

Berlin, im Dezember 2004  
Stellungnahme Nr. 58/2004

## **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Zivilverfahrensrechtsausschuss**

**zum**

**Diskussionsentwurf**

**– Gesetz über Musterverfahren zu Schadensersatzklagen von Kapitalanlegern –**

**(Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG)**

Mitglieder des Zivilverfahrensrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Bernd Hirtz (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Dr. Jochen Bühling

Rechtsanwalt Curt Engels

Rechtsanwalt Dr. Hans C. Lühn

Rechtsanwalt Dr. Carsten A. Salger

Rechtsanwalt am BGH Dr. Volkert Vorwerk

Rechtsanwältin Gabriela Wiesener-Heuschneider

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Angelika Rüstow

Berichtersteller:

Rechtsanwalt am BGH Dr. Volkert Vorwerk

zugleich unter Rückgriff auf die von Wolf/Vorwerk/Lange

([www.jura.uni-hannover.de/Wolf](http://www.jura.uni-hannover.de/Wolf)) erarbeitete Stellungnahme

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundesrates
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzender des FORUMs Junge Anwaltschaft
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Steuerberaterverband
- Redaktion NJW

„Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 60.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.“

Der Zivilverfahrensausschuss des DAV begrüßt die Gesetzesinitiative zum Gesetz über Musterverfahren zu Schadensersatzklagen von Kapitalanlegern des Bundesministeriums der Justiz, weil mit ihr insbesondere im Bereich der schon laufenden oder zu erwartenden Massenverfahren eine einheitliche Entscheidung für alle betroffenen Kapitalanleger erreicht werden kann. Allerdings erscheint es notwendig, die Verfahrensregeln zu optimieren, um Friktionen zu beseitigen, die sich auf der Grundlage des bisherigen Entwurfs ergeben.

## **II. Zu den einzelnen Vorschriften**

### **Zu § 1 KapMuG**

Der Wortlaut des § 1 KapMuG lässt offen, ob der Musterfeststellungsantrag ein rechtshängiges Verfahren voraussetzt, das einen Schadenersatzanspruch wegen falscher oder irreführender öffentlicher Kapitalmarktinformation zum Gegenstand hat. Das Verfahren über den Musterfeststellungsantrag ist prozessual als Teil des Rechtsstreits auszugestalten, in dem der Musterfeststellungsantrag gestellt wird. Das für die Entscheidung über den Schadenersatzanspruch zuständige Gericht prüft die Erheblichkeit der Anspruchsvoraussetzung, die Gegenstand des Musterfeststellungsantrages ist, für die Entscheidung des bei ihm rechtshängigen Rechtsstreits. Liegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen vor und wird die Erheblichkeit bejaht, ergeht der Musterfeststellungsbeschluss. Wird ein Musterverfahren durchgeführt, so ist der vom Oberlandesgericht erlassene Musterentscheid der Entscheidung der Individualverfahren zugrunde zu legen. Im Hinblick darauf ist sicherzustellen, dass der Musterentscheid auch das Berufungsgericht sowie das Revisionsgericht der individuellen Schadensersatzprozesse bindet.

Um diese Verfahrensgrundsätze zu gewährleisten, bedarf es in § 1 KapMuG einiger Änderungen:

**a)** § 1 Abs. 1 Hs. 1 sollte wie folgt formuliert werden:

Durch Musterfeststellungsantrag kann nach Erhebung der Klage (§ 253 ZPO), die einen Schadenersatzanspruch wegen falscher oder irreführender öffentlicher Kapitalmarktinformation zum Gegenstand hat, die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer schadenersatzbegründenden Anspruchsvoraussetzung begehrt werden, wenn ...

Jene Änderung stellt zugleich sicher, was Inhalt des jeweiligen Rechtsschutzzieles des vom Kläger und des vom Beklagten gestellten Musterfeststellungsantrages sein kann.

**b)** Es ist davon abzusehen, dass der Musterfeststellungsantrag zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden kann. Die in § 1 Abs. 2 KapMuG aufgenommene Regelung ermöglicht, dass auch im Anwaltsprozess die Partei den Antrag ihrerseits selbst stellen kann (§ 78 Abs. 3 ZPO; vgl. Musielak/Weth, Rdnr. 31 zu § 78 ZPO). Ist das Verfahren über den Musterfeststellungsantrag Teil des rechtshängigen Verfahrens, folgt aus § 78 ZPO, dass im Verfahren vor den Amtsgerichten die Partei den Antrag ihrerseits selbst, mithin ohne anwaltliche Hilfe, stellen kann. Zu bedenken ist wiederum, dass das Prozessgericht in jedem Falle über die Erheblichkeit der festzustellenden Anspruchsvoraussetzung zu entscheiden hat. Glaubhaft zu machen ist im Rahmen der Antragstellung lediglich, dass der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Anspruchsvoraussetzung in zwischen anderen Parteien rechtshängigen Verfahren Bedeutung zukommen kann. Gegenstand der Glaubhaftmachung ist in der Regel der Inhalt der Kapitalmarktinformation selbst sowie der Umstand, dass auf die Kapitalmarktinformation hin deren Adressaten in der einen oder anderen Weise reagiert haben, die Schadenersatzansprüche gegen den Urheber der Kapitalmarktinformation auslösen können. Ist das Musterfeststellungsverfahren Teil des anhängigen Rechtsstreits, gelten im Musterfeststellungsverfahren die §§ 139, 308 ZPO mit der Folge, dass das Prozessgericht im Rahmen des § 139 ZPO darauf hinwirken kann, dass der Antragsteller seinen Musterfeststellungsantrag modifiziert. Im Rahmen des § 308 ZPO ist dem Prozessgericht darüber hinaus die Möglichkeit gegeben, dem Musterfeststellungsantrag teilweise stattzugeben, wenn sich die als erheblich erscheinende Feststellung als Minus gegenüber der begehrten Feststellung erweist. Im Hinblick darauf empfiehlt sich für § 1 Abs. 2 folgende Formulierung:

Der Musterfeststellungsantrag ist bei dem Prozessgericht zu stellen. Der Antragsteller hat die Anspruchsvoraussetzung, die Gegenstand der begehrten Feststellung ist, unter Angabe des Beweismittels konkret zu bezeichnen sowie die Umstände glaubhaft zu machen, aus denen folgt, dass das Bestehen oder Nichtbestehen der Anspruchsvoraussetzung über das rechtshängige Verfahren hinaus für Schadenersatzansprüche weiterer Adressaten der Kapitalmarktinformation erheblich sein kann. Dem Antragsgegner ist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Musterfeststellungsantrag zu geben.

**c)** Das Prozessgericht hat den Musterfeststellungsantrag „abzuweisen“ (gesetzestech- nisch richtig: zurückzuweisen), wenn die Anspruchsvoraussetzung, deren Bestehen oder Nichtbestehen nach dem Inhalt des Musterfeststellungsantrages festgestellt werden soll, für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht erheblich ist oder eine andere Tatbestands- voraussetzung des § 1 Abs. 1 nicht gegeben oder die formellen Voraussetzungen des An- trages selbst (§ 1 Abs. 2 KapMuG) nicht eingehalten sind. Darüber hinaus erscheint, wie in § 1 Abs. 3 KapMuG vorgesehen, richtig, den Antrag als unzulässig zurückzuweisen, wenn er offensichtlich zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt worden ist.

Unregelt geblieben sind jedoch die Folgen einer fehlerhaften Entscheidung des Pro- zessgerichts. Ein zu Unrecht ergangener Musterfeststellungsbeschluss muss aber der so- fortigen Beschwerde unterliegen. Im Ergebnis führt ein solcher Beschluss zum Ruhen des Verfahrens. Hiergegen ist nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen schon im Hinblick auf den effizienten Rechtsschutz das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (vgl. § 252 ZPO) angezeigt. Wird der zu Unrecht ergangene Beschluss im Einzelfall nicht angefochten oder führt der Rechtsbehelf nicht zum Erfolg, so ist der Musterfeststellungsbeschluss jedoch im Hinblick auf die Erheblichkeit der im Musterentscheid festgestellten Fragen wie ein Beweisbeschluss zu behandeln. Zwar muss das die individuelle Schadensersatzklage entscheidende Prozessgericht (auch im Berufungs- und Revisionsverfahren) an die tat- sächlichen und rechtlichen Feststellungen des Musterentscheides gebunden sein. Über die Frage der Entscheidungserheblichkeit im jeweiligen individuellen Schadensersatzpro- zess sagt der Musterentscheid jedoch nichts aus. Erweisen sich nachträglich die Feststel- lungen des Musterentscheids als unerheblich, sind sie im Urteil nicht zu beachten. In so- weit kann dem Musterfeststellungsbeschluss keine innerprozessuale Bindungswirkung zu kommen.

Der differenzierenden Klärung bedarf jedoch die Frage, ob der Beschluss über die Zurückweisung des Musterfeststellungsantrages der regelmäßigen Rechtsbehelfe unterliegt. Dies wird - außer im Falle der Zurückweisung des Antrages als unzulässig -, zu verneinen sein.

Die Entscheidung, ob die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Anspruchsvoraussetzung, die Gegenstand des Musterfeststellungsantrages ist, für die Entscheidung des Rechtsstreits, in dem der Musterfeststellungsantrag gestellt ist, erheblich ist, obliegt nach allgemeinen Prozessgrundsätzen dem Gericht, das über den Rechtsstreits selbst zu entscheiden hat. Der den Musterfeststellungsantrag als unbegründet zurückweisende Beschluss sollte deshalb als unanfechtbar ausgestaltet werden. Im Falle der Zurückweisung des Antrages als unzulässig, sollte aber über den allgemeinen Rechtsweg (§ 567 ZPO - sofortige Beschwerde; § 574 ZPO - Rechtsbeschwerde) die Möglichkeit eröffnet werden, zu einer Sachprüfung des Prozessgerichts zu gelangen, wenn das Prozessgericht die Zulässigkeit des Musterfeststellungsantrages unzutreffend beurteilt hat. Soweit der spätere Musterentscheid zu Lasten des Beklagten ergeht, wäre eine Berücksichtigung des Musterentscheids im Berufungs- oder Revisionsverfahren wohl grundsätzlich über eine Erstreckung der Bindungswirkung (vgl. Einzeldarstellung, § #) noch möglich, weil der Beklagte in dem Musterverfahren rechtliches Gehör hatte. Geht hingegen der Musterentscheid zu Lasten der Kläger, ist eine Einbeziehung dieses Ergebnisses in den individuellen Schadensersatzprozess, welcher zu unrecht nicht in das Musterverfahren miteinbezogen wurde, schon aus dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs nicht möglich.

Die hier vorgeschlagene Lösung stellt ein Doppeltes sicher. Zum einen wird weder dem Kläger noch dem Beklagten des individuellen Schadensersatzprozesses im Berufungs- bzw. Revisionsverfahren der Einwand abgeschnitten, die im Rahmen des Musterverfahrens geklärten Rechts- und/oder Tatsachenfragen seien auch in seinem Rechtsstreit entscheidungserheblich gewesen (§ 513, 520 ZPO). Zugleich wird aber sicher gestellt, dass im Berufungs- bzw. Revisionsverfahren das erstinstanzliche Urteil nicht mit der Begründung angegriffen werden kann, die entscheidungserheblichen Rechts- und/oder Tatsachenverfahren hätten im Musterverfahren geklärt werden müssen. (vgl. § 512 ZPO)

§ 1 Abs. 3 und 4 KapMuG sollten deshalb wie folgt formuliert werden:

(3) Der Musterfeststellungsantrag ist unzulässig, wenn er offensichtlich zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt worden ist.

