HERMANN

HERMANN JOBE & PARTNER
RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER

standpunkt

Das Magazin für Mandanten, Unternehmen und Kreditinstitute *I/2011*

TITELSTORY

Das goldene Zeitalter des Kreditgeschäfts

Kreditvergabe ohne persönliches Haftungsrisiko am Beispiel von Émile Zolas Roman „Das Geld“

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

gestützt von einer unerwartet starken Binnennachfrage, scheint sich die deutsche Wirtschaft augenblicklich auf einem ungebremsten Wachstumskurs zu befinden. Die Bundesrepublik Deutschland ist die Konjunkturlokomotive der Euro-Zone. Vergessen scheinen die Tage, an denen von *„Credit Crunch"* und anderen angelsächsischen Unworten die Rede und der Blick in die Zukunft bei manchem Unternehmen ungewiss war.

Vor diesem Hintergrund verspüren wir in unserer Beratungspraxis für Banken und Sparkassen zwar den Trend weg von Krisenszenarien hin zur Gestaltung bankrechtlicher Themen, die nicht in direktem Zusammenhang mit der scheinbar hinter uns liegenden Krise stehen. Auf Grund unserer langjährigen Erfahrung im Bereich der Haftung von Leitungsorganen wissen wir aber, wie wichtig es ist, die sorgfältige Abschirmung von Haftungsrisiken als krisenunabhängiges Thema zu begreifen: Betroffene Entscheidungsträger werden unter Umständen erst Jahre später von einer im guten Glauben getroffen Kreditentscheidung eingeholt und müssen sich dann gegen den Vorwurf einer Überschreitung ihres unternehmerischen Ermessensspielraum verteidigen. Wohl dem, der sich solcher Angriffe durch Vorlage einer lückenlosen Entscheidungsdokumentation erwehren kann

Wenn man der anhaltenden wissenschaftlichen Kritik am Rettungsschirm für den Euro-Raum und der immer wieder kolportierten Gefahr einer Hyperinflation Glauben schenken will, ist nach der (Finanz-)Krise vor der (Währungs-)Krise. Wir haben uns daher in der aktuellen Ausgabe unseres Kanzleimagazins ***standpunkt*** – sozusagen prophylaktisch – auf haftungsrechtliche Themenstellungen fokussiert, wollen Ihnen aber zugleich Lösungsansätze für problembehaftete Kreditengagements präsentieren, die unserer täglichen Beratungspraxis entstammen.

Eine anregende Lektüre wünscht Ihnen

Clemens J. Jobe

HERAUSGEBER HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER | Rechtsanwalt Clemens J. Jobe | Widenmayerstrasse 16 | 80538 München
Telefon: +49 (89) 210 19 91-0 | Telefax: + 49 (89) 210 19 91-99 | Internet: www.hermann-jobe.com | E-Mail: info@hermann-jobe.com
BILDNACHWEISE fotolia: cover (©Psdesign1), Seite 4 (©Stefan Rajewsk), Seite 5 (©Charles Taylor), Seite 6 (©Igor Golovnov), Seite 7 (©Adrian), Seite 9 (©Catalin Stefan), Seite 10 (©Andy Dean), Seite 11 (©Eisenhans), Seite 12 (©Wilm Ihlenfeld), Seite 13 (©Mike Kiev), Seite 14 (©Shoot4u), Seite 15 (©Ktsdesign), Seite 16 (©Surrender), Seite 17 (©Franz Pfluegl), Seite 18 (©Markus Langer), Seite 19 (©Angelika Bentin), Seite 20 (©Peter Galbraith), Seite 21 (©philipus), Seite 22 (©dusbons)

INHALT

04 AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Wirksamkeit von Zinsanpassungsklauseln

Kenntnis von Pflichtverletzung und Lektüre des Anlageprospekts

Kürzung von Bonuszahlungen

Aufklärungspflichtige Rückvergütung

06 TITELSTORY

Das goldene Zeitalter des Kreditgeschäfts – Kreditvergabe ohne persönliches Haftungsrisiko am Beispiel von Émile Zolas Roman „Das Geld“

09 MANDANTENINTERVIEW

Der Fall Merckle: Das Restrukturierungs-Highlight 2010

10 *standpunkt* RECHT

Haftung von Leitungsorganen bei Banken – Gratwanderung zwischen unternehmerischer Entscheidung und Pflichtverletzung

Interview Prof. Hans Kudlich „Verschärfte Haftung von Bankvorständen nach dem Credit Crunch?“

Anforderungen an interne Sicherungsmaßnahmen nach § 25c KWG – Die Pläne der BaFin

Optimale Verwertung von verpfändeten Aktien börsennotierter Unternehmen

Persönliche Strafbarkeit wegen des Verschweigens von „kick back“-Zahlungen zu Gunsten der Bank?

20 *standpunkt* IMMOBILIE

Treuhandlösungen für gefährdete Immobilienengagements – Was kann der Treuhänder, was die Bank nicht kann?

22 AUSBLICK

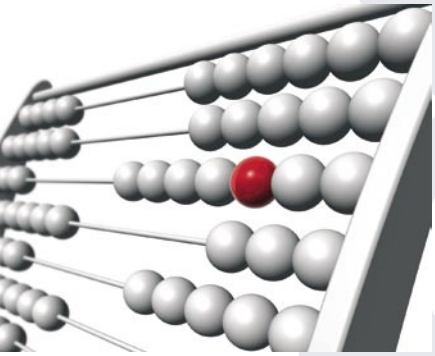
Neuregelungen im Bankensektor durch das „Restrukturierungsgesetz“

23 INHOUSE SEMINAR

Information über ein „Inhouse Seminar für Kreditinstitute“

Entscheidungen

Wirksamkeit von Zinsanpassungsklauseln
Kenntnis von Pflichtverletzung und Lektüre des Anlageprospekts
Kürzung von Bonuszahlungen
Aufklärungspflichtige Rückvergütung



Wirksamkeit von Zinsanpassungsklauseln

– Bankrecht –

Inhalt der Entscheidung:
Mit Urteil vom 21. Dezember 2010 (Az.: XI ZR 52/08) hat der Bundesgerichtshof zur Wirksamkeit von Zinsanpassungsklauseln in Prämiensparverträgen geurteilt und die Anforderungen für die Anpassung von Zinsregelungen präzisiert, sollten sich die Zinsregelungen als unwirksam erweisen.

Im Streitfall waren in den Jahren 1986 bis 1989 insgesamt 24 Sparverträge mit einer Laufzeit von 15 Jahren und einer Kündigungsfrist von 4 Jahren abgeschlossen worden. Die Sparverträge sahen dabei laufende, nach den Bedingungen der Beklagten für Sparkonten „jeweils durch Aushang im Kassenraum der kontoführenden Stelle bekannt gegebene Zinsen“ sowie abschließende Bonuszahlungen von bis zu 15 % der Sparsumme vor. Auf der Grundlage von durch die Deutsche Bundesbank veröffentlichten Informationen wurden die Zinsen angepasst und zum Ende der Vertragslaufzeit das Guthaben nebst Bonus ausbezahlt.

In seiner Entscheidung hat der Bundesgerichtshof die Zinsänderungsklausel für unvereinbar mit § 308 Ziff. 4 BGB angesehen, weil sie nicht das Mindestmaß an Kontrollierbarkeit möglicher Zinsänderungen aufwies.

Zu einer Anpassung der Zinsregelung auf Grund einseitigen Leistungsbestimmungsrechts war die Bank ebenfalls nicht berechtigt. Nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung war vielmehr zu klären, welche Regelung die Parteien in Kenntnis der Unwirksamkeