

zusehen, wieso ein Verbot der Burka nicht *generell*, also nicht nur im Straßenverkehr oder in Schulen und Behörden, gelten muss; ist sie im Englischen Garten unproblematisch?

Ob das Verschwinden der Burka bereits durch die „öffentliche Meinung“, wie *Gerhardt* – in Angrenzung zu der Rechtslage in Frankreich und Belgien – meint, zu erreichen sein wird, ist zu bezweifeln. Die deutsche Wertordnung unterscheidet sich nicht wesentlich von der der anderen westeuropäischen Länder; im Gegenteil, manchen modernen Rechtsgrundsatz wie Freiheit und Gleichheit – der seinerzeit (leider!) gegen die christlichen Kirchen durchgesetzt werden musste – verdanken wir bekanntlich nicht zuletzt der Französischen Revolution. Müsste von daher in Bezug auf die Rechtslage die Frage eigentlich nicht lauten, warum der deutsche Gesetzgeber *nicht* so verfahren soll wie der in Frankreich oder Belgien?

Der Staat des GG wird häufig als „wehrhafte Demokratie“ bezeichnet. Es soll hier weder einem „bevormundendem“ Staat noch – auch dies zur Klarstellung – einer „Islamophobie“ oder irgendeiner Behinderung einer *mit der Werteordnung des GG in Einklang zu bringenden* Ausübung des islamischen Glaubens das Wort geredet werden. Da aber leider zu befürchten ist, dass das Problem Burka – wie auch andere, aus der fundamentalistischen Form des Islam kommende, mit den allgemeinen Menschenrechten, wie sie in unserem Grundrechtskatalog ihren Niederschlag gefunden haben, unvereinbaren Phänomene Zwangsverheiratung, „Ehrenmord“, Verweigerung einer ordentlichen Schulausbildung für Frauen – auch in unserem Land ohne ein gesetzliches Verbot (soweit ein solches nicht sowieso schon existiert) nicht in den Griff zu bekommen sein werden, ist eine gesetzliche Regelung erforderlich. Ein solches Gesetz wäre auch nicht zuletzt in sozialpsychologischer Hinsicht ein klarstellendes Zeichen. Somit bleibt der Gesetzgeber in Berlin gefordert!

Assessor Gunther Britz, Langenfeld

Die Ahndung von NS-Gewaltverbrechen im deutsch-deutschen Vergleich – Das „Unsere Leute-Prinzip“

(zu *Rüter/Bästlein*, ZRP 2010, 92)

Der Darstellung von *Rüter* und *Bästlein* ist in vollem Umfang zuzustimmen. Dennoch sollte das „Unsere Leute-Prinzip“ um ein weiteres Element ergänzt werden, um die soziologisch wirksamen Mechanismen zu verstehen, nämlich die Konzeption von Sieger- und Verliererjustiz. Im vergangenen Jahrhundert scheint Deutschland geradezu das Laboratorium gewesen zu sein, in dessen Verlauf deren Tragfähigkeit speziell im Bereich der Justizkriminalität untersucht werden kann. Dabei lassen sich fünf verschiedene Phasen unterscheiden, besonders bei der Behandlung der Rechtsbeugung.

1. Die Leipziger Kriegsverbrecherverfahren ab 1921 schonten die Täter und können daher als typische Verliererjustiz bezeichnet werden. Das Reichsgericht sah im Zusammenwirken mit einer darauf angelegten Anklagepolitik in den Angeklagten eher politisch Verfolgte als Verbrecher. Auf Grund dieser offensichtlichen Farce zogen die Siegermächte ihre Prozessbeobachter ab. Bis 1927 konnte deshalb das Reichsgericht rund 1700 Verfahren stillschweigend einstellen.

2. Auf der Grundlage des Alliierten Kontrollratsgesetzes Nr. 10 setzte die amerikanische Militärregierung mit der Verordnung Nr. 7 vom 26. 10. 1946 den Militärgerichtshof Nr. III ein. Der so genannte Juristenprozess ahndete als Siegerjustiz eine Reihe der unter der NS-Herrschaft verübten Justizverbrechen der Beteiligung an Erlass und Durchführung von NS-Terrorgesetzen: Am 3. und 4. 12. 1947 wurde in vier Fällen lebenslanges Zuchthaus, in vier Fällen Freispruch und in den übrigen Fällen Freiheitsstrafen von fünf bis zehn Jahren Zuchthaus ausgesprochen.

3. Mit dem kalten Krieg und der Übertragung der Strafgewalt auf die Bundesrepublik verwandelte sich die strafende Siegerjustiz der Alliierten in eine die Täter schonende Verliererjustiz vor allem im Bereich der Justiz: Nicht ein einziger NS-Richter oder NS-Staatsanwalt wurde – ungeachtet schärfster Proteste aus dem In- und Ausland – rechtskräftig verurteilt. NS-Gesetze und Terrorverordnungen wurden für gültiges Recht erklärt, das NS-Richter und NS-Staatsanwälte bedenken- und straflos anwenden konnten. Vorgeblich zum Schutz der (NS-!)Rechtspflege erlaubte man justiziellen Teilnehmern an Mord, Terror, Menschenrechts- und Kriegsverbrechen, sich auf das Richterprivileg zu berufen.

4. Die sowjetisch gesteuerte Siegerjustiz in der ehemaligen DDR hingegen verurteilte bis 1984 insgesamt 149 Richter und Staatsanwälte wegen ihrer Mitwirkung in der NS-Justiz, darunter allerdings nur fünf ehemalige Juristen des *Volksgerichtshofs*. Der Rest hatte sich rechtzeitig in den Westen abgesetzt und konnte auf Verständnis und Richterprivileg, verbunden mit reichlichen Pensionsbezügen, rechnen. Im Osten Deutschlands steuerten und überwachten Sonderstrafkammern sowie die Rechtsabteilung des Zentralkomitees tausende von NS-Verfahren, in denen weder Verteidiger noch Öffentlichkeit zugelassen waren und sowjetische Protokolle Beweise ersetzten.

5. Die Aufarbeitung der Rechtsbeugung in der DDR bildet das bisher letzte Kapitel in dieser düsteren Geschichte. Die neue Robe der Siegerjustiz zwingt die bundesdeutsche Justiz dazu, das Richterprivileg wenigstens bei schweren Menschenrechtsverletzungen aufzugeben, das sie im alten Gewand der Verliererjustiz der Nachkriegszeit für unverzichtbar erklärte. Rechtsstaat und Gerechtigkeit sind eben fragil und ambivalent, wenn es darum geht, eigene Leute zur Verantwortung zu ziehen. Man wird das an schauerlichen Ereignissen in Afghanistan, Irak, Guantanamo, dem Nahen Osten und allen sonstigen Brennpunkten der Welt beobachten können.

Ministerialrat Dr. Axel Schwarz, Moritzburg

„Zertifikate“ gehören nicht in die Hand privater Anleger!

(zu *van Randenborgh*, ZRP 2010, 76)

Van Randenborgh fordert in seinem Beitrag, dass der Erwerb von Zertifikaten durch private Anleger verboten oder zumindest deutlich erschwert werden sollte. Dieser Forderung an den Gesetzgeber ist uneingeschränkt zuzustimmen. Zertifikate und andere strukturierte Finanzinstrumente sollten nur an professionelle Kunden veräußert werden dürfen. Neben den von *van Randenborgh* hierfür aufgeführten Argumenten, gibt es noch weitere gute Gründe:

1. Selbst Emittenten erachten ausweislich ihrer Basisprospekte Zertifikate regelmäßig nur für professionelle Anleger i.S. des § 31 a II 1 WpHG als geeignet (z. B. DZ-Bank Cobold-Balino Credit Linked-Schuldverschreibung, Lehmann Bonus Express-Zertifikate). Vor diesem Hintergrund würde der Gesetzgeber nur die Einstufung der Emittenten übernehmen, wenn er von vornherein festlegen würde, dass strukturierte Finanzinstrumente nur an professionelle Anleger veräußert werden dürfen. Der Grund, weshalb sich die Emittenten gegen eine solche Regelung wenden, liegt in der gelebten Vertriebspraxis der Banken. So werden entgegen den Darstellungen in den Basisprospekten diese strukturierten Finanzinstrumente oftmals an unerfahrene Privatanleger veräußert, denen der Basisprospekt weder vor noch nach der Kapitalanlage übergeben wird.

2. Privatanleger können bei Zertifikaten regelmäßig nicht erkennen, welche Leistung sie erhalten. Denn das Leistungsversprechen dieser strukturierten Finanzinstrumente ist selbst für professionelle Anleger nur schwer zu durchschauen. Der Privatanleger hat wenig Chancen zu erkennen, ob und wenn ja, welchen

Betrag er unter welchen Voraussetzungen, zu welchem Zeitpunkt zurückerhält. Die mit mathematischen Formeln gefüllten Rückzahlungsbedingungen kann der Privatanleger regelmäßig nicht verstehen. An dieser Intransparenz des Leistungsversprechens hat § 3 des neuen Schuldverschreibungsgesetzes (SchVG) nichts geändert. So führt § 3 SchVG schon deshalb nicht zu einer erhöhten Transparenz, weil nach dem Wortlaut des § 3 SchVG schon nicht das Leistungsversprechen transparent zu sein hat, sondern diese Norm sieht nur vor, dass das Leistungsversprechen „ermittelt werden kann“. Darüber hinaus senkt § 3 SchVG die ohnehin nur marginale Schwelle des „das Leistungsversprechen ermitteln können“ noch dadurch ab, dass derjenige, der es ermitteln können muss, ein Anleger zu sein hat, der hinsichtlich der jeweiligen Art von Schuldverschreibungen sachkundig ist. Damit verkommt diese allenfalls marginal vorhandene Schwelle zu einem leeren Programmsatz.

3. Für ein Veräußerungsverbot von Zertifikaten an Privatanleger spricht auch, dass die Preisfeststellung etwa beim Ausgabepreis eines Zertifikats durch die Emittenten erfolgt und hierbei nicht von unabhängigen Dritten geprüft wird. Während beispielsweise bei über die Börsen gehandelten Wertpapieren die Börsenpreise gem. § 24 II BörsG ordnungsgemäß zu Stande kommen und der wirklichen Marktlage des Börsenhandels entsprechen müssen, sind Preisfeststellungen etwa bei Zertifikaten durch die Emittenten beeinflusst. So führt etwa die HVB in den Bedingungen des HVB Express Zertifikats aus: „*Der Ausgabepreis des Zertifikats basiert auf den Preisfindungsmodellen der Emittentin und kann einen für den Anleger nicht erkennbaren Aufschlag auf den rein mathematischen Wert aus diesen Modellen enthalten. Die Höhe des Aufschlages liegt im Ermessen der Emittentin und kann sich von Aufschlägen unterscheiden, die andere Emittenten für vergleichbare Produkte erheben*“.

4. Der seit 2002 aufkommende Boom des Vertriebs von strukturierten Finanzinstrumenten an Privatanleger nutzt eine gesetzliche Regelungslücke aus, die vom Gesetzgeber so nicht vorgesehen und nicht gewollt war. So gab es in Deutschland vom 22. 6. 1896 bis 1. 11. 2007 eine bewährte Rechtstradition, Privatanleger vor den erheblichen und für einen Unkundigen kaum überschaubaren wirtschaftlichen Risiken, die mit allen Arten von Termingeschäften verbunden sind, vorbeugend zu schützen. So konnten sich Privatanleger bis 1. 11. 2007 etwaige Verluste mit Termingeschäften von Banken erstatten bzw. ersetzen lassen, wenn sie nicht schriftlich über die typischen Risiken (z. B. Totalverlustrisiko) informiert wurden. Der Gesetzgeber betonte sogar noch in dem Regierungsentwurf von 1989, in dem die Börsentermingeschäftsfähigkeit kraft Information eingeführt wurde, dass mit dieser gesonderten Information keinesfalls eine uneingeschränkte Freigabe sämtlicher Termingeschäfte oder Termingeschäftsarten verbunden sei. Es kam aber anders.

Ende der 90er-Jahre begannen Banken an Privatanleger so genannte Aktienanleihen, eine Sonderform von Zertifikaten, zu veräußern. Das KG hatte in einem Pilotverfahren am 16. 5. 2001 die Frage, ob es sich bei Aktienanleihen um Börsentermingeschäfte handelt, bejaht und die beklagte Bank zum Schadenersatz verurteilt, weil der Privatanleger nicht schriftlich über die besonderen Risiken der Aktienanleihen aufgeklärt wurde und der Anleger damit nicht börsentermingeschäftsfähig war. In seinem Urteil vom 12. 3. 2002 befasste sich der BGH (NJW 2002, 1943) mit diesem Fall. Er kam aber anders noch als das KG zu dem Ergebnis, dass Aktienanleihen keine Börsentermingeschäfte sind und hob die Entscheidung auf. Der BGH stützte sich vor allem auf das zweifelhafte und rechtstechnische Argument, dass es bei Aktienanleihen keinen hinausgeschobenen Erfüllungszeitpunkt gebe und es sich damit nicht um Börsentermingeschäfte handle. Diese Entscheidung darf als Geburtsstunde der ungehinderten Veräußerung von strukturierten Finanzinstrumenten an Privatanleger in Deutschland gewertet werden. So gab es bis zum 12. 3. 2002 noch ein sehr überschaubares Marktvolumen

von strukturierten Finanzinstrumente, die an Privatanleger veräußert wurden. Bereits 2004 war das Marktvolumen auf rund 45 Milliarden Euro angestiegen und betrug im Jahr 2007 knapp 140 Milliarden Euro.

Dass es sich bei der uneingeschränkten Zulassung der strukturierten Anleihen um eine Regelungslücke handelt, belegen auch die deutlich strengeren Vorschriften, die für Investmentfonds gelten, obwohl diese schon allein auf Grund des vom Anleger nicht zu tragenden Bonitätsrisikos des Emittenten risikoärmer als strukturierte Finanzinstrumente sind. So gibt es bei Hedgefonds ein öffentliches Vertriebsverbot (§ 112 II 1 InvG) und bei Dachhedgefonds gilt die Besonderheit, dass dem Kunden gem. § 117 I, II 1 InvG ein ausführlicher Verkaufsprospekt zugänglich zu machen ist und auf dem Verkaufsprospekt an auffälliger Stelle drucktechnisch hervorgehoben ein Warnhinweis enthalten sein muss.

5. Emittenten von Zertifikaten werben und etikettieren strukturierte Finanzinstrumente mit Bezeichnungen, die geeignet sind, das Anlagepublikum gezielt irrezuführen. So bewirbt etwa die Bayerische Landesbank unter dem Namen „Bayern Relax Express-Zertifikate“ zahlreiche Zertifikate. Der im Zertifikat enthaltene Name „Relax“ – englisch für „entspannen“ – vermittelt dem Anleger den Eindruck, als könnte er entspannt anlegen. Dieses Produkt ist jedoch hochspekulativ und gerade nicht geeignet für eine entspannte Anlage, denn der Anleger erhält die Zinszahlung nur, wenn keines der in Bezug genommenen Basiswerte einen Kursverlust von mehr als 50 % erleidet. Tritt doch bei nur einem Basiswert ein solcher Verlust ein, wie es beispielsweise bei der HRE der Fall war, so erleiden die Anleger einen Verlust von mehr als 90 %. Auch die Cobold-Zertifikate der DZ-Bank und Colibri-Anleihen der Commerzbank erwecken beim Verbraucher schon auf Grund der Bezeichnung den Eindruck, dass es sich um harmlose Finanzprodukte handelt. So tarnt die US-Investmentbank Morgan Stanley Zertifikate für deutsche Privatanleger mit der Bezeichnung Schatzbrief und suggeriert damit den Kunden es handle sich in Anlehnung an die Bundesschatzbriefe um eine sichere staatsgarantierte Anlage.

6. Wenn es um die Deregulierung des Kapitalmarktes geht, wird von der Emittentenseite regelmäßig das Argument gebracht, dass der deutsche Kapitalmarkt weiter an Wettbewerbsfähigkeit verlieren würde, wenn man den Vorschlägen der Emittentenseite zur Deregulierung nicht folgt. Allerdings ist in dem größten Kapitalmarkt der Welt, in den USA, insbesondere der Vertrieb von Zertifikaten, wie sie in Deutschland an Privatanleger veräußert werden, verboten. Hätte die Bank Lehmann Brothers beispielsweise die in Deutschland vertriebenen Zertifikate in den USA vertreiben wollen, so hätte sie diese bei der US-amerikanischen Wertpapieraufsicht SEC registrieren lassen müssen. Die Registrierung bei der SEC ist aber nicht nur ein formaler Akt, sondern die Bank, die eine solche Registrierung und Verkaufserlaubnis in den USA erlangen möchte, muss umfassend alle Berechnungsgrundlagen und einen umfangreichen Fragenkatalog beantworten, bevor eine solche Registrierung erfolgt. Denn die SEC führt anders als die BaFin eine vollumfängliche Prüfung des Finanzprodukts durch. Dem entsprechend wären die Zertifikate dann von der SEC nur zugelassen worden für besonders zertifizierte Investoren, die sehr erfahren sind und auch hohe Risiken einschätzen und tragen können.

7. Sollte sich der Gesetzgeber zu einem Verkaufsverbot von Zertifikaten an Privatanleger nicht durchringen können, so sollte zumindest bei der Veräußerung solcher Produkte dem Anleger ein schriftlicher Warnhinweis auszuhändigen sein, wie er bei Dachhedgefonds gem. § 117 InvG vorgeschrieben ist. Ein solcher Warnhinweis könnte etwa lauten: *Der Bundesminister der Finanzen warnt: Dies ist ein komplexes Anlageprodukt, das nur für erfahrene Anleger geeignet ist, die bereit und in der Lage sind, Verluste des eingesetzten Kapitals bis hin zum Totalverlust hinzunehmen.*

Rechtsanwalt Klaus Rotter, Grünwald