(4) Das Prozessgericht weist den Musterfeststellungsantrag als unzulässig zurück, wenn er unstatthaft oder nicht in der gesetzlichen Form gestellt worden ist. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss. Gegen den Beschluss findet die sofortige Beschwerde statt. Ist der Musterfeststellungsantrag unbegründet, ist der den Antrag zurückweisende Beschluss unanfechtbar.

(5) Gibt das Prozessgericht dem Musterfeststellungsantrag durch Beschluss statt, gilt Abs. 4 Satz 3 entsprechend.

### **Zu § 2 KapMuG**

Da die Erheblichkeit des Bestehens oder Nichtbestehens der schadenersatzbegründenden Anspruchsvoraussetzung durch Musterfeststellungsbeschluss festgestellt wird, bedarf es der Bekanntmachung jenes Beschlusses im Klageregister. Demgemäß ist § 2 KapMuG auf die Bekanntmachung des Musterfeststellungsbeschlusses auszurichten.

### **Zu § 4 KapMuG**

#### **a) Einleitung des Musterverfahrens vor dem OLG**

Sind innerhalb von vier Monaten nach Bekanntmachung des zeitlich zuerst verkündeten Musterfeststellungsbeschlusses in mindestens zehn weiteren rechtshängigen Verfahren vor demselben oder anderen Gerichten gleichgerichtete Musterfeststellungsbeschlüsse ergangen (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG in entsprechend angeglichener Fassung), führt nach dem jetzigen Entwurf das Prozessgericht durch Beschluss den Musterentscheid herbei (§ 4 Abs. 1 KapMuG).

Nach dem Entwurf führt dasjenige Prozessgericht den Musterentscheid durch das OLG herbei, bei welchem der zeitlich erste Musterfeststellungsantrag gestellt wurde. Eine Überprüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Musterverfahrens durch das OLG ist nicht vorgesehen. Sinnvoll ist es aber, dem OLG die Entscheidungskompetenz über die Durchführung eines Musterverfahrens zu übertragen. Damit erhält das OLG sowohl die Prüfungskompetenz der Zulässigkeitsvoraussetzungen als auch die Entscheidungshoheit, den genauen Verfahrensgegenstand festzulegen.

Dies ist insbesondere notwendig, da die Musterfeststellungsbeschlüsse der verschiedenen Gerichte in der Praxis nicht wortidentisch sein werden. Unterschiede können sich aus Formulierungseinheiten, aber auch aus abweichenden Feststellungszielen ergeben.

Dies folgt bereits aus der Überlegung, wie im Fall der Teilidentität der Musterfeststellungsbeschlüsse zu verfahren ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn in dem einen individuellen Schadensersatzprozess die Feststellung entscheidungserheblich ist, dass die Kapitalmarktinformation A, B und C falsch war, in einem anderen individuellen Schadensersatzprozess jedoch die Feststellung, dass die Information C und D falsch waren.

Um dem OLG für alle vom Musterentscheid betroffenen Verfahren die Entscheidungskompetenz, den Entscheidungsgegenstand festzulegen, einräumen zu können, muss sichergestellt werden, dass dem OLG zumindest entsprechende Aktenauszüge mit dem Musterfeststellungsbeschluss zugänglich gemacht werden.

Unabhängig von der dem OLG zuzuweisenden Entscheidungskompetenz sollte sich die Zuständigkeit des OLG, wie im Entwurf vorgesehen, nach dem Landgericht bestimmen, dessen Musterfestbeschluss als erster in das Klageregister eingetragen wurde (vgl. § 4 Abs. 1 KapMuG)

§ 4 Abs. 2 und 3 sollten daher folgendermaßen gefasst werden:

(2) Das OLG prüft, ob die Voraussetzungen für ein Musterverfahren gegeben sind. Die Frage der Entscheidungserheblichkeit des Musterentscheids für das vor dem den Musterfeststellungsbeschluss erlassenden Prozessgericht anhängigen Rechtsstreit prüft das OLG nur daraufhin, ob das Prozessgericht die Entscheidungserheblichkeit plausibel dargestellt hat. §§ 145 bis 147 ZPO finden entsprechende Anwendung. Der Beschluss ist mit der Rechtsbeschwerde angreifbar.

(3) Lehnt das OLG die Durchführung des Musterverfahrens ab, oder sind innerhalb von vier Monaten nicht die erforderliche Anzahl von Musterfeststellungsbeschlüssen in das Klageregister eingetragen worden, haben die Prozessgerichte, die einen Musterfeststellungsbeschluss erlassen haben, den bei ihnen anhängigen Rechtsstreit von Amts wegen wieder aufzunehmen.

§ 32b ist um einen neuen Satz zwei zu ergänzen:



Das Gericht ist auch zuständig für Klagen gegen Dritte, die auf Schadensersatz wegen der Vermittlung oder Finanzierung von Emissionen in Anspruch genommen werden.

## **b) Zuständigkeit des OLG**

Der Entwurf bestimmt das Oberlandesgericht als zur Verhandlung und Entscheidung des Musterverfahrens in erster Instanz zuständiges Gericht. Der hierdurch bedingte Wegfall einer zweiten „Tatsachen“-Instanz dürfte im weiteren Gesetzgebungsverfahren auf Bedenken stoßen.

Letztlich zielführend dürfte im Ergebnis nur eine sorgfältige Abwägung zwischen der mit zwei „Tatsachen“- Instanzen unter Umständen zu gewinnenden erhöhten Richtigkeitsgewähr auf der einen und der Verfahrensbeschleunigung auf der anderen Seite sein.

### **Zu § 6 KapMuG**

Hat das Musterverfahren bereits begonnen, erfolgt nach dem Entwurf eine Aussetzung der jeweiligen individuellen Verfahren von Amts wegen. Das Prozessgericht hat aber auch hier zu prüfen, ob die im Rahmen des Musterverfahrens zu klärenden Rechts- und/oder Tatsachenfragen für den bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheidungserheblich sind, und ob der Musterentscheid in seinem Verfahren Bindungswirkung erzeugt. Darüber hinaus ist auch hier die Entscheidung über die Aussetzung von einer Überprüfung im Rechtsmittelverfahren abzuschirmen (siehe zu § 1). Des Weiteren lässt sich mit der hier vorgeschlagenen Formulierung eine Bündelung der Klagen erzielen (vgl. auch zu § 13)

§ 6 sollte folgende Formulierung erhalten:

(1) Die Prozessgerichte führen nach Veröffentlichung des Musterverfahrens im Klageregister in den bei ihnen rechtshängigen oder rechtshängig werdenden Rechtsstreitigkeiten von Amts wegen die Aussetzung des Verfahrens durch einen Musterfeststellungsbeschluss herbei. Ein Musterfeststellungsantrag ist nicht erforderlich. § 1 Abs. 3 bis 5 gilt entsprechend. Eine Anhörung der Parteien findet nicht statt, wenn diese hierauf in den vorbereitenden Schriftsätzen verzichtet haben.

(2) Der Musterfeststellungsbeschluss darf nur ergehen, wenn der Musterentscheid zumindest nach § 13 eine Bindungswirkung im rechtshängigen Verfahren entfaltet.

(3) Wie Entwurfstext.

## **Zu § 7 KapMuG**

### **a) Vorbemerkung**

Der Entwurf grenzt die Stellung des Musterklägers von der der Beigeladenen anhand der Rechtsfigur der Nebenintervention ab. Dies entspricht aber weder der dogmatischen Struktur des Musterverfahrens noch der Prozessökonomie. Das Musterverfahren ist aus der Sicht der Beigeladenen nicht ein fremder Prozess (Vgl. für die Nebenintervention *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., S. 302), sondern ein herausgelöster Teil des eigenen individuellen Schadensersatzprozesses. Von daher muss es den Beigeladenen auch möglich sein, sich mit ihrem Sachvortrag in Widerspruch zu dem Vortrag des Musterklägers zu setzen. Nach dem Entwurf ist dies jedoch den Beigeladenen verwehrt. Soweit es um die Klärung reiner Rechtsfragen geht, vermag auch die Entwurfskonzeption einen, gegenüber dem Vortrag des Musterklägers widersprechenden Rechtsvortrag nicht zu verhindern. Soweit es jedoch um einen dem Sachvortrag des Klägers widersprechenden Tatsachenvortrag geht, wird die Entlastung im Musterverfahren mit einem zusätzlichen Aufwand in dem jeweilig individuellen Schadensersatzprozess erkauft. Dort müsste nämlich geprüft werden, ob der Musterentscheid Bindungswirkung entfaltet oder diese nicht nach § 13 KapMuG entfällt, weil der Beigeladene mit einem entsprechenden Sachvortrag im Musterverfahren ausgeschlossen war. (gegebenenfalls durch drei Instanzen) Dies ist prozessökonomisch nicht sinnvoll. Die verfahrensrechtliche Stellung sollte daher insoweit an die Rechtsfigur der Streitgenossenschaft angelehnt werden.

Andererseits ist richtig, dass sich Massenverfahren mit einer Vielzahl sich am Verfahren aktiv beteiligender Streitgenossen kaum durchführbar sein werden. Es ist daher sinnvoll, die sachgerecht Interessenswahrnehmung der Kläger durch einen Musterkläger sicherzustellen. Damit wird der Mehrheit der Beigeladenen zugleich eine passive Rolle im Musterprozess ermöglicht. Soweit sich diese aber aktiv am Musterverfahren beteiligen wollen, muss ihre Rechtsstellung an der Rechtsfigur der Streitgenossen orientiert werden (vgl. zu § 9)

### **b) amtswegige Bestimmung des Musterklägers**

Gemäß § 7 KapMuG bestimmt das Oberlandesgericht nach seinem Ermessen zur Durchführung des Musterverfahrens einen Musterkläger von Amts wegen (vgl. Entwurfsbegründung, S. 30). Durch diese gerichtliche Auswahl soll ein sog. „race to the courtroom“ vermieden werden.

Die Bestimmung von Amts wegen ist der Vorschrift des § 93 a Abs. 1 VwGO entlehnt. Bedacht werden sollte an dieser Stelle jedoch wiederum die Besonderheit des verwaltungsgerichtlichen Prozesses in Form des Amtsermittlungsgrundsatzes. Im Zivilprozess ist die Stellung des Musterklägers ungleich bedeutender, da der Ausgang des Verfahrens entscheidend von der Prozessführung abhängt. Ob diesem Umstand durch die Stellung der Parteien der Parallelprozesse als Beigeladene des Musterverfahrens mit dem Recht des Vorbringens von Angriffs- und Verteidigungsmitteln genüge getan ist, wäre genau zu überprüfen. (vgl. Vorbemerkung) Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die Ernennung zum Musterkläger nicht abgelehnt werden kann, begegnet die amtswegige Bestimmung Bedenken. In Rechnung zu stellen ist jedoch, dass der Gefahr, dass ein ungeeigneter oder unwilliger Kläger zum Musterkläger ernannt wird, durch die Schaffung geeigneter Auswahlkriterien in Anlehnung an § 7 Abs. 2 S. 2 KapMuG wohl weitgehend begegnet werden kann.

Darüber hinaus ist sicherzustellen, dass bei Teilidentität der Feststellungsziele mehrere Musterkläger bestellt werden sollten, soweit nicht für den Individualprozess des in Betracht kommenden Musterklägers der Verfahrensgegenstand des Musterverfahrens vollständig erheblich ist.

Im Einzelnen:

#### - Bestimmung durch Kläger

Zunächst stellt die Bestimmung von Amts wegen nicht das einzige Mittel dar, ein „race to the courtroom“ zu vermeiden; ist doch das Kriterium des Zeitpunktes der Antragstellung durchaus nicht die einzig denkbare Alternative zur Bestimmung durch das Gericht. Geeignet und den Grundsätzen des Zivilprozesses näher liegend wäre beispielsweise eine Lösung zugunsten einer möglichen Bestimmung des Musterklägers durch die Kläger der Parallelprozesse selbst. Für den Fall, dass eine solche mangels Einigung scheitert, könnte dann immer noch auf die Bestimmung durch das Gericht zurückgegriffen werden.

### - Auswahlkriterien

Hinsichtlich der Auswahlkriterien, die das OLG nach § 7 Abs. 2 S. 2 KapMuG zu berücksichtigen hat ist festzustellen, dass diese grundsätzlich vom Ansatz her geeignet erscheinen, den Musterverfahrenskläger zu bestimmen. Wie bereits erwähnt bieten die Nrn. 2 und 3 darüber hinaus durchaus Anhaltspunkte dafür, dass die Auswahl nicht auf einen ungeeigneten bzw. „unwilligen“ Kläger fällt. Zu bedenken ist jedoch, dass nach der Begründung die drei Kriterien kumulativ berücksichtigt werden sollen, aber die Nr. 2 einen Tatbestand formuliert, der keinen Ermessensspielraum ermöglicht. Nach § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 KapMuG soll zum Musterkläger bestimmt werden, „*wer im Zeitpunkt des Erlasses des Vorlagebeschlusses den höchsten Schaden gegen den Beklagten geltend macht...*“. Soweit hiernach der Musterkläger feststeht, bleibt keine Möglichkeit mehr zur Berücksichtigung der Nr. 3, nach der bestimmt werden soll, wer „*eine für das Musterverfahren zweckdienliche Interessenvertretung erwarten lässt.*“ Darüber hinaus ist der Begründung zu Nr. 2 sicherlich zuzustimmen, dass es grundsätzlich angemessen erscheint, einem Großaktionär gegenüber Kleinaktionären die Stellung des Musterverfahrensklägers einzuräumen (Entwurfsbegründung, S. 43). Es ist jedoch weder ein Automatismus dahingehend anzunehmen, dass der höchste Schaden von dem Kläger mit den meisten Aktien (Großaktionär) geltend gemacht wird, noch dahingehend, dass der Meistgeschädigte Gewähr für eine interessengerechte Verfahrensführung bietet.

Sachdienlich könnte eine Änderung des § 7 Abs. 2 S. 2 KapMuG dahin gehend sein, dass die Nr. 2 gestrichen wird. Die jetzige Nr. 3, die in ihrer Fassung sehr unbestimmt ist, sollte als neue Nr. 2 erhalten und mit näheren Kriterien ausgefüllt werden, die dann, wie vom Entwurf beabsichtigt, kumulativ im Rahmen des Ermessensspielraums des Gerichts zu berücksichtigen sind. Eines der Kriterien für eine zu prognostizierende *zweckdienliche Interessenvertretung* sollte dann auch die Schadenshöhe sein. Das Gericht ist dann in der Lage im Einzelfall, neben anderen Kriterien die Schadenshöhe zu berücksichtigen, ohne an die Bestimmung des Klägers mit dem (absolut) höchsten Schaden gebunden oder zumindest verleitet zu sein, ohne Berücksichtigung anderer Kriterien immer diesen auszuwählen.

### **Zu § 9 KapMuG**

Dient das Musterverfahren der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Anspruchsvoraussetzungen und bedarf es für die Herbeiführung des Musterentscheids gleichgerichteter Musterfeststellungsbeschlüsse, wird bei komplexen Sachverhalten der Musterfeststellungsbeschluss die die Anspruchsvoraussetzungen begründenden Tatsachen aufsplitten, um das jeweilige Bestehen oder Nichtbestehen der Anspruchsvoraussetzung für eine möglichst große Vielzahl von Verfahren feststellen zu können. Das gilt ebenfalls, soweit Gegenstand der Feststellung eine auf der Grundlage unstreitiger Tatsachen zu entscheidende Rechtsfrage ist, die ihrerseits wiederum das Bestehen oder Nichtbestehen der Schadenersatz begründenden Anspruchsvoraussetzung bejaht.

Soweit auf der Grundlage unstreitiger Tatsachen eine Rechtsfrage zu klären ist, kann es keinen Vortrag eines Beigeladenen geben, der im Widerspruch zu „Angriffs- oder Verteidigungsmitteln“ (§ 9 KapMuG) des Musterklägers steht. Sind anspruchsbegründende Tatsachen festzustellen, ist gegensätzlicher Vortrag zwischen Musterkläger und Beigeladenen zwar denkbar. (vgl. Vorbemerkung zu § 7) Die Dispositionsmaxime darf aufgrund der Zielsetzung des Musterverfahrens jedoch nicht dazu führen, dass der Musterkläger über den Prozessstoff gegen den Willen der Beigeladenen disponiert. In jenem Fall würde das Musterverfahren sein Ziel deshalb verfehlen, weil in den ausgesetzten Verfahren, in denen gleichgerichtete Musterfeststellungsbeschlüsse ergangen sind, das Bestehen oder Nichtbestehen der Anspruchsvoraussetzungen alsdann unter Hinweis auf die fehlende Bindungswirkung des Musterentscheides (§ 13 Abs. 2 KapMuG) individuell neu festgestellt wird. Zudem dient das Musterverfahren, ist das Bestehen oder Nichtbestehen von Tatsachen als Anspruchsvoraussetzung festzustellen, der Wahrheitsfindung. Hingegenommen werden kann deshalb nicht, dass der Musterkläger über ein ihm im Musterverfahren zugebilligtes Dispositionsrecht gegen den Willen der Beigeladenen Tatsachen zugesteht oder über sie auf andere Weise disponiert.

