbeklagten aufgeben, insbesondere eine Frist zur Erklärung über bestimmte klärungsbedürftige Streitpunkte setzen. Die Ergänzungen der Beigeladenen in ihren vorbereitenden Schriftsätzen werden dem Musterkläger und dem Musterbeklagten mitgeteilt. Schriftsätze der Beigeladenen werden den übrigen Beigeladenen nicht mitgeteilt. Schriftsätze des Musterklägers und des Musterbeklagten werden den Beigeladenen nur mitgeteilt, wenn sie dies gegenüber dem Senat schriftlich beantragt haben.

§ 11 Wirkung von Rücknahmen

(1) Eine Rücknahme des Musterfeststellungsantrags hat auf die Stellung als Musterkläger oder Musterbeklagter keinen Einfluss.

(2) Nimmt der Musterkläger im Laufe des Musterverfahrens seine Klage in der Hauptsache zurück, so bestimmt das Gericht einen neuen Musterkläger. Das Gleiche gilt im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Musterklägers sowie in den Fällen

seines Todes, des Verlustes der Prozessfähigkeit, des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters, der Anordnung einer Nachlassverwaltung oder des Eintritts der Nacherbfolge, wenn der Prozessbevollmächtigte des Musterklägers die Aussetzung des Musterverfahrens beantragt. Die Klagerücknahme von Beigeladenen hat auf den Fortgang des Musterverfahrens keinen Einfluss.

§ 12 Rechtsstellung des Beigeladenen

Der Beigeladene muss das Musterverfahren in der Lage annehmen, in der es sich zur Zeit seiner Beiladung befindet; er ist berechtigt, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, soweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen seiner Hauptpartei (Musterkläger oder Musterbeklagter) in Widerspruch stehen.

§ 13 Erweiterung des Gegenstandes des Musterverfahrens

(1) Im Rahmen des Feststellungsziels des Musterverfahrens können der Musterkläger, der Musterbeklagte und die Beigeladenen bis zum Abschluss des Musterverfahrens die Feststellung weiterer Streitpunkte begehren, wenn die Entscheidung ihres Rechtsstreits davon abhängt und das Prozessgericht dies für sachdienlich erachtet.

(2) Die Erweiterung des Vorlagebeschlusses durch das Prozessgericht ist unanfechtbar und für das Oberlandesgericht bindend.

(3) Das Oberlandesgericht macht den erweiterten Vorlagebeschluss im Klageregister öffentlich bekannt. § 6 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 14 Musterentscheid

(1) Das Oberlandesgericht erlässt aufgrund mündlicher Verhandlung den Musterentscheid durch Beschluss. Die Beigeladenen müssen nicht im Rubrum des Musterentscheids bezeichnet werden. Der Musterentscheid wird dem Musterkläger und dem Musterbeklagten zugestellt; den Beigeladenen wird er formlos mitgeteilt. Die Mitteilungen einschließlich der Zustellung an den Musterkläger und den Musterbeklagten können durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden. § 9 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

(2) Die Entscheidung über die im Musterverfahren angefallenen Kosten bleibt den Prozessgerichten der ausgesetzten Verfahren vorbehalten.

(3) Die §§ 91a und 306 der Zivilprozessordnung finden auf das Musterverfahren keine Anwendung. Ein vergleichsweiser Abschluss des Musterverfahrens ist ausgeschlossen, sofern dem Vergleich nicht alle Beteiligten (§ 8 Abs. 1) zustimmen.

§ 15 Rechtsbeschwerde

(1) Gegen den Musterentscheid findet die Rechtsbeschwerde statt. Die Sache hat stets grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 574 Abs. 2 Nr. 1 der Zivilprozessordnung. Die Rechtsbeschwerde kann nicht darauf gestützt werden, dass das Prozessgericht nach § 4

Abs. 1 zu Unrecht einen Musterentscheid eingeholt hat. Beschwerdeberechtigt sind alle Beteiligten (§ 8 Abs. 1).

(2) Das Rechtsbeschwerdegericht teilt den Beigeladenen des Musterverfahrens den Eingang einer Rechtsbeschwerde mit, wenn diese an sich statthaft ist und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt wurde. Diese können binnen einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung dieser Mitteilung dem Rechtsbeschwerdeverfahren beitreten. Die Zustellung der Mitteilung kann durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden; § 9 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend. Der Beitrittschriftsatz ist binnen einer Frist von einem Monat zu begründen. Die Frist beginnt mit der Zustellung der Mitteilung über den Eingang der Rechtsbeschwerde nach Satz 1; § 551 Abs. 2 Satz 5 und 6 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend. Lehnt der Beigeladene den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht innerhalb der in Satz 2 genannten Frist, so wird das Musterverfahren vor dem Rechtsbeschwerdegericht ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt. Auf die Rechtsstellung des Beigeladenen, der dem Rechtsbeschwerdeverfahren beigetreten ist, findet § 12 entsprechende Anwendung.

(3) Legt der Musterkläger Rechtsbeschwerde gegen den Musterentscheid ein, so führt er das Musterverfahren als Musterrechtsbeschwerdeführer in der Rechtsbeschwerdeinstanz fort. Nimmt der Musterkläger seine Rechtsbeschwerde zurück, so bestimmt das Rechtsbeschwerdegericht entsprechend § 11 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 einen neuen Musterrechtsbeschwerdeführer aus dem Kreis der Beigeladenen, die dem Rechtsbeschwerdeverfahren beigetreten sind, es sei denn, dass diese ebenfalls auf die Fortführung der Rechtsbeschwerde verzichten.

(4) Legt nicht der Musterkläger, sondern einer oder mehrere der Beigeladenen Rechtsbeschwerde gegen den Musterentscheid ein, so wird derjenige Beigeladene, welcher als erster das Rechtsmittel eingelegt hat, zum Musterrechtsbeschwerdeführer vom Rechtsbeschwerdegericht bestimmt. Absatz 2 Satz 1 findet in Ansehung des Musterklägers und des Musterbeklagten entsprechende Anwendung.

(5) Legt der Musterbeklagte Rechtsbeschwerde gegen den Musterentscheid ein, so ist Musterrechtsbeschwerdegegner der vom Oberlandesgericht bestimmte Musterkläger. § 574 Abs. 4 Satz 1 der Zivilprozessordnung findet auf die Beigeladenen entsprechende Anwendung.

§ 16 Wirkung des Musterentscheids

(1) Der Musterentscheid bindet die Prozessgerichte, deren Entscheidung von der im Musterverfahren getroffenen Feststellung oder der im Musterverfahren zu klärenden Rechtsfrage abhängt. Der Beschluss ist der Rechtskraft insoweit fähig, als über den Streitgegenstand des Musterverfahrens entschieden ist. Unbeschadet von Absatz 2 wirkt der Musterentscheid für und gegen alle Beigeladenen des Musterverfahrens unabhängig davon, ob der Beigeladene selbst alle Streitpunkte ausdrücklich geltend gemacht hat. Dies gilt auch dann, wenn der Beigeladene seine Klage in der Hauptsache zurückgenommen hat. Mit der Einreichung des rechtskräftigen Musterentscheids durch einen Beteiligten des Musterverfahrens wird das Verfahren in der Hauptsache wieder aufgenommen.

(2) Nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens werden die Beigeladenen in ihren Rechtsstreiten gegenüber dem Gegner mit der Behauptung, dass die Hauptpartei das Musterverfahren mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als sie durch die Lage des Musterverfahrens zur Zeit ihrer Beiladung oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden sind, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihnen unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

(3) Der Musterentscheid wirkt auch für und gegen die Beigeladenen, die dem Rechtsbeschwerdeverfahren nicht beigetreten sind.

Gesetzestexte §§ 111 b – 111 h StPO

§ 111b

(1) Gegenstände können durch Beschlagnahme nach § 111c sichergestellt werden, wenn Gründe für die Annahme vorhanden sind, daß die Voraussetzungen für ihren Verfall oder ihre Einziehung vorliegen. § 94 Abs. 3 bleibt unberührt.

