

Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt und Notar · Fachanwalt für Steuerrecht

Schreckensszenarien durch Ausweitung des Anlegerschutzes und Sammelklagen ?*

**- Oder: Wirtschaftlicher Fehlschlag von Kapitalanlagemodellen
stets ein kapitalanlagerechtlicher Haftungsfall ? -**

Inhaltsübersicht

| | | |
|------|--|----|
| I. | Einleitung | 2 |
| II. | Situation heute | 2 |
| III. | Was steht bevor ? | 5 |
| | 1. Grünbuch der EU-Kommission zu kollektiven Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher (vom 27.11.2008, KOM (2008) 794) | 5 |
| | 2. Kabinettsentwurf eines neuen Anlegerberatungs-Schutzgesetzes (vom 18.02.2009) | 6 |
| | 3. Klageindustrie | 9 |
| IV. | Wie kann man mit der Zukunft umgehen ? | 9 |
| | 1. Anlageberatung/Anlagevermittlung | 10 |
| | 2. Vorbereitungen gegen gesammelte Klagen bzw. Sammelklagen | 10 |
| | a) Klageindustrie | 10 |
| | b) Sammelklagen | 11 |
| | 3. Abwehrmöglichkeiten gegen auf Imageschädigung zielende Medienberichterstattungen | 12 |
| | 4. Wirtschaftlicher Fehlschlag von Kapitalanlagemodellen stets ein kapitalanlagerechtlicher Haftungsfall ? | 13 |
| V. | Fazit | 14 |

I. Einleitung

An anderer Stelle bin ich der Frage nachgegangen, wie zukunftsbezogen eine Reglementierung des freien Kapitalmarktes aussehen könnte, wenn Regelungen der MiFID¹⁾ im deutschen Recht im Wege der Wirkungserstreckung auch auf den freien Kapitalmarkt und dort z.B. auch auf geschlossene Fonds Anwendung finden würden und welche Konsequenzen damit verbunden sein könnten.²⁾ Dies wurde branchenintern seinerzeit bereits als Schreckensszenario angesehen wie beschrieben, während ich dem auch positive Seiten abgewinnen konnte.³⁾ Zu dieser Wirkungserstreckung der MiFID ist es bis heute (noch) nicht gekommen. Inzwischen wird jedoch berichtet, die EU-Kommission strebe an, die MiFiD auf alle Produkte auszuweiten.⁴⁾ Ungeachtet dessen ist es lohnenswert, darüber zu reflektieren, was sich auch unabhängig davon zukunftsorientiert abzeichnet.

Anlegerschutz ist auch aus Sicht der Kapitalanlagebranche nichts Negatives sondern aus Sicht der Marktteilnehmer etwas Positives, zumal wenn es darum geht, sich von unseriösen Marktteilnehmern abzugrenzen. Negativ wird das Schlagwort „Anlegerschutz“ erst dann, wenn interessierte Kreise – z.B. bestimmte sog. „Anlegerschutzanwälte“ und manche Brancheninformationsdienste – dieses Thema dazu instrumentalisieren, um eigene kommerzielle Interessen zu verfolgen und weniger, um Anleger zu schützen. Der in den Focus gerückte Anlegerschutz wird dann zum Instrument der Verfolgung solcher eigenen Interessen, worauf man sich einrichten sollte.

Dies erinnert an das Beispiel der sog. räuberischen Aktionäre, die unter dem Vorwand, für eine bessere Aktienkultur und gegen die Entrechtung von Aktionären zu streiten, zum eigenen kommerziellen Vorteil Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen führen, mit enormen wirtschaftlichen Schäden für betroffene Unternehmen. Und man tut sich außerordentlich schwer damit, diesem Phänomen Herr zu werden.⁵⁾

II. Situation heute

Trotz Finanzmarktkrise hat sich das Segment geschlossener Fonds in 2008 behauptet.⁶⁾ Für 2009 sind die Aussichten skeptischer zu beurteilen.⁷⁾

* Stand: 18.05.2009

1) Richtlinie Markets in Financial Instruments Directive vom 21.04.2004 (2004/39/EG)

2) *Wagner* in: Schoeller/Witt (Hrsg.), Jahrbuch Geschlossene Fonds 2006/2007, Seite 100 ff.

3) *Wagner* in: Schoeller/Witt (Hrsg.), Jahrbuch Geschlossene Fonds 2006/2007, Seite 100

4) Börsen-Zeitung v. 29.04.2009, Seite 3

5) Dazu z.B. *Baums/Keinath/Gajek*, Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse ? Eine empirische Studie, ZIP 2007, 1629; *Martens/Martens*, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Kampf gegen missbräuchliche Aktionärsklagen, AG 2009, 173

6) Lt. VGF Verband Geschlossene Fonds Pressemitteilung 02/09 wurde für 2008 folgendes festgestellt: Plaziertes Eigenkapital EUR 8,3 Mrd.. Investitionsvolumen EUR 15,4 Mrd.. Verwaltete Investitionen EUR 142 Mrd.. An Anleger getätigte Ausschüttungen von Fonds, die von VGF-Mitgliedern initiiert wurden: EUR 4 Mrd..

Bezogen auf geschlossene Immobilienfonds: Plaziertes Eigenkapital EUR 3,1 Mrd. (2007: EUR 4,1 Mrd./ - 26,1 %). Davon entfielen EUR 2,2 Mrd. auf Auslandsimmobilienfonds (2007: EUR 3 Mrd./ - 26,5 %).

7) Lt. FAZ vom 09.04.2009, Seite 23 kamen im 1. Quartal 2009 68 geschlossene Fonds auf den Markt (im Vergleichszeitraum 2008 waren es noch 113). Das geplante Plazierungsvolumen sei lt. einer Analyse von Feri Euro-Rating Services um 55 % auf EUR 1,8 Mrd. gefallen.

Marktteilnehmer des freien Kapitalmarktes unterliegen, sieht man von den gesetzlichen Regelungen i.S. Prospekt einmal ab (§§ 8f Abs. 1 ff. VerkProspG), derzeit keinen besonderen kapitalmarktrechtlichen gesetzlichen Vorgaben. Es werden aber Stimmen laut, die für ein Ende eines unreglementierten grauen Kapitalmarktes plädieren und sich dafür einsetzen, daß auch der bisherige graue Kapitalmarkt staatlicher Regulierung unterstellt werden soll.⁸⁾ Die Mitglieder des VGF Verband Geschlossene Fonds haben am 04.02.2009 ein Eckpunktepapier zur Regulierung geschlossener Fonds beschlossen.⁹⁾

In Anbetracht eines im wesentlichen gesetzlich unreglementierten freien Kapitalmarktes hat aber die Haftungsrechtsprechung zur Anlageberatungs-/vermittlungshaftung gesetzvertretende Funktion eingenommen. Dies nicht nur, indem in der Vergangenheit liegende Fälle entschieden werden, sondern weil damit zugleich auch Maßstäbe für die Zukunft gesetzt werden. Rechtsstaatlich problematisch ist daran zweierlei:

- Eine Haftungsrechtsprechung, die an die Stelle gesetzlicher Vorgaben tritt und durch die Rechtsprechung mit Rückwirkung zu Lasten der Marktteilnehmer immer neue Haftungskriterien erfindet.
- Eine Haftung nach Maßstäben, die zum Zeitpunkt des Geschehens oft überhaupt noch nicht vorhanden waren, ohne zudem nach den rechtlichen Grundlagen und der Frage des Verschuldens zu fragen.

Dies führt dazu, daß bei Kapitalanlegern, die sich z.B. an geschlossenen Fonds beteiligen und unternehmerische Beteiligungen eingehen, die auch Risiken in sich tragen, das Investment sich nicht so entwickelt kann wie erhofft. Kaum aber daß sich solche Abweichungen einstellen, wird dies zum Anlass genommen, Haftungsprozesse zu führen, um eingegangene wirtschaftliche Risiken zu verlagern. Die Rechtsprechung folgt dem weitgehend und differenziert doch: In dem Maße wie die Rechtsprechung sehr bereitwillig Kapitalanlagevertriebe und Initiatoren nach erfundenen Kriterien verurteilt, die zum Zeitpunkt der Geschehnisse seitens der Rechtsprechung selbst noch nicht erfunden worden waren, stellt sich die gleiche Rechtsprechung bei vergleichbaren Fällen vor den Staat (siehe z.B. Berlin- Fonds) und Kreditinstitute, um diese vor Haftungsansprüchen zu schützen. Diese offensichtlichen Ungleichbehandlungen sind die Folgen mangelnder

8) So *Schick*, Für ein Ende des Grauen Kapitalmarktes, in: Börsen-Zeitung vom 03.04.2009, Seite 8. *Schick* ist Abgeordneter des deutschen Bundestages, finanzpolitischer Sprecher von Bündnis 90/Die Grünen und stellvertretendes Mitglied im Wirtschafts- und Europa-Ausschuss.

9) Lt. VGF Verband Geschlossene Fonds Pressemitteilung 03/09 wird darin u.a. gefordert: Zulassungsvoraussetzungen für Anbieter und Vermittler geschlossener Fonds. *Anbieter* geschlossener Fonds sollen den Nachweis einer Eigenkapitalausstattung in Höhe von mindestens EUR 300.000,- sowie den Nachweis fachlicher Qualifikation erbringen. Freie *Vermittler* geschlossener Fonds sollen künftig ebenfalls einen Sachkundenachweis erbringen müssen, eine Vermögensschadenshaftpflicht nachweisen müssen und einer Registrierungspflicht unterliegen müssen.

Ferner Erweiterung der Prospektpflicht. Neben der formellen Prüfung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) solle eine materielle Prospektprüfung durch Wirtschaftsprüfer nach IDW S4 Standard vorgeschrieben werden, das Anlegern verfügbar gemacht werden solle. Neben dem Hauptprospekt solle ein Kurzprospekt eingeführt werden, das Anlegerinformationen vereinfachen solle.

Es werden Vorschläge für Standards i.S. Gesellschafts- und Treuhandverträge und zur gesetzlichen Regelung von Beratungspflichten für Vermittler geschlossener Fonds gemacht.

Bezüglich Provisionen soll eine Offenlegungspflicht begründet werden.

Bezüglich der Beratung soll eine Dokumentationspflicht eingeführt werden.

gesetzlicher Vorgaben und haben zudem das Vertrauen in die Unparteilichkeit von Richtern und Gerichten grundlegend beeinträchtigt.

Als weitere Folge hat sich daraus ein honorarträchtiges Geschäftsfeld für Anwälte entwickelt, von dessen Entartungen inzwischen berichtet wird.

„Dubiose Klagen: Anwälte zocken Anleger ab“¹⁰⁾

Anwälte wollen mit dubiosen Klagen hohe Honorare einstreichen

Unter dem Deckmantel des Anlegerschutzes verklagen fragwürdige Kanzleien Emissionshäuser - alles nur aus Profitsucht. Oft prozessieren die Anwälte wegen angeblicher Prospektmängel. Der Anleger fungiert nur als "Treibwild", um klagen und so satte Honorare einstreichen zu können. "Um Mandate zu erlangen, tun einige Kanzleien alles. Rechtliche und moralische Hemmschwellen werden überschritten und Anleger systematisch mit tausenden Briefen und Postwurfsendungen massiv eingeschüchtert. Mit ernst gemeinter Rechtsvertretung hat dies nichts mehr zu tun", so Anwalt

Wettbewerb unter Anwälten

Eine Ursache des Problems ist der große Wettbewerb zwischen Anwälten. Daher richten findige Juristen ihren Fokus auf Nischenbereiche wie den Kapitalmarkt. In diesem wettbewerbsarmen Bereich winken lukrative Honorare - und das, obwohl nur in den wenigsten Fällen ein begründbarer Einspruch gegeben ist.

Klage aus finanziellen Gründen

"Viele Kanzleien, die fragwürdige Klagen einbringen, haben zuvor noch nie auf diesem Gebiet gearbeitet und agieren insgeheim ausschließlich aus finanziellen Renditeerwägungen. Gutgläubige Mandanten werden damit zu Treibwild und sind leichte Beute", so gegenüber presstext. Laut dem Wirtschaftsrechtsexperten wüssten viele dubiose Kanzleien sogar, dass sie Prozesse verlieren und Klagen vor Gericht fallen gelassen werden. Anleger, die sich von derartigen Anwälten zum Einschreiten überreden lassen, bleiben somit häufig auf den Kosten sitzen.

Kosten von 30 Milliarden Euro jährlich

Einem Bericht der "Wirtschaftswoche"¹¹⁾ zufolge kostet diese Form der Rechtsberatung durch profithungrige Anwälte deutsche Anleger jährlich zwischen 20 und 30 Milliarden Euro. "Aufgrund des großen Verdrängungswettbewerbs hat sich die Masche mittlerweile zu einem Trend entwickelt. So werden Anleger hemmungslos verunsichert und rechtschaffene Fondsgesellschaften in den meisten Fällen zu Unrecht an den Pranger gestellt", sagt ein Brancheninsider im Gespräch mit presstext. Dabei sei die Vorgangsweise oft in gleicher Form gestrickt.

Rachefeldzüge gegen Emissionshäuser

Beispielsweise stellen selbsternannte Anlegerschützer Fondsprodukten ein sogenanntes "Transparenz-Rating" aus, um Emissionshäusern einige Wochen später nach der zuvor bescheinigten hohen Transparenz ein Angebot zu unterbreiten. Lehnen die Firmen aber den Zugang zu internetorientierten und umsatzaktiven Vertriebsmodellen ab, würden Rachefeldzüge gestartet, so der Insider.

Ziel sind hohe Honorare

Aufgrund der großen Schwemme und damit dem Überangebot an Anwälten in Deutschland scheint das Geschäft mit fragwürdigen Mandaten ein lukrativer Weg zu sein, hohe Honorare einzustreichen. Allein 2007 wurden in der Bundesrepublik im Schnitt über 20 Prozent der bereits einmal angestellten Advokaten arbeitslos. Dadurch, dass in Deutschland jährlich knapp 10.000 neue Absolventen hinzukommen, herrscht

10) Erschienenen am 13. Februar 2009 im Internet: *Christoph Schmidt* mit Material von presstext.de und dort einem nahezu wortgleichen Artikel von *Florian Fügemann*.

11) *Schönewitz*, Wirtschaftswoche vom 26.01.2009, Seite 83

ein aggressiver Verdrängungswettbewerb. "Bedingt durch die Finanzkrise und beträchtliche Verluste bei vielen Anlegern, scheinen sich diese besonders leicht von schwarzen Schafen zu unnötigen Klagen hinreißen lassen", erklärt So gebe es Kanzleien mit eigenen Abteilungen, die täglich Handelsregister durchforsten, um an Adressen der Emissionshäuser und auch der Anleger zu gelangen. Auch würden standardisierte Rundschreiben massenweise verschickt.

Alle Seiten verlieren

"Bei dieser Art der Mandantenkeilerei verlieren alle Seiten. Das beklagte Unternehmen hat mit Rufschädigung zu kämpfen und der Anleger muss am Ende noch für die Prozesskosten aufkommen", meint ein betroffener Branchenvertreter im Gespräch mit pressetext. Kritisiert werden aber auch dubiose Fragebogenaktionen in Form von Postwurfsendungen. Der Online-Branchendienst fondstelegramm warf in dieser Hinsicht beispielsweise der Kanzlei 2007 "Bauernfängerei" vor.

Klage gegen Fidura-Fonds

Im Vorjahr sorgte auch die Klage gegen den Fondsemittenten Fidura für Aufsehen. Damals hatte die Kanzlei wegen angeblichen Prospektmängeln des ersten Fidura-Fonds geklagt. Den Stein für die Klage ins Rollen brachten damals Angriffe des selbsternannten Anlegerschützers griffen die Vorwürfe auf und starteten einen Prozess gegen Fidura.

Sieg für das Fonds-Haus

Die drei Senate des Oberlandesgerichts München entschieden in voneinander unabhängigen Urteilen, dass die von behaupteten Prospektmängel nicht bestehen und die gegenständlichen Prospekte entsprechend fehlerfrei sind (AZ 8 U 2677/08; AZ 10 U 2332/08; AZ 23 U 2544/08). Auch das Argument, mit Sammelklagen ließe sich das individuelle Kostenrisiko für die Anleger senken, lassen Rechtsexperten nicht gelten. Schließlich besteht trotz Sammelklagen nach wie vor die Möglichkeit, dass diese vor Gericht getrennt werden. Der Anleger hat in einem solchen Fall das individuelle Kostenrisiko der Klage allein zu tragen. "Die Lage ist schlimm. Kaltakquise und Treibjagd nehmen zu und die Anwaltskammern legen die Hände in den Schoß", so abschließend."

III. Was steht bevor ?

1. Grünbuch der EU-Kommission zu kollektiven Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher (vom 27.11.2008, KOM (2008) 794)

Zweck dieses Grünbuchs war es, Ideen zu entwickeln und interessierte Kreise nach der eigenen Meinung bis zum 01.03.2009 zu befragen.

Dies deshalb, weil wohl in der EU-Kommission Überlegungen bestehen, ob und inwieweit dies zum Gegenstand einer Verordnung bzw. Richtlinie gemacht werden könnte. Damit reflektiert die EU-Kommission u.a. im Falle von Finanzdienstleistungen die Möglichkeit von Sammelklagen von Verbrauchern, unabhängig davon, wo der Beklagte in der EU seinen Sitz hat. Eine der vorgeschlagenen Optionen ist, ein kollektives Gerichtsverfahren vorzuschlagen, bei welchem allerdings Rechtsstreitigkeiten befördernde Elemente wie Strafschadensersatz und Erfolgshonorare vermieden werden sollen. Bezüglich der Finanzierung solcher kollektiver Gerichtsverfahren wird u.a. an Prozessfinanzierungsgesellschaften gedacht (davon gibt es in Deutschland derzeit 9¹²⁾). Andererseits wird auch darüber nachgedacht, wie eine „Industrie“ solcher Rechtsstreitigkeiten

12) In Deutschland sind derzeit folgende 9 Prozessfinanzierer tätig: Allianz ProzessFinanz GmbH, Aurelio Prozessfinanzierung AG & Co. KG, Foris AG, Juratec AG, Preußische Prozessfinanzierung GmbH, ProzessGarant AG, Roland Prozessfinanz AG, SLB Verwaltungsgesellschaft mbH

durch Anwälte (sog. Klageindustrie) verhindert werden kann, denen weniger der Verbraucherschutz als das eigene kommerzielle Interesse nahe liegt.

Zwar sieht das deutsche Prozessrecht (derzeit) die Möglichkeit von Sammelklagen nicht vor. Es häufen sich jedoch die Fälle, in denen auf Veranlassung von sog. Anlegerschutzanwälten - teilweise mit Prozessfinanzierungsgesellschaften im Hintergrund - Interessengemeinschaften organisiert werden, die entweder in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder durch eine Vielzahl von Klageverfahren mit immer neuen Klagewellen versuchen, Druck auf Initiatoren, Vertriebe und auch auf Kreditinstitute auszuüben. Dazu bedient man sich mitunter zudem der Negativberichterstattungen in Brancheninformationsdiensten, deren Anlass oft im Dunkeln bleibt. Dies oft genug deshalb, um eigene enttäuschte Erwartungen von Anlegern in die Form von honorarträchtigen Schadensersatzklagen zu kleiden. Diese bereits vorhandene Situation würde sich grundlegend verschärfen, wenn die Gedanken der EU-Kommission in Deutschland dazu führen würden, gesetzlich zivilprozessual auch die Möglichkeit von Sammelklagen zuzulassen.

Die Bundesregierung soll inzwischen eine Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommission i.S. kollektive Rechtsdurchsetzung abgegeben haben und der kollektiven Rechtsdurchsetzung eine Absage erteilt haben.¹³⁾ Der EU fehle eine überzeugende Rechtsgrundlage für gesetzgeberische Akte auf diesem Gebiet. Statt dessen scheint die Bundesregierung die Vorteile der Gewinnabschöpfung für erwägenswert zu halten, wobei allerdings abgeschöpfte Gewinne nicht an Repräsentanten der Geschädigten fließen dürften. Ferner werde eine direkte öffentliche Finanzierung kollektiver Klagen abgelehnt und es müsse dabei bleiben, daß die unterlegene Partei die Kosten der obsiegenden Partei zu tragen habe, damit Missbrauch verhindert werde. Und es müsse dabei bleiben, daß jeder Einzelschaden individualisiert darzulegen und zu beweisen sei.

2. Kabinettsentwurf eines neuen Anlegerberatungs-Schutzgesetzes (vom 18.02.2009)

Das Bundeskabinett beschloss am 18.02.2009 einen Gesetzentwurf, das der Verbesserung des Anlegerschutzes dienen soll, zugleich aber mit einer Verschärfung von Regelungen zu Lasten von Banken und Finanzvermittlern einhergehen soll.¹⁴⁾

- (1) Für Wertpapierdienstleistungsunternehmen soll in einem neuen § 34 Abs. 2a WpHG geregelt werden, dass für jede Anlageberatung ein schriftliches Protokoll angefertigt werden muß, das vom Anlageberater unterzeichnet und alsdann dem Kunden unverzüglich vor einem auf der Beratung beruhenden Geschäftsabschluss zur Verfügung gestellt werden muß.¹⁵⁾ Und erfolgt die Anlageberatung z.B. per Telefon, dann soll der Geschäftsabschluss ausnahmsweise auch schon vor Erhalt des Protokolls erfolgen können, wenn entweder eine technische Aufzeichnung vorgenommen wurde oder der Kunde ausdrücklich auf eine solche verzichtet hat.

13) Nachweis bei <http://www.fiw-online.de/aktuelles/2008/bundesregierung-sieht-zurzeit-keinen-bedarf-fuer-sammelklagen-im-verbraucherrecht/>

14) Gesetzentwurf der Bundesregierung betr. Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes.

15) Anders derzeit bei Anlageberatung betreibenden Banken: BGH 24.01.2006 – XI ZR 320/04, BGHZ 166, 56

Nach dem beabsichtigten § 14 Abs. 6 der Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung n.F. muß dieses Protokoll vollständige Angaben enthalten über

- den Anlass der Anlageberatung,
- die Dauer des Beratungsgesprächs,
- die der Beratung zugrunde liegenden Informationen über die persönliche Situation des Kunden, einschließlich der nach § 31 Abs. 4 Satz 1 Wertpapierhandelsgesetz einzuholenden Informationen, sowie über die Finanzinstrumente und Wertpapierleistungen, die Gegenstand der Anlageberatung sind,
- die vom Kunden im Zusammenhang mit der Anlageberatung geäußerten wesentlichen Anliegen und deren Gewichtung,
- die im Verlauf des Beratungsgesprächs erteilten Empfehlungen und die für diese Empfehlungen maßgeblichen Gründe.

Damit soll es Anlegern künftig erleichtert werden, Schadensersatzansprüche durchzusetzen.¹⁶⁾

- (2) Schadensersatzansprüche von Kunden gegen Wertpapierdienstleistungsunternehmen wegen Verletzung von Informationspflichten oder fehlerhafter Beratung i.V.m. Wertpapier(neben)-Dienstleistungen verjähren derzeit in 3 Jahren ab Entstehung des Anspruchs (§ 37a WpHG). Dieser § 37a WpHG soll aufgehoben werden, so daß künftig die normale Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB von 3 Jahren ab Anspruchsentstehung und Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände sowie des Schuldners gilt.

Diese beiden beabsichtigten Neuerungen werden sich auf Wertpapierdienstleistungsunternehmen und die für sie handelnden Anlageberater belastend auswirken, weshalb sie bereits zu erheblichen Diskussionen geführt haben, auch soweit sie mit Befürchtungen verbunden sind, diese für Wertpapierdienstleistungsunternehmen beabsichtigten gesetzlichen Regelungen könnten auf geschlossene Immobilienfonds erstreckt werden.¹⁷⁾

Diese beabsichtigten Neuerungen würden aber zunächst nur Wertpapierdienstleistungsunternehmen betreffen, also Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute sowie deren Zweigstellen, soweit sie Wertpapier(neben)dienstleistungen erbringen. Dazu gehören Beteiligungen an Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen und geschlossenen Fonds nicht, denn Anlagegegenstand sind hier keine Wertpapier(neben)dienstleistungen, weswegen der freie Kapitalanlagemarkt derzeit nicht unter das WpHG fällt.¹⁸⁾

ABER: Bei Beratungspflichtverletzungen von Anlageberatern des freien Kapitalmarktes gilt schon seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ab 01.01.2002 die normale Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB von 3 Jahren ab Anspruchsentstehung und Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände sowie des Schuldners. Und was das Fordern eines die Anla-

16) So *Aigner* in Wirtschaftswoche vom 26.01.2009, Seite 82, 86

17) z.B.: *Loritz*, Die Forderungen des Verbands geschlossener Fonds nach Reglementierungen – Mehr Schaden als Nutzen ? in: www.finanzwelt.de; *Loritz*, Brauchen wir neue Reglementierungen für Kapitalmärkte und auch für geschlossene Fonds ? in: www.finanzwelt.de; *Hofmann*, Neuer Anlegerschutz belastet den Mittelstand und Kunden, Börsen-Zeitung vom 27.03.2009, Seite 8

18) So z.B. OLG München 22.09.2005 – 19 U 2529/05, Rdn. 56. Daß geschlossene Fonds keine Finanzinstrumente i.S.d. § 2 Abs. 2b WpHG sind, siehe auch *Dörfler* EWiR 2009, 193, 194

gebarung dokumentierenden Protokolls mit der Folge einer faktischen Beweislastumkehr zu Lasten des Anlageberaters betrifft, ist es nicht ausgeschlossen, daß die Rechtsprechung in Anbetracht einer fehlenden gesetzlichen Regelung künftig dazu übergehen könnte, im Wege der Rechtsfortbildung dies auch für Anlageberater bei Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen sowie geschlossenen Fonds vorzuschreiben und sich dazu einen neuen § 34 Abs. 2a WpHG als Vorbild nehmen könnte.

Die Kritik, die beabsichtigten gesetzlichen Neuregelungen und die Befürwortung mancher, sie auf Produkte des freien Kapitalmarktes zu erweitern, mag im Hinblick auf Überregulierung und Belastungen berechtigt sein. Es könnte sich aber auch eine gegenteilige Sichtweise empfehlen:

Nahezu alle Prozesse, die von enttäuschten Anlegern und deren Anwälten geführt werden, werden entweder damit begründet, von Anbieterseite, Vertrieben bzw. Kreditinstituten seien (angeblich) anleger- und objektwidrige Empfehlungen abgegeben worden¹⁹⁾ oder über dieses oder jenes sei nicht aufgeklärt worden. Die Beweislast wurde von der Rechtsprechung jedenfalls bei Kapitalanlagevertrieben diesen auferlegt,²⁰⁾ was für den Prozessausgang für Kapitalanlagevertriebe einen grundlegenden Nachteil darstellt. Dokumentation und sei es die vom Gesetzgeber bzw. Verbänden angedachte, zwingt jedoch nicht nur den Kapitalanlagevertrieb zur Dokumentation, sondern sie hilft ihm damit - und ggf. Initiatoren und Kreditinstituten - zugleich, sich in gegen sie gerichteten Rechtsstreitigkeiten besser und erfolgreicher wehren zu können.

Diejenigen, die heute (noch) meinen, Prozesse seien für sie nicht relevant und wenn es einmal zu einem Rechtsstreit kommen sollte, rechtfertige dies nicht den angedachten Dokumentationsaufwand, sollten folgendes bedenken: Wenn die Klageindustrie in einem Ausmaß zunehmen sollte wie dies nachfolgend skizziert wird, dann könne solche Prozesse für betroffene Unternehmen - nicht nur für den einzelnen Anlageberater/Anlagevermittler - existentielle Ausmaße annehmen. Dies nicht nur finanziell, sondern insbesondere auch was das Markt-Image betrifft. Vor diesem Hintergrund könnte der Zwang zur Dokumentation zugleich dem Selbstschutz dienen.

3. Anlageverwaltung bei geschlossenen Fonds

Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bedarf der schriftlichen Erlaubnis der BaFin, wer im Inland geschäftsmäßig Finanzdienstleistungen erbringen will. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 24.09.2008 zur Fortentwicklung des Pfandbriefrechts soll § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG um folgende Nr. 11 erweitert werden, so daß auch die sog. Anlageverwaltung genehmigungspflichtig werden soll.²¹⁾ Unter Anlageverwaltung soll folgendes verstanden werden:

„Finanzdienstleistungen sind

.....

11. die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten für eine Gemeinschaft von Anlegern, die natürliche Personen sind, mit Entscheidungsspielraum bei der Auswahl der Finanzinstrumente, sofern dies ein Schwerpunkt des angebotenen

19) Zur derzeitigen Rechtslage BGH 09.09.1998 – XI ZR 170/07, BGHZ 175, 276

20) Anders teilweise bei Immobilienverkäufern und Kreditinstituten. Dazu siehe *Wagner* WM 2008, 1053 m.w.N.

21) BR-Drs. 703/08, Seite 17

Produktes ist und zu dem Zweck erfolgt, dass diese Anleger an der Wertentwicklung der erworbenen Finanzinstrumente teilnehmen (Anlageverwaltung).“

Dazu sollen auch geschlossene Fonds gehören, insbesondere solche in der Rechtsform der GmbH & Co. KG, bei denen Anleger nur mittelbar über einen Treuhandkommanditisten beteiligt werden.²²⁾ Dies aber nur dann, wenn bei der Anschaffung bzw. Veräußerung von Finanzinstrumenten ein Entscheidungsspielraum besteht (z.B. ein geschlossener Immobilienfonds investiert nicht nur in eine Immobilie sondern daneben auch noch in Aktien einer Immobilien-AG). Die Erlaubnispflicht soll mithin davon abhängig sein, daß Anlegergelder zum aktiven Handel mit Finanzinstrumenten (§ 1 Abs. 11 Satz 1 und 2 KWG) verwendet werden und dies einen Produktschwerpunkt darstellt.

Diese Regulierung soll dem Anlegerschutz dienen.²³⁾ Sie erfaßt allerdings nicht alle geschlossene Fonds, also auch nicht den klassischen geschlossenen Immobilienfonds, der in eine oder mehrere Immobilien investiert,²⁴⁾ so daß ein Großteil des freien bzw. grauen Kapitalmarktes insoweit unreguliert bleibt.

4. Klageindustrie

Schon vor Jahren habe ich auf eine bevorstehende Entwicklung hingewiesen,²⁵⁾ die inzwischen Realität geworden ist und von der WIRTSCHAFTSWOCHE²⁶⁾ in einem sehr interessanten Artikel mit folgender Überschrift versehen wurde: „Profithungrige Anlegeranwälte drängen Tausende von der Finanzkrise gebeutelte Investoren zu Klagen, die zweifelhafte Aussichten auf Erfolg haben.“ So wird u.a. darauf hingewiesen, daß solche Anlegerschutzanwälte ihre Honorarmaximierung im Auge habend zu Lasten von Anlegern Kosten zwischen EUR 20 Mrd. und EUR 30 Mrd. verursachen würden. Deren Tätigkeiten würden erleichtert werden, wenn die vorgenannten Änderungen (auch für den freien Kapitalanlagemarkt) Realität würden. Auch oben wurde darauf schon hingewiesen.

IV. Wie kann man mit der Zukunft umgehen ?

Marktteilnehmer des freien Kapitalanlagemarktes sind gut beraten, nicht erst dann aktiv zu werden, wenn sich vorgenannte Entwicklungen kumulativ auch bei ihnen einstellen, sondern bereits jetzt darüber nachzudenken, wie man sich vorsorgend auf diese Entwicklungen einstellen könnte. Hier sollen einige Gedanken zur Diskussion gestellt werden.

22) Eßer WM 2008, 671 f.

23) BR-Drs. 703/08, Seite 72

24) Glander, Börsen-Zeitung vom 31.03.2009, Seite 2, auch nicht Private-Equity-Fonds, wohl aber solche geschlossene Fonds, die in Aktien, Derivate, Schuldverschreibungen oder Geldmarktinstrumente, wie z.B. Hedgefonds, investieren.

25) Wagner, Abwehrmöglichkeiten gegen auf Imageschädigung zielende Medienberichterstattungen und Sammelklagen, in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (08/2001), Fach 0302

26) Vom 26.01.2009, Seite 83 ff.

1. Anlageberatung/Anlagevermittlung

Beides hat sich inzwischen als ein äußerst haftungsträchtiges Betätigungsfeld erwiesen. Haftungsminimierung ist nur auf zwei Wegen möglich:

- Steigerung der Informations- und Beratungsqualität und
- bessere Dokumentation dessen, worüber man aufgeklärt und beraten hat.

Beides kommt dem Anleger zu Gute, beides ist aber zugleich auch geeignet, sich als Vertrieb, Kreditinstitute bzw. Initiatoren selbst zu schützen.

Ersteres kann durch verbesserte Schulungen in Angriff genommen, für letzteres könnte sich ein Beratungsprotokoll an folgendem orientieren:

Zum einen daran, was der Gesetzgeber für Wertpapierdienstleistungsunternehmen beabsichtigt, auch wenn es sich um Kapitalanlageprodukte des freien Kapitalmarktes handelt. Hinzu kommen sollte: Um zu vermeiden, daß man bei eigener Aufklärung bzw. Beratung etwas vergißt, wäre für ein Beratungsprotokoll zudem ein Raster zu erstellen, das sich jeweils an den Vorgaben der Rechtsprechung orientieren würde und bei neuer Rechtsprechung jeweils angepaßt würde. Insoweit würde es sich nicht alleine um ein Ergebnisprotokoll sondern eher um ein Inhaltsprotokoll handeln, das man sich vom Anleger unterschreiben lassen würde, ehe dieser zeichnet.

2. Vorbereitungen gegen gesammelte Klagen bzw. Sammelklagen

a) Klageindustrie

Hier könnte zukunftsorientiert erwägenswert sein, dann, wenn sich abzeichnet, daß solche Klagen missbräuchlich erhoben werden, sich nicht nur auf die Abwehr solcher Klagen einzurichten, sondern umgekehrt selbst klageweise gegen besagte Personen vorzugehen. Es kann je nach Einzelfall erwägenswert sein, über ähnliche Strategien nachzudenken, wie sie schon auf anderen Feldern sich abzeichnen. So hat z.B. der BGH²⁷⁾ bereits iudiziert, daß dann, wenn jemand unberechtigt missbräuchlich einen anderen mit Forderungen konfrontiert und diesem Angegriffenen bei der Abwehr Kosten entstehen, der Angegriffene als Anspruchsgrundlage für eigene Schadenersatzansprüche u.a. deliktische Anspruchsgrundlagen (§§ 823, 826 BGB) in Betracht nehmen kann. Diese Rechtsprechung hat der BGH inzwischen fortgeführt.²⁸⁾ Auf die Möglichkeit eigener Gegenklagen angegriffener Vertriebe bzw. Kreditinstitute hatte ich bereits vor 8 Jahren hingewiesen,²⁹⁾ ohne daß dies aber bisher Realität geworden wäre.

Eine ähnliche Rechtsprechung ist inzwischen bekannt geworden durch eine sehr publicityträchtige Entscheidung des OLG Frankfurt.³⁰⁾ In dieser Entscheidung bejahte das OLG eine Schadenersatzpflicht aus vorsätzlich unerlaubter Handlung (§ 826 BGB) wegen vorsätzlich sittenwidriger Zufügung eines Schadens, weil ein sog. räuberischer Aktionär rechtsmissbräuchlich aktienrechtlich eine Anfechtungsklage gegen einen Kapitalerhöhungsbeschluss einer Aktiengesellschaft

27) BGH 12.12.2006 – VI ZR 224/05, NJW 2007, 1458

28) BGH 16.01.2009 – V ZR 133/08, n.V.

29) *Wagner*, Abwehrmöglichkeiten gegen auf Imageschädigung zielende Medienberichterstattungen und Sammelklagen, in: *Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB)*, (08/2001), Fach 0302 Rdn. 150

30) OLG Frankfurt 13.01.2009 – 5 U 183/07, WM 2009, 309

sellschaft erhoben hatte, um sich letztlich seine Klage im Vergleichsweg „abkaufen“ zu lassen. Das OLG bejahte den im Wege der Widerklage gegen besagten klagenden „räuberischer Aktionär“ geltend gemachten Schadensersatzanspruch mit dem Hinweis, daß Schaden jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage oder Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des anderen sei. Und da hier die Klage missbräuchlich erhoben worden sei, weil sie mit dem Ziel geführt worden sei, „die verklagte Gesellschaft in grob eigennützig Weise zu einer Leistung zu veranlassen, auf die er [der Kläger] keinen Anspruch hat und billigerweise auch nicht haben kann,“ wurde eine Schadensersatzpflicht des Anfechtungsklägers durch das OLG Frankfurt bejaht. Daran ändere sich - so das OLG - nicht dadurch etwas, daß ja das Unternehmen die Möglichkeit gehabt habe, sich gegen die missbräuchliche Klage zu wehren.

In eine ähnliche Richtung weist ein lesenswerter Fachbeitrag von,³¹⁾ der zu dem Ergebnis kommt, daß deliktsrechtlich begründete Schadensersatzklagen vor einem deutschen Gericht gegen US-Klägeranwälte wegen der Erhebung offenkundig missbräuchlicher US-Sammelklagen gegen deutsche Unternehmen Erfolg versprechen kann. Da liegt der Gedanke nicht fern, ob nicht auch deliktsrechtliche Schadensersatzklagen gegen Klägeranwälte in Fällen offenkundig missbräuchlicher Massenklagen gegen Kapitalanlagevertriebe bzw. Kreditinstitute Erfolg versprechen könnte.

Hier zeichnet sich insgesamt eine neue Entwicklung ab, die im Auge hat, missbräuchlichen Klagen Einhalt zu gebieten, wenn solche Kläger die Absicht haben, mit solchen Klagen Erpressungspotential aufzubauen, um damit letztlich nicht Urteile sondern Vergleiche erzwingen zu wollen oder gar nur dem kommerziellen Interesse solcher Klägeranwälte dienen sollen, von denen die Wirtschaftswoche berichtet hat und die sich inzwischen pro Jahr auf Kosten zwischen EUR 20 bis 30 Mrd. belaufen sollen.³²⁾ Die Tür dazu, daß solche Klagen möglich sind, ist aufgestoßen. Die Voraussetzungen dafür, solche Schadensersatzklagen auch mit Erfolg führen zu können, sind jedoch derzeit noch mit Unsicherheiten behaftet, denn wann eine offensichtlich missbräuchliche Klage vorliegt, ist oftmals eine Wertungsfrage, die nicht stets mit Sicherheit beantwortet werden kann.

b) Sammelklagen

Sollte die Kollektivklage, auch Sammelklage genannt, auch in Deutschland gesetzlich ermöglicht werden - ob mit oder ohne Initiative der EU-Kommission -, wird dies von sog. Anlegerschutzanwälten nicht nur gerichtlich genutzt werden, sondern auch jeweils medienwirksam in Szene gesetzt werden. Bereits jetzt schon richten sog. Anlegerschutzanwälte bei gesammelten Klagen zu Akquisitionszwecken, aber auch zur Information für Jedermann – also auch die Medien - im Internet projektbezogene Homepages ein, die oft Ausgangspunkt für einseitige Medienberichterstattungen sind. Dies wird dann zunehmen, wenn in Deutschland gesetzlich Sammelklagen ermöglicht werden.

Dies wird die Tendenz ausweiten, wirtschaftliche Fehlschläge bei Kapitalanlagemodellen stets als kapitalanlagerechtlichen Haftungsfall zu propagieren, um dabei in Vergessenheit geraten zu lassen, daß jeder Beteiligung an Kapitalanlagen Risiken immanent sind, die auch eintreten können, was jedem Kapitalanleger bewußt sein muß. Denn auch wenn von der Rechtsprechung mangels gesetzlicher Regelungen das Kapitalanlagerecht des freien Kapitalanlagemarktes nach ver-

31) *Bellinghausen/ Patheentharaajah* ZIP 2009, 492

32) *Schönewitz*, Wirtschaftswoche vom 26.01.2009, Seite 83

braucherschutzrechtlichen Kriterien behandelt wird,³³⁾ so ist doch als Maßstab des Empfängerhorizontes des Anlegers nicht auf den sog. „dummen Verbraucher“ abzustellen,³⁴⁾ sondern auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher (= mündiger Verbraucher).³⁵⁾ Und eine solche sich abzeichnende Entwicklung wird dadurch verstärkt werden, daß sie auch ein neues Geschäftsfeld für Prozessfinanzierer sein wird.³⁶⁾

Folglich ist es ratsam, sich als potentiell Betroffene schon jetzt auf solches vorzubereiten. Dazu wird gehören, sich nicht nur versierter und im Kapitalanlage recht erfahrener (Prozess-) Anwälte zu versichern, sondern zugleich vorsorgend ein Team zu organisieren, dem auch erfahrene Personen angehören, die über Beziehungen zu den Medien verfügen. Denn medialen Angriffen sollte man auf medialer Ebene begegnen. Dazu kann auch gehören, sich vergleichbarer Mittel zu bedienen, die auch die Angreiferseite sich nutzbar machen würde/könnte.

3. Abwehrmöglichkeiten gegen auf Imageschädigung zielende Medienberichterstattungen

Bereits die Vergangenheit hat gezeigt, daß Medien nicht nur berichten, sondern aus unterschiedlichen Motiven heraus mitunter der Ausgangspunkt für imageschädigende Medienberichterstattungen sind, welche dann Prozessaktivitäten vorgenannter Personenkreise nach sich ziehen können.³⁷⁾ U.a. wird damit beabsichtigt, auf diese Weise u.a. Vertriebsunternehmen damit zwingen zu wollen, über diese Negativberichterstattungen Anleger aufklären zu müssen, so daß deren Kapitalanlagevertrieb zum Erliegen kommt.³⁸⁾ Wie man sich solcher Angriffe erwehren kann, wurde von mir bereits von 8 Jahren beschrieben.³⁹⁾

33) *Wagner*, Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrecht auf das Recht des freien Kapitalmarktes, in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS Thode, 2005, Seite 705, 707, 721 m.w.N.

34) *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, 1998, Seite 393; *Wagner*, Sind Kapitalanleger Verbraucher ? BKR 2003, 649, 652 f. und FN 53

35) *Wagner*, Sind Kapitalanleger Verbraucher ? BKR 2003, 649, 652 f.; *Wagner*, Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrecht auf das Recht des freien Kapitalmarktes, in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS Thode, 2005, Seite 705, 720, 727

36) In Deutschland sind derzeit folgende 9 Prozessfinanzierer tätig: Allianz ProzessFinanz GmbH, Aurelio Prozessfinanzierung AG & Co. KG, Foris AG, Juratec AG, Preußische Prozessfinanzierung GmbH, ProzessGarant AG, Roland Prozessfinanz AG, SLB Verwaltungsgesellschaft mbH

37) Dazu siehe z.B. *Wagner*, Beeinflusste Presseberichterstattungen der Branchen- und Wirtschaftspresse und ihre Folgen am Kapitalanlagemarkt, WM 2003, 1158. Zum gleichen Thema mit dem weiteren Untertitel „Anlegerschutz durch oder gegenüber der Branchen-/Wirtschaftspresse ?“ *Wagner* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (01/2003), Fach 0303

38) Dazu siehe *Assmann*, Negativberichterstattung als Gegenstand der Nachforschungs- und Hinweispflichten von Anlageberatern und Anlagevermittlern, ZIP 2002, 637; *Edelmann*, Gibt es eine Hinweispflicht des Anlagevermittlers/-beraters auf negative Presseberichterstattungen ? BKR 2003, 438; *Loritz*, Aufklärungs- und Informationsbeschaffungspflichten über Presseberichte beim Vertrieb von Kapitalanlagen, NZG 2002, 889; *Wagner*, Kapitalanlagerechtliche Aufklärungspflichten über jede Art von Negativberichterstattungen ? WM 2002, 1037; *Wagner*, Keine kapitalanlagerechtlichen Aufklärungspflichten über jede Art von Negativberichterstattungen, BKR 2005, 436

39) *Wagner*, Abwehrmöglichkeiten gegen auf Imageschädigung zielende Medienberichterstattungen und Sammelklagen, in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (08/2001), Fach 0302

- Erarbeitung einer Abwehrstrategie (incl. Zielbestimmung, Sachverhaltsermittlung, rechtliche Würdigung und Öffentlichkeitsarbeit, letzteres, um öffentlich unseriöse Maßnahmen von sog. Anlegerschutzanwälten und deren „Gehilfen“ gegenüber Medien und Anlegern zu verdeutlichen).
- Rechtliche Gegenmaßnahmen (dazu gehören u.a. Unterlassungsansprüche, Gegendarstellungsansprüche, Berichtigungsansprüche, Schadensersatzansprüche per einstweiligem Rechtsschutz und Hauptsacheprozesse)
- Aufstellen eines Projektteams.

Vergleichbar argumentiert *von Mettenheim*,⁴⁰⁾ der zusätzlich bei missbräuchlichem Vorgehen von sog. Anlegerschutzanwälten die Einschaltung der jeweils zuständigen Rechtsanwaltskammern vorschlägt und zudem auf die Möglichkeiten der Überwachung des Internets im Hinblick auf Aktivitäten der Gegenseite verweist.

An all dem hat sich nicht dadurch etwas geändert, daß der BGH⁴¹⁾ iüngst folgende Einschränkungen zur Aufklärungs- bzw. Informationspflicht bei Negativberichterstattungen iudiziert hat:

„Eine Bank muss nicht jede negative Berichterstattung in Brancheninformationsdiensten über von ihr vertriebene Kapitalanlagen kennen.

Hat eine Bank Kenntnis von einem negativen Bericht in einem Brancheninformationsdienst, muss sie ihn bei der Prüfung der Kapitalanlage berücksichtigen. Anlageinteressenten müssen aber nicht ohne weiteres auf eine vereinzelt gebliebene negative Publikation, deren Meinung sich in der Fachöffentlichkeit (noch) nicht durchgesetzt hat, hingewiesen werden.“

In ähnlicher Weise iudiziert inzwischen auch der III. Senat des BGH.⁴²⁾ Auch dieser führt aus, daß nicht über jede Art von Negativberichterstattung informiert werden müsse, zumal dann nicht, wenn in einer Negativberichterstattung keine aufklärungspflichtigen Umstände mitgeteilt würden. Hinzu kommt, daß auch der III. Senat des BGH iudiziert, daß nicht sämtliche Publikationsorgane vorgehalten werden müßten, ausgenommen die Börsenzeitung, die Financial Times Deutschland, das Handelsblatt und die FAZ.

4. Wirtschaftlicher Fehlschlag von Kapitalanlagemodellen stets ein kapitalanlagerechtlicher Haftungsfall ?

Kapitalanlagerechtlich haftungsrelevant ist im Grunde der Vorwurf, nicht anlagegerecht bzw. nicht anlegergerecht aufgeklärt bzw. beraten zu haben, einerlei ob per Prospekt oder in der Anlageberatung bzw. aus Anlasse der Anlagevermittlung. Dazu kann auch gehören, für einen Fonds ein Investment vorgesehen zu haben, das entweder besser oder risikoloser dargestellt wurde, als es in Wirklichkeit war (sog. Objektisiken). Nicht der Fehlschlag des Investments ist folglich haftungsbegründend, sondern die spätestens zum Beitrittszeitpunkt vorzunehmen gewesene Information, Aufklärung oder Beratung darüber, daß das Investment des Fonds von vornherein

40) *von Mettenheim* finanzwelt 02/2009, 128, 129

41) BGH 07.10.2008 - XI ZR 89/07, NJW 2009, 3700

42) BGH 05.03.2009 – III ZR 302/07, DB 2009, 731

nicht so werthaltig sein würde wie in Aussicht gestellt bzw. mit hohen Risiken behaftet sein würde (sog. Informationsrisiken).⁴³⁾

Dies führt zu der weitergehenden Frage, ob nicht Initiatoren bzw. Gründungsgesellschafter von Fonds *unabhängig* von Fragen rechtlicher Notwendigkeit⁴⁴⁾ von vornherein das beabsichtigte Fondsinvestment durch neutrale Sachverständige begutachten lassen sollten, um einerseits Risikominimierung für sich selbst zu betreiben und andererseits darauf dann Prospektaussage, Information und Beratung aufzubauen.

V. Fazit

Soweit es als Schreckensszenarien durch Ausweitung des Anlegerschutzes proklamiert wird, weil für Wertpapierdienstleistungsunternehmen

- Beratungsprotokolle kommen sollen und
- die normalen Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 BGB den Sonderverjährungsvorschrift des § 37a WpHG ablösen soll

und dies u.U. auf den freien Kapitalmarkt erstreckt werden könnte, sind dies keine Schreckensszenarien, wenn man eine andere Sichtweise einnimmt:

Die Veränderung der Verjährungsvorschriften bei Wertpapierdienstleistungsunternehmen würde sich nur dem anpassen, was im freien Kapitalmarkt bereits jetzt schon gilt.

Und vor dem Hintergrund einer schon vorhandenen Klageindustrie, die zunehmen wird, wenn in Deutschland gesetzlich Kollektivklagen (= Sammelklagen) ermöglicht würden, dienen Dokumentationspflichten nicht nur Anlegern, sondern auch dem Selbstschutz von Marktteilnehmern.

43) Zu dieser Unterscheidung *Wagner*, Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrecht auf das Recht des freien Kapitalmarktes, in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS Thode, 2005, Seite 705, 724 f.

44) *Wagner*, Bewertungsfragen bei Immobilien-Kapitalanlagen durch Beteiligungen an (steuerorientierten) geschlossenen Immobilienfonds, WM 2008, 1053; *Wagner*, Bewertungsgrundlagen bei geschlossenen Immobilienfonds, BKR 2008, 189; *Wagner*, Bewertungsgrundlagen bei geschlossenen Immobilienfonds, Der Sachverständige 2009, 98