Im Hinblick darauf ist die Rechtsfigur der Nebenintervention, wie sie § 9 KapMuG zugrunde liegt, für die Ausgestaltung der Rechtsstellung der Beigeladenen ungeeignet. Will man an Rechtsfiguren der Zivilprozessordnung anknüpfen, ist den Beigeladenen vielmehr eine den Streitgenossen ähnliche Rechtsstellung zuzubilligen. Trägt einer der Beigeladenen anders als der Musterkläger und die übrigen Beigeladenen vor, und erweist sich jener Vortrag - ggf. trotz entgegenstehenden Vortrags des Musterklägers und der übrigen Beigela-

denen - als hinreichend substantiiert, wird im Musterverfahren jenem Vortrag nachzugehen sein. (vgl. wiederum Vorbemerkung zu § 7) Musterkläger und Beigeladene sind, verkettet über die Eröffnung des Musterverfahrens, eine Interessengemeinschaft, aus der der einzelne Beigeladene oder Musterfeststellungskläger nur - ex nunc - austreten kann, indem er seine Klage zurücknimmt. Nur unter dieser Voraussetzung ist auch hinnehmbar, dass der Beschluss über die Auswahl des Musterklägers (§ 7 Abs. 2 Satz 2 KapMuG) unanfechtbar ist. Andernfalls führt die Auswahl des Musterklägers selbst zu erheblichen Eingriffen in die Rechtsstellung des Beigeladenen. Da sein Verfahren für die Dauer des Musterverfahrens unterbrochen ist, muss er, um sein Rechtsschutzziel - über § 13 Abs. 2 KapMuG zu erreichen - den Abschluss des Musterverfahrens abwarten. Er ist zudem an den Kosten des Musterverfahrens beteiligt (§ 14 KapMuG), obwohl das Musterverfahren einen von ihm nicht gebilligten Lauf nimmt.

Hinnehmbar ist allerdings, dass der Beigeladene, der im Verlauf des Musterverfahrens eine Klage einreicht und dessen Verfahren im Hinblick auf das Musterverfahren ausgesetzt wird, das Musterverfahren in der Lage annehmen muss, in der es sich zur Zeit seiner Beiladung befindet. § 9 KapMuG sollte daher wie folgt lauten:

Der Beigeladene muss das Musterverfahren in der Lage annehmen, in der es sich zur Zeit seiner Beiladung befindet. Im Übrigen hat er die Rechtsstellung eines notwendigen Streitgenossen (§ 62 ZPO).

Auch wenn die grundsätzliche Kritik an der rechtlichen Stellung der Beigeladenen nicht geteilt wird, sind nachfolgend angesprochene Punkte überprüfungsbedürftig:

#### - Geständnis und Vergleich

Das Musterverfahrensgesetz entzieht dem Musterverfahren eine Beendigung durch Verzichtsurteil oder Vergleich. Unberührt hingegen bleiben §§ 138 und 288 ZPO. Zwar ist die Bindungswirkung des Musterentscheides nach § 13 Abs. 2 KapMuG eingeschränkt, jedoch kann sich der Beigeladene insbesondere über die Erklärungen nach § 288 ZPO des Musterklägers nicht hinwegsetzen. Sinnvoll scheint es, entweder die Regelungen des § 288 ZPO auf Seiten der Kläger gleichfalls auszuschließen oder aber einen diesbezüglichen Widerspruch des Beigeladenen zuzulassen.

Die Regelung in § 11 Abs. 3 scheint unabhängig davon in einem Punkt zu weitgehend zu sein. Es ist kein Grund ersichtlich, warum das Musterverfahren durch Vergleich nicht beendet werden kann, wenn dem Vergleich auch alle Beigeladenen zustimmen.

### **Zu § 10 KapMuG**

Die Verfahrensregeln für das Musterverfahren wird die Rechtssprechung in Anlehnung an den ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften ausprägen müssen. § 10 KapMuG sollte daher wie folgt lauten:

Auf das Musterverfahren sind die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung anzuwenden, soweit dieses Gesetz dem nicht entgegensteht.

### **Zu § 10 a - neu**

Zwei Punkte haben in den Entwurf keinen Eingang gefunden, die aber eine sinnvolle Ergänzung des Musterverfahrens bilden könnten. Zeichnet sich im Musterverfahren ab, dass die Beklagte, unabhängig vom Ausgang der individuellen Schadensersatzprozesse, zumindest einer Vielzahl von Klägern haften wird, besteht ein Sicherheitsbedürfnis für die eingeklagten Ansprüche. Sinnvoll ist es daher, dem OLG mit Erlass des Musterentscheides die Arrestkompetenz zur Sicherung der individuellen Ansprüche einzuräumen.

Gleichfalls sinnvoll wäre es, im Rahmen des Musterverfahrens eine praktikable Vergleichsmöglichkeit zu schaffen. (vgl. zu § 9) In vielfacher Hinsicht dürfte wirtschaftlich die dem Musterverfahren zugrunde liegende Situation für den Beklagten einer Insolvenzsituation nahe kommen. Es bietet sich daher an, ein der Zustimmung zum Insolvenzplan entlehntes Vergleichsverfahren einzuführen.

Der § 10 a könnte wie folgt lauten:

(1) Das OLG kann mit einem Musterentscheid, soweit dieser das Bestehen von Anspruchsvoraussetzungen feststellt, die Anordnung eines Arrestes zur Sicherung der individuellen Schadensersatzforderung verbinden, wenn anderweitig die Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Vollstreckung zu besorgen ist. Diese Entscheidung ist mit Erlass des Musterentscheides zu verkünden.

(2) Abwendungsbefugnis etc. wie bei Arrest

(3) Das OLG kann den Beteiligten des Musterverfahrens einen Vergleichsvorschlag zur Erledigung der durch Musterfeststellungsbeschluss ausgesetzten Verfahren unterbreiten. Der Vergleichsvorschlag ist angenommen, wenn

- a) der Beklagte dem zugestimmt hat,
- b) die Mehrheit der Beigeladenen dem zugestimmt haben, und die Summe der Ansprüche der zustimmenden Beigeladenen mehr als die Hälfte der Summe der geltend Ansprüche beträgt und
- c) der Beklagte die Vergleichssumme hinterlegt oder Sicherheit geleistet hat.

(4) Im Sinne von Abs. 3 ist auch der Musterkläger Beigeladener.

(5) §§ 872ff. ZPO finden entsprechende Anwendung.

### **Zu § 11 KapMuG**

Der rechtskräftige Musterentscheid soll die Prozessgerichte in den ausgesetzten Verfahren binden (§ 13 Abs. 1 KapMuG). Jene Bindungswirkung sieht § 318 ZPO u.a. für Zwischenurteile vor. In Verfahren, in denen, wie im Musterverfahren vorgesehen (§ 10 KapMuG), mündlich verhandelt wird, wird die Entscheidung durch Urteil getroffen. Das Oberlandesgericht sollte den Musterentscheid daher als Zwischenurteil erlassen. Die Zustellung des Zwischenurteils an die Beigeladenen ist im Hinblick auf deren Rechtsmittelberechtigung (siehe unten zu § 12) erforderlich. Zusätzlicher Aufwand entsteht nicht, da in der Praxis eine große Zahl Beigeladener häufig durch ein- und denselben Anwalt vertreten werden wird.

Der Musterentscheid bedarf der Kostenentscheidung. Ob der Antragsteller oder Antragsgegner und ggf. in welchem Umfang obsiegt hat, muss sich in der Kostenentscheidung des Musterentscheids niederschlagen. Die Kostengrundentscheidung ist zudem erforderlich, um die Kostenfestsetzung für das Musterverfahren durchzuführen. Den Prozessgerichten kann die Entscheidung über die Pflicht zur anteiligen Kostentragung des Musterklägers und der Beigeladenen nicht ohne Vorliegen der Kostengrundentscheidung überlassen werden, da zum einen die anteiligen Kosten zu ermitteln sind, die der Musterkläger oder Beigeladene letztendlich zu tragen hat; wobei für das jeweilige Ausgangsverfahren der am Musterverfahren beteiligten Kläger und Beklagten das Unterliegen und Obsiegen im Musterverfahren über den Erfolg des Angriffs- oder Verteidigungsmittels im Sinne des § 96 ZPO bestimmt. Die Kostengrundentscheidung im Musterentscheid wird im Ausgangsverfahren demnach über § 96 ZPO umzusetzen sein.



## Zu § 12 KapMuG

### - Bestimmung des Musterrechtsbeschwerdeführers

Die Regelung zur Bestimmung des Musterrechtsbeschwerdeführers steht in Widerspruch zur Absicht des Entwurfes, ein „race to the courtroom“ zu verhindern. Nach § 12 Abs. 4 KapMuG soll für den Fall, dass der Musterkläger keine Rechtsbeschwerde einlegt, derjenige Beigeladene als Musterrechtsbeschwerdeführer bestimmt werden, der als erster das Rechtsmittel eingelegt hat. Auch diese Regelung kann natürlich dazu verleiten, im Hinblick darauf, dass der Musterkläger keine Rechtsbeschwerde einlegen könnte, möglichst schnell und ggf. voreilig Rechtsbeschwerde einzulegen, um die Prozessführung an sich zu ziehen („race to the courtroom“). Die in § 15 KapMuG gefundene Kostentragungsregelung (vgl. hierzu unten) vermag ein „race to the courtroom“ zumindest hinsichtlich profilierungssüchtiger Beigeladener nicht zu verhindern.

Unabhängig von der Einbeziehung der grundsätzlich erhobenen Bedenken gegen die amtswegige Bestimmung an sich, (vgl. zu § 7) sollte zumindest die Regelung für das Rechtsmittelverfahren derjenigen des Musterverfahrens vor dem OLG angeglichen werden.

Für den Fall, dass der Musterkläger selbst das Rechtsmittel einlegt, sollte auch eine abweichende Regelung dahingehend erwogen werden, unter bestimmten Voraussetzungen diesen nicht automatisch zum Musterrechtsbeschwerdeführer zu machen.

### - Rechtsmittelfrist

Zu überlegen ist aber, ob nicht das Klageregister genutzt werden kann, die Beigeladenen schnell und einfach über die laufende Rechtsmittelfrist in Kenntnis zu setzen. Denkbar wäre auch darüber hinaus, die Rechtsmittelfrist einheitlich, ab Zustellung des Musterbescheides an den Musterkläger und deren Bekanntgabe im Klageregister, laufen zu lassen.

### - Kostentragungsregel und Bindungswirkung im Rechtsbeschwerdeverfahren

Widersprüchlich ist die gefundene Regelung im Rechtsbeschwerdeverfahren zur Bindungswirkung und Kostentragungsregelung. Zunächst ist Zustimmungswürdig die grundsätzlich unterschiedliche Regelung, ob die Beschwerde von Seiten der Kläger oder Beklagten eingelegt wird.

Wird das Rechtsmittel lediglich klägerseits geltend gemacht, macht es Sinn, den Beigeladenen die Option zu eröffnen, sich am Rechtsbeschwerdeverfahren zu beteiligen oder davon Abstand zu nehmen (vgl. § 12 Abs. 2 KapMuG). Sinnvoll ist es auch, lediglich den beigetretenen Beigeladenen mit der Kostenfolge des § 15 Abs. 1 KapMuG zu belasten. Allerdings dürfte (entgegen § 13 Abs. 3 KapMuG) schon im Sinne des Dispositionsgrundsatzes die Entscheidung des BGH nur für diejenigen Beigeladenen, die dem Rechtsbeschwerdeverfahren beigetreten sind, Bindungswirkung entfalten.

Die jetzige Regelung wird schon allein aufgrund des besonderen Gepräges des Rechtsbeschwerdeverfahrens dazu führen, dass die Beigeladenen, auch wenn sie den Rechtsbehelf selbst für richtig halten, dem Verfahren nicht beitreten. Dadurch entgehen sie dem Kostenrisiko, können aber gleichzeitig von einem erfolgreichen Ausgang profitieren. Möchte ein Beigeladener indes den Rechtsbehelf selbst nicht, so ist unbillig, ihm die Bindungswirkung aufzuzwingen.

Wird hingegen das Rechtsbeschwerdeverfahren von der Beklagten selbstständig betrieben, müssen alle Beigeladenen ohne Beitrittsoption Beteiligte werden. Sie haben auch gemeinschaftlich die Kosten im Falle des Unterliegens zu tragen (anders § 15 Abs. 2 KapMuG). Dann tritt auch die Bindungswirkung gegenüber allen Beigeladenen ein. Auch in diesem Fall der Rechtsbeschwerde durch die Beklagte, wird es für Beigeladene nach der jetzigen Regelung kaum sinnvoll sein, dem Verfahren beizutreten, da sie es wiederum auch ohne Kostenrisiko durch den Musterrechtsbeschwerdegegner führen lassen und diesem dadurch das Kostenrisiko allein aufbürden können.

### - Revision

Ergeht der Musterentscheid als Zwischenurteil, (vgl. zu § 11) ist das zulässige Rechtsmittel die Revision, auf die die §§ 545 bis 565 ZPO mit der Maßgabe Anwendung finden, dass die Revision im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO stets zulässig ist. § 12 KapMuG kann deshalb unter erheblicher Vereinfachung der vorgeschlagenen Regelung wie folgt lauten:

Gegen den Musterentscheid findet die Revision statt. Auf die Revision sind die §§ 545 bis 565 ZPO mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Revision im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO stets zulässig ist.

### **Zu § 13 KapMuG**

Soll der Musterentscheid die Prozessgerichte binden, muss dieser mit einer § 318 ZPO entsprechenden Bindungswirkung ausgestaltet werden. Die Bindungswirkung kann jedoch nicht die Frage erfassen, ob die im Musterentscheid getroffene Feststellung für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich ist. Bejaht das Rechtsmittelgericht dies, bleibt auch das Rechtsmittelgericht an den Musterentscheid gebunden. In der Begründung zu § 13 sollte demnach zum Ausdruck kommen, dass die Bindungswirkung einerseits an § 318 ZPO angelehnt ist, andererseits die Überprüfbarkeit der Entscheidung des Eingangsgerichts im Rahmen des Berufungsverfahrens entsprechend den Regeln der §§ 511 ff ZPO voll erhalten bleibt. Wird dies klagestellt, könnte § 13 Abs. 1 KapMuG in der vorgeschlagenen Fassung bestehen bleiben.

Die mit dem KapMuG beabsichtigte Bündelung der Prozesse lässt sich nur erreichen, wenn es gelingt ein Instrument zu entwickeln, welches die Geschädigten zwingt, in einem möglichst definierten Zeitraum ihre Klagen rechtshängig zu machen. Da die Interessen der geschädigten Kläger in der Regel in den Händen weniger Anwälte gebündelt werden, besteht die Gefahr, dass durch eine geschickte Steuerung der Klagen mehrere identische oder nahezu identische Musterverfahren durchgeführt werden müssen. Dies ist bereits der Fall, wenn nach Abschluss des ersten Musterverfahrens das zweite Bündel an Klagen erst eingereicht wird. Im Sinne der Steigerung der Effizienz der Justiz, dem berechtigten Anliegen des Beklagten, einen möglichst raschen Überblick über das gesamte Prozessrisiko zu gewinnen, und die sich hieraus ergebenden verbesserten Vergleichsperspektiven, ist es gerechtfertigt, *zu Lasten der Kläger* den Musterentscheid auch dann wirken zu lassen, wenn sie aus Nachlässigkeit ihre Schadensersatzklage nicht rechtzeitig nach Veröffentlichung des ersten Musterfeststellungsbeschlusses im Klageregister rechtshängig gemacht haben.

Angesichts der Veröffentlichung der Musterfeststellungsbeschlüsse im Klageregister und der ständigen Einsehbarkeit des Klageregisters kann von den Adressaten der Kapitalmarktinformation nämlich verlangt werden, ihre Klage gegenüber den Beklagten unverzüg-

lich rechtshängig zu machen, sobald der erste Musterfeststellungsbeschluss im Klagerregister bekannt gemacht worden ist. In der Praxis ist in Massenverfahren zudem regelmäßig zu beobachten, dass vor Erhebung der ersten Klage gegen den Beklagten ein reger Informationsaustausch zwischen den Geschädigten stattfindet. Im Hinblick auf die vorgeschlagene Regelung (siehe oben zu § 11 ) erscheint es deshalb nicht nur vertretbar, sondern im Sinne einer Konzentration und Beschleunigung der Verfahren für geboten, Beigeladene nur in dem Umfang von der Bindungswirkung des Musterentscheids freizustellen, indem die Aussetzung des sie betreffenden Ausgangsverfahrens nicht auf ihrer Nachlässigkeit beruht. Späte Erhebung der Klage kann Nachlässigkeit begründen. Ebenso kann die späte Ausrichtung des Prozessvortrags auf das Musterverfahren nachlässig sein. § 13 Abs. 2 sollte daher - in Anlehnung an das Vorbild des § 531 ZPO - wie folgt formuliert werden:

Nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens wird der beigeladene Kläger in seinem Rechtsstreit gegenüber dem Beklagten mit der Behauptung, das Musterverfahren sei, wie es dem Oberlandesgericht vorgelegen habe, unrichtig entschieden, nur gehört, wenn er im Zeitpunkt seiner Beiladung aufgrund der Lage des Musterverfahrens gehindert war, neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, und der Zeitpunkt der Beiladung nicht auf einer Nachlässigkeit des Klägers beruht. Dies gilt auch, wenn der Kläger aus Nachlässigkeit seine Klage erst nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens erhebt. Der Kläger hat konkret darzulegen, aus welchen Gründen seine Beiladung erst zum erfolgten Zeitpunkt verfügt worden ist (§ 7 Abs. 3 KapMuG).