



SCHIRP & PARTNER
Rechtsanwälte und Notarin

Schirp & Partner Rechtsanwälte mbB · Leipziger Platz 9 · 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
Herrn Dr. Wieckhorst
per E-Mail an RA2@bmj.bund.de

Berlin, 31. Januar 2024

**Unsere Reg.-Nr.: 000426-02/rawos
(bitte stets angeben)**

**Stellungnahme zum Referentenentwurf eines
Zweiten Gesetzes zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes
(KapMuG); Ihr Zeichen: 724007#00001#005**

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Herr Dr. Wieckhorst,

vielen Dank für die Gelegenheit, zum Referentenentwurf eines
Zweiten Gesetzes zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG) Stellung nehmen zu können. Wir begrüßen
es sehr, dass der Gesetzgeber eine Modifikation des KapMuG anstrebt, durch die die Rechtsschutzmöglichkeiten für Kapitalanleger
verbessert werden sollen.

1. Wer wird sind

Wir sind eine Anwaltskanzlei, die auf Bank- und Kapitalmarktrecht
spezialisiert ist. Innerhalb dieses Rechtsgebietes widmen wir uns
vorrangig der Vertretung der Anlegerseite.

DR. WOLFGANG SCHIRP

Rechtsanwalt · Fachanwalt
für Bank- und Kapitalmarktrecht

DR. SUSANNE SCHMIDT-MORSBACH

Diplôme de Droit Français (Grenoble)
Rechtsanwältin · Mediatorin · Fachanwältin
für Bank- und Kapitalmarktrecht,
für Handels- und Gesellschaftsrecht

ANTJE RADTKE-RIEGER, LL.M. (Wellington)

Rechtsanwältin

ANNE WENZELEWSKI

Rechtsanwältin und Notarin · Fachanwältin
für Steuerrecht

CHRISTIAN WINKHAUS

bis 2010 abogado inscrito (Madrid)
Rechtsanwalt · Fachanwalt
für Arbeitsrecht

ALEXANDRA BINIA

Rechtsanwältin · Fachanwältin
für Bank- und Kapitalmarktrecht

PROF. DR. KAI-OLIVER KNOPS

Univ.-Prof., Hamburg · Of Counsel

PABLO S. SOLAR

Rechtsanwalt · Of Counsel

In Bürogemeinschaft mit:

CHRISTIAN NAUNDORF

Rechtsanwalt, Dr. rer. nat. · Fachanwalt
für Versicherungsrecht

Schirp & Partner Rechtsanwälte mbB
Leipziger Platz 9
10117 Berlin

Tel: +49 (0)30 327 617-0
Fax: +49 (0)30 327 617-17

E-Mail: mail@schirp.com
Twitter: @KanzleiSchirp
Web: www.schirp.com

Bank Commerzbank Berlin
IBAN DE91 1004 0000 0503 3337 00
BIC COBADEFFXXX



Seit das KapMuG existiert, nutzen wir aktiv dessen Möglichkeiten. Der erste deutsche Gerichtsbeschluss, durch den Feststellungsanträgen nach dem KapMuG stattgegeben wurde, wurde von unserer Kanzlei erwirkt (damals zum LBB-Fonds 13). Bis zum heutigen Tage haben wir mehr als drei Dutzend KapMuG-Verfahren verantwortlich geführt, zuletzt zum Immobilienfonds Hamburg Trust Finest Selection 2 (OLG Hamburg, Beschluss vom 12.01.2024 – 13 Kap2/22). Wir sind daher mit den Stärken und Schwächen dieses Instruments aus der praktischen Anwendung heraus gut vertraut.

2. Die Schwächen des KapMuG in seiner bisherigen Form

Das KapMuG in seiner bisherigen Form krankt daran, dass die Verfahren bei weitem zu lange dauern. Das KapMuG-Verfahren in Sachen TELEKOM fand erst im 19. Jahr seine Erledigung, und dies auch nur deshalb, weil die TELEKOM AG schlussendlich zu einer einvernehmlichen Einigung bereit war. Die KapMuG-Verfahren der beiden VIP-Medienfonds dauern auch nach 18 Jahren Verfahrensdauer weiter an; ein Ende ist derzeit nicht absehbar. Verfahrensdauern von mehr als 10 Jahren sind generell keine Seltenheit. Dies führt dazu, dass viele Kläger und Beigeladene bereits verstorben sind, wenn „ihr“ Verfahren zur Entscheidung gelangt.

Hinzu kommt als weitere Schwäche des KapMuG, dass dieses nicht zur Schaffung vollstreckbarer Titel führt, ja nicht einmal zur Schaffung generalisierender Maßstäbe für die Schadensberechnung. Dies bedeutet im Ergebnis, dass die Geschädigten dann, wenn die Beklagtenseite sich hartnäckig einer einvernehmlichen Lösung verweigert, selbst nach erfolgreichem Durchlaufen des KapMuG im Anschluss in einem separaten Verfahren einen vollstreckbaren Zahlungstitel beschaffen muss.

Hierin liegt zugleich eine strukturelle Benachteiligung der Klägerseite, für die eine Rechtfertigung nicht ersichtlich ist:

- Die Beklagtenseite hat abschließend gewonnen, wenn sie das KapMuG-Verfahren für sich entscheidet (d.h., keine Feststellungen zu ihrem Nachteil getroffen worden sind).
- Hingegen hat die Klägerseite mit erfolgreichem Abschluss des KapMuG-Verfahrens (d.h., Feststellungen zum Nachteil der Beklagten wurden getroffen) noch nichts erreicht, sondern sie muss in eine „zweite Runde“ gehen.



3. **Aktuell: KapMuG-Verfahren Wirecard AG, vor allem gegen Ernst & Young (EY)**

Die Schwächen des KapMuG werden anlässlich des derzeit prominentesten Verfahrens dieser Art wie unter einem Vergrößerungsglas besonders deutlich. Dies ist das KapMuG-Verfahren in Sachen Wirecard AG, Az. 101 Kap1/22 des Bayerischen Obersten Landesgerichts.

Dieses Verfahren richtet sich gegen mehrere Beteiligte. Dabei ist unter ökonomischen Aspekten jedoch vor allem eine der Musterbeklagten von Bedeutung. Dies ist die Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (EY), die Deutschland-Tochter einer der größten Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsgesellschaften der Welt. Mit der erfolgreichen Durchführung des Verfahrens gegen diese Musterbeklagte wird der ökonomische Erfolg der Musterkläger „stehen oder fallen“; denn allein diese Musterbeklagte wird absehbar zur Befriedigung der Ansprüche einer Vielzahl der Kläger in der Lage sein; alle anderen Musterbeklagten sind es hingegen nicht.

Die Fähigkeit von EY; eine Vielzahl von Klägern zu befriedigen, wird jedoch bei einer Verfahrensdauer von mehr als 10 Jahren in doppelter Hinsicht in Frage gestellt:

- Erstens hat der Wirecard-Skandal zu einem erheblichen Reputationsschaden bei EY geführt. Dies hat zur Folge, dass die aufgrund der Zwangsrotation der Prüferbestellung entfallenden DAX-Mandate nicht mehr ersetzt werden können (instruktiv dazu Handelsblatt vom 12.01.2024, „EY fällt zurück“, Titelblatt und Seite 22 f.). Das Gleiche gilt für andere Schlüsselmandate, die über die Marktgeltung der großen Prüfunternehmen entscheiden; auch hier kann EY verlorengelassene Mandate derzeit nicht ersetzen. Wird EY über eine Reihe von Jahren in dieser Weise geschwächt, so wird dies nicht ohne Auswirkungen auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bleiben.
- Zweitens besteht bei einem hochprofessionell geführten und weltweit aufgestellten Beratungsunternehmen wie EY stets die Gefahr, dass Umstrukturierungen stattfinden, die den Gläubigern Haftungsmasse entziehen können. So wurde unter dem Arbeitstitel „Project Everest“ eine Abspaltung des Beratungs- vom Prüfungsgeschäft geprüft, gefolgt von einem Börsengang der Beratungssparte und einer Sonderausschüttung der dadurch erzielten Erlöse an die Bestandspartner. Zwar liegt dieses Projekt vorerst für unbestimmte Zeit auf Eis; wird es jedoch zukünftig durchgeführt, so wird sich die Haftungsmasse, die Gläubigern des Prüfungsunternehmens zur Verfügung steht, bedeutend vermindern.



Das bedeutet: Bei einem Gegner wie EY ist die Gefahr besonders groß, dass eine überlange Verfahrensdauer die Musterkläger nicht nur entmutigt und ihnen den Rechtsschutz unangemessen erschwert, sondern dass der Rechtsschutz aufgrund ökonomischer „Entleerung“ des Haftungsgegners faktisch leerläuft. Einfacher und kürzer gesagt: Die Kläger werden schlicht und einfach zu spät kommen, es wird nichts mehr übrig sein.

4. Überlange Verfahrensdauer: Im Referentenentwurf nicht wirksam adressiert

Bedauerlicherweise gelingt es im RefE nicht, das Problem der überlangen Verfahrensdauer wirksam zu adressieren.

Zwar ist zu begrüßen, dass die bislang in § 8 KapMuG vorgesehene zwingende Aussetzung aller anhängigen Klageverfahren im RefE nicht mehr enthalten ist. Dies ist eindeutig ein Schritt in die richtige Richtung und räumt mit dem derzeitigen Mißstand auf, dass auch Kläger, die aus eigener Tasche umfangreiche Prozesskosten zwecks Durchsetzung ihrer Rechte aufgewendet haben, gegen ihren ausdrücklichen Willen in jahrzehntelange Passivität gezwungen und faktisch um ihr Recht gebracht werden können.

Jedoch enthält der RefE stattdessen in § 148 Abs. 5 n.F. ZPO eine „opt-in“-Regelung, die es beiden Parteien jederzeit erlaubt, aus dem streitigen Klageverfahren in das Musterverfahren auszuweichen bzw. „zu flüchten“. Es ist davon auszugehen, dass diese Fluchtmöglichkeit vorzugsweise von der Beklagtenseite genutzt werden wird, wenn diese mit ihr nachteiligen Feststellungen zu rechnen hat und daher das Verfahren „auf die lange Bank schieben“ will. Der RefE enthält nichts, was die Beklagtenseite an einem solchen Vorgehen hindern könnte. Die im Wortlaut des Vorschlages enthaltene Missbrauchsklausel dürfte in der gerichtlichen Praxis unwirksam sein, denn eine sachwidrige und missbräuchliche Verzögerung wird sich kaum jemals feststellen lassen. (Zwar ist auch denkbar, dass es die Klägerseite ist, die per § 148 Abs. 5 n.F. InsO ins KapMuG-Verfahren flüchtet, in der Praxis wird es jedoch in aller Regel die Beklagtenseite sein).

Auch die sonstigen Vorschriften des RefE enthalten nichts, was zu einer durchgreifenden Beschleunigung des Musterverfahrens führen könnte. Insbesondere ist zwar eine Verkürzung der gerichtlichen Entscheidungsfristen vorgesehen, z.B. in § 4 Abs. 1 S. 2, § 7 Abs. 4, § 10 Abs. 5, § 24 Abs. 1 S. 2 RefE-KapMuG. Allerdings bleiben Verstöße gegen diese Beschleunigungsregeln vollständig sanktionslos.



5. Einzige Abhilfe: ein „opt-out“-Anspruch der Parteien

Letztlich kann Abhilfe nur geschaffen werden, wenn zugunsten der Parteien, die bereit sind, die Kosten und Risiken ihres Gerichtsverfahrens selbst zu tragen, ein „opt-out“-Anspruch geschaffen wird, kraft dessen sie sich der zwangsweisen Eingliederung in das KapMuG-Verfahren wirksam und auf Grundlage eigener Entscheidung entziehen können.

Ein solcher „opt-out“-Anspruch würde international keineswegs eine Besonderheit darstellen. Beispielsweise kennt die US-amerikanische „class action“, in der wie im KapMuG auftretende Rechtsfragen nicht nur für den einzelnen Kläger, sondern für alle ähnliche gelagerten Fälle gerichtlich geklärt werden, in Rule 23 (c) (2) (B) (v) der Federal Rules of Civil Procedure einen Anspruch jedes Mitglieds einer Klägergruppe, auf Antrag aus der Klägergruppe ausgenommen zu werden. Es bietet sich an, einen solchen Anspruch auch im deutschen Recht vorzusehen. Konkrete Formulierungsvorschläge werden wir sogleich in Abschnitt 6. unterbreiten.

Das unter Rechtsschutzgesichtspunkten erforderliche Minimum an gesetzlicher Regelung muss jedenfalls sein, einen „opt-out“-Anspruch dann vorzusehen, wenn im KapMuG-Verfahren bestimmte äußerste Fristen überschritten werden. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn schon bloße Formalitäten wie die Bestellung des Musterklägers mehr als ein halbes Jahr in Anspruch nehmen (siehe auch Knops, NJW 2024, Seite 9 ff., Rdnr. 11 f., 17 f.). In derartigen Fällen ist es den Klägern schlicht nicht zuzumuten, an einem solchen grundlos verschleppten Zwangsverfahren weiter teilzunehmen, sondern hier ist es unter Rechtsschutzgesichtspunkten zwingend geboten, dass diejenigen Kläger, die dies wünschen, sich dem Verfahren entziehen und ihren Fall auf eigenes Risiko und eigene Kosten durchprozessieren können.

Denjenigen Beteiligten, die sich demgegenüber für einen Verbleib im Musterverfahren entscheiden, geschieht kein Unrecht, da sie weiterhin von dessen Vorteilen profitieren, insbesondere von der deutlich reduzierten Kosten- und Risikoposition. Die Gefahr abweichender Sachentscheidungen ist dabei hinzunehmen, da diese Gefahr auch bei Annahme der vorgesehenen Regelungen des RefE besteht.



6. Vorschlag für Wortlaut einer „opt-out“-Regelung

Wir erlauben uns, einen Vorschlag für den Wortlaut einer „opt-out“-Regelung zu machen:

Noch effektiverer Rechtsschutz im Kapitalanleger-Musterverfahren - Initiative für Änderungen des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG)

Im Anschluss an § 11 Abs. (1) KapMuG werden folgende § 11 Abs. (1a) bis (1c) eingefügt:

- (1a) Das Musterverfahren ist vorrangig und beschleunigt durchzuführen.
- (1b) Der Rechtsstreit ist in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) zu erledigen.
- (1c) Gerichtliche Fristen sind nur zu verlängern, wenn die antragstellende Partei erhebliche Gründe darlegt und glaubhaft macht.

Im Anschluss an § 8 Abs. (1) Sätze 1-3 KapMuG werden folgende Sätze 4-7 eingefügt:

⁴Die Aussetzung eines vor dem Prozessgericht anhängigen Verfahrens unterbleibt, wenn eine der Parteien dieses Verfahrens der Aussetzung widerspricht (opt-out). ⁵Eine bereits erfolgte Aussetzung ist durch richterlichen Beschluss aufzuheben. ⁶Der Widerspruch gegen die Aussetzung ist durch Schriftsatz gegenüber dem Prozessgericht zu erklären. ⁷Das Widerspruchsrecht ist an keine Frist gebunden.

Im Anschluss an § 10 Abs. 4 KapMuG ist folgender Abs. 5 einzufügen:

- (5) ¹Die nach Abs. 2 erfolgte Anmeldung kann jederzeit gegenüber dem Oberlandesgericht zurückgenommen werden. ²Mit Rücknahme endet die Wirkung der Anmeldung, jedoch bleibt eine aufgrund von § 204 Abs. (1a) BGB durch die Anmeldung bewirkte Hemmung der Verjährung erhalten, wenn die Partei innerhalb von 6 Monaten wegen desselben Anspruchs Klage erhebt.

In § 204 Abs. (2) BGB wird folgender Satz als dritter Satz neu eingefügt:

³Die Hemmung nach Absatz 1 Nummer 6a endet auch sechs Monate nach der Rücknahme der Anmeldung zum Musterverfahren.

Begründung

Nach den praktischen Erfahrungen, die seit dem Jahre 2005 mit Verfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz gewonnen wurden, können diese Verfahren sehr lange dauern (TELEKOM-Verfahren: 19 Jahre bis Vergleichsschluss; Verfahren zu den VIP Medienfonds 3 und 4: bis jetzt 18 Jahre, noch andauernd). Das kann insbesondere dann, wenn Parteien ihre Rechtsform ändern, Vermögensbestandteile übertragen werden oder sich aus sonstigen Gründen die Bonität von Parteien verschlechtert, zur wirtschaftlichen Entwertung der Ergebnisse des Musterverfahrens führen.

Ziel der vorgeschlagenen Gesetzänderungen ist es, die Dauer von Musterverfahren zu reduzieren, ohne die Effektivität des Rechtsschutzes oder die prozessualen Rechte der Parteien zu beeinträchtigen.



Durch die Schaffung einer „opt-out“-Möglichkeit wird denjenigen Parteien, die dazu bereit sind, das Risiko einer rechtlichen Klärung selbst zu tragen, die Möglichkeit zum Widerspruch gegen die zwangsweise Aussetzung und zur Fortsetzung ihres Verfahrens vor dem Prozessgericht gegeben. Das Widerspruchsrecht soll an keine Frist gebunden sein, damit die Möglichkeit erhalten bleibt, auch noch nach Jahren aus dem KapMuG-Verfahren auszuschneiden, um einer Verschleppung des Verfahrens entgegenwirken zu können. Dies dürfte zugleich für die Beteiligten Motivation sein, die Vorgaben des neu eingefügten § 11 Abs. 1 a bis c einzuhalten.

7. Dank und Schluss

Für die Möglichkeit, Stellung im Gesetzgebungsverfahren nehmen zu können, bedanken wir uns herzlich. Wir hoffen, mit unseren Vorschlägen ein paar gedankliche Anstöße gegeben zu haben.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Wolfgang Schirp
Rechtsanwalt
(FA f. Bank- u. Kapitalmarktrecht)