(2) Sind Gründe für die Annahme vorhanden, daß die Voraussetzungen des Verfalls von Wertersatz oder der Einziehung von Wertersatz vorliegen, kann zu deren Sicherung nach § 111d der dingliche Arrest angeordnet werden.

(3) Liegen dringende Gründe nicht vor, so hebt das Gericht die Anordnung der in Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 genannten Maßnahmen spätestens nach sechs Monaten auf. Begründen bestimmte Tatsachen den Tatverdacht und reicht die in Satz 1 bezeichnete Frist wegen der besonderen Schwierigkeit oder des besonderen Umfangs der Ermittlungen oder wegen eines anderen wichtigen Grundes nicht aus, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Maßnahme verlängern, wenn die genannten Gründe ihre Fortdauer rechtfertigen. Ohne Vorliegen dringender Gründe darf die Maßnahme über zwölf Monate hinaus nicht aufrechterhalten werden.

(4) Die §§ 102 bis 110 gelten entsprechend.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend, soweit der Verfall nur deshalb nicht angeordnet werden kann, weil die Voraussetzungen des § 73 Abs. 1 Satz 2 des Strafgesetzbuches vorliegen.

§ 111c

(1) Die Beschlagnahme einer beweglichen Sache wird in den Fällen des § 111b dadurch be-

wirkt, daß die Sache in Gewahrsam genommen oder die Beschlagnahme durch Siegel oder in anderer Weise kenntlich gemacht wird.

(2) Die Beschlagnahme eines Grundstückes oder eines Rechtes, das den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegt, wird dadurch bewirkt, daß ein Vermerk über die Beschlagnahme in das Grundbuch eingetragen wird. Die Vorschriften des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung über den Umfang der Beschlagnahme bei der Zwangsversteigerung gelten entsprechend.

(3) Die Beschlagnahme einer Forderung oder eines anderen Vermögensrechtes, das nicht den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegt, wird durch Pfändung bewirkt. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte sind insoweit sinngemäß anzuwenden. Mit der Beschlagnahme ist die Aufforderung zur Abgabe der in § 840 Abs. 1 der Zivilprozeßordnung bezeichneten Erklärungen zu verbinden.

(4) Die Beschlagnahme von Schiffen, Schiffsbauwerken und Luftfahrzeugen wird nach Absatz 1 bewirkt. Bei solchen Schiffen, Schiffsbauwerken und Luftfahrzeugen, die im Schiffsregister, Schiffsbauregister oder Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen eingetragen sind, ist die Beschlagnahme im Register einzutragen. Nicht eingetragene, aber eintragungsfähige Schiffsbauwerke oder Luftfahrzeuge können zu diesem Zweck zur Eintragung angemeldet werden; die Vorschriften, die bei der Anmeldung durch eine Person, die auf Grund eines vollstreckbaren Titels eine Eintragung in das Register verlangen kann, anzuwenden sind, gelten hierbei entsprechend.

(5) Die Beschlagnahme eines Gegenstandes nach den Absätzen 1 bis 4 hat die Wirkung eines Veräußerungsverbot im Sinne des § 136 des Bürgerlichen Gesetzbuches; das Verbot umfaßt auch andere Verfügungen als Veräußerungen.

(6) Eine beschlagnahmte bewegliche Sache kann dem Betroffenen

1. gegen sofortige Erlegung des Wertes zurückgegeben oder
2. unter dem Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs zur vorläufigen weiteren Benutzung bis zum Abschluß des Verfahrens überlassen

werden. Der nach Satz 1 Nr. 1 erlegte Betrag tritt an die Stelle der Sache. Die Maßnahme nach Satz 1 Nr. 2 kann davon abhängig gemacht werden, daß der Betroffene Sicherheit leistet oder bestimmte Auflagen erfüllt.

§ 111d

(1) Wegen des Verfalls oder der Einziehung von Wertersatz, wegen einer Geldstrafe oder der voraussichtlich entstehenden Kosten des Strafverfahrens kann der dingliche Arrest angeordnet werden. Wegen einer Geldstrafe und der voraussichtlich entstehenden Kosten darf der Arrest erst angeordnet werden, wenn gegen den Beschuldigten ein auf Strafe lautendes Urteil ergangen ist. Zur Sicherung der Vollstreckungskosten sowie geringfügiger Beträge ergeht kein Arrest.

(2) Die §§ 917 und 920 Abs. 1 sowie die §§ 923, 928, 930 bis 932, 934 Abs. 1 der Zivilprozessordnung gelten sinngemäß.

(3) Ist der Arrest wegen einer Geldstrafe oder der voraussichtlich entstehenden Kosten angeordnet worden, so ist eine Vollziehungsmaßnahme auf Antrag des Beschuldigten aufzuheben, soweit der Beschuldigte den Pfandgegenstand zur Aufbringung der Kosten seiner Verteidigung, seines Unterhalts oder des Unterhalts seiner Familie benötigt.

§ 111e

(1) Zu der Anordnung der Beschlagnahme (§ 111c) und des Arrestes (§ 111d) ist nur das Gericht, bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft befugt. Zur Anordnung der Beschlagnahme einer beweglichen Sache (§ 111c Abs. 1) sind bei Gefahr im Verzuge auch die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) befugt.

(2) Hat die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme oder den Arrest angeordnet, so beantragt sie innerhalb einer Woche die gerichtliche Bestätigung der Anordnung. Dies gilt nicht, wenn die Beschlagnahme einer beweglichen Sache angeordnet ist. Der Betroffene kann in allen Fällen jederzeit die Entscheidung des Gerichts beantragen.

(3) Der Vollzug der Beschlagnahme und des Arrestes ist dem durch die Tat Verletzten, soweit er bekannt ist oder im Verlauf des Verfahrens bekannt wird, unverzüglich durch die Staatsanwaltschaft mitzuteilen.

(4) Die Mitteilung kann durch einmalige Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger erfolgen, wenn eine Mitteilung gegenüber jedem einzelnen Verletzten mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden wäre oder wenn zu vermuten ist, dass noch unbekanntes Verletzte aus der Tat Ansprüche erwachsen sind. Zusätzlich kann die Mitteilung auch in anderer geeigneter Weise veröffentlicht werden. Personendaten dürfen nur veröffentlicht werden, soweit ihre Angabe unerlässlich ist, um den Verletzten zur Durchsetzung ihrer Ansprüche den Zugriff auf die gesicherten Vermögenswerte zu ermöglichen. Nach Beendigung der Sicherungsmaßnahmen veranlasst die Staatsanwaltschaft die Löschung der im elektronischen Bundesanzeiger vorgenommenen Veröffentlichung.

§ 111f

(1) Die Durchführung der Beschlagnahme (§ 111c) obliegt der Staatsanwaltschaft, bei beweglichen Sachen (§ 111c Abs. 1) auch deren Ermittlungspersonen. § 98 Abs. 4 gilt entsprechend.

(2) Die erforderlichen Eintragungen in das Grundbuch sowie in die in § 111c Abs. 4 genannten Register werden auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts bewirkt, welches die Beschlagnahme angeordnet hat. Entsprechendes gilt für die in § 111c Abs. 4 erwähnten Anmeldungen.

(3) Soweit ein Arrest nach den Vorschriften über die Pfändung in bewegliche Sachen zu vollziehen ist, kann dies durch die in § 2 der Justizbeitreibungsordnung bezeichnete Behörde, den Gerichtsvollzieher, die Staatsanwaltschaft oder durch deren Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) bewirkt werden. Absatz 2 gilt entsprechend. Für die Anordnung der Pfändung eines eingetragenen Schiffes oder Schiffsbauwerkes sowie für die Pfändung einer Forderung aufgrund des Arrestes gemäß § 111d ist die Staatsanwaltschaft oder auf deren Antrag das Gericht, das den Arrest angeordnet hat, zuständig.

(4) Für die Zustellung gilt § 37 Abs. 1 mit der Maßgabe, dass auch die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) mit der Ausführung beauftragt werden können.

(5) Gegen Maßnahmen, die in Vollziehung der Beschlagnahme oder des Arrestes getroffen werden, kann der Betroffene jederzeit die Entscheidung des Gerichts beantragen.

§ 111g

(1) Die Beschlagnahme eines Gegenstandes nach § 111c und die Vollziehung des Arrestes nach § 111d wirken nicht gegen eine Verfügung des Verletzten, die auf Grund eines aus der Straftat erwachsenen Anspruches im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt.

(2) Die Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung nach Absatz 1 bedarf der Zulassung durch das Gericht, das für die Anordnung der Beschlagnahme (§ 111c) oder des Arrestes (§ 111d) zuständig ist. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß, der von der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten und dem Verletzten mit sofortiger Beschwerde angefochten werden kann. Die Zulassung ist zu versagen, wenn der Verletzte nicht glaubhaft macht, daß der Anspruch aus der Straftat erwachsen ist. § 294 der Zivilprozeßordnung ist anzuwenden.

(3) Das Veräußerungsverbot nach § 111c Abs. 5 gilt vom Zeitpunkt der Beschlagnahme an auch zugunsten von Verletzten, die während der Dauer der Beschlagnahme in den beschlagnahmten Gegenstand die Zwangsvollstreckung betreiben oder den Arrest vollziehen. Die Eintragung des Veräußerungsverbotes im Grundbuch zugunsten des Staates gilt für die Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches auch als Eintragung zugunsten solcher Verletzter, die während der Dauer der Beschlagnahme als Begünstigte aus dem Veräußerungsverbot in das Grundbuch eingetragen werden. Der Nachweis, daß der Anspruch aus der Straftat erwachsen ist, kann gegenüber dem Grundbuchamt durch Vorlage des Zulassungsbeschlusses geführt werden. Die Sätze 2 und 3 gelten sinngemäß für das Veräußerungsverbot bei den in § 111c Abs. 4 genannten Schiffen, Schiffsbauwerken und Luftfahrzeugen. Die Wirksamkeit des Veräußerungsverbotes zugunsten des Verletzten wird durch die Aufhebung der Beschlagnahme nicht berührt. Die Sätze 1 und 5 gelten entsprechend für die Wirkung des Pfandrechts, das durch die Vollziehung eines Arrestes (§ 111d) in das bewegliche Vermögen entstanden ist.

(4) Unterliegt der Gegenstand, der beschlagnahmt oder aufgrund des Arrestes gepfändet worden ist, aus anderen als den in § 73 Abs. 1 Satz 2 des Strafgesetzbuches bezeichneten Gründen nicht dem Verfall oder ist die Zulassung zu Unrecht erfolgt, so ist der Verletzte Dritten zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der ihnen dadurch entsteht, daß das Veräußerungsverbot nach Absatz 3 zu seinen Gunsten gilt.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend, wenn der Verfall eines Gegenstandes angeordnet, die Anordnung aber noch nicht rechtskräftig ist. Sie gelten nicht, wenn der Gegenstand der Einziehung unterliegt.

§ 111h

(1) Betreibt der Verletzte wegen eines aus der Straftat erwachsenen Anspruches die Zwangsvollstreckung oder vollzieht er einen Arrest in ein Grundstück, in welches ein Arrest nach § 111d vollzogen ist, so kann er verlangen, daß die durch den Vollzug dieses Arrestes begründete Sicherheitshypothek hinter seinem Recht im Rang zurücktritt. Der dem vortretenden Recht eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß der Arrest aufgehoben wird. Die Zustimmung des Eigentümers zur Rangänderung ist nicht erforderlich. Im übrigen ist § 880 des Bürgerlichen Gesetzbuches sinngemäß anzuwenden.

(2) Die Rangänderung bedarf der Zulassung durch den Richter, der für den Arrest (§ 111d) zuständig ist. § 111g Abs. 2 Satz 2 bis 4 und Abs. 3 Satz 3 ist entsprechend anzuwenden.

(3) Ist die Zulassung zu Unrecht erfolgt, so ist der Verletzte Dritten zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der ihnen durch die Rangänderung entsteht.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend, wenn der Arrest nach § 111d in ein Schiff, Schiffsbauwerk oder Luftfahrzeug im Sinne des § 111c Abs. 4 Satz 2 vollzogen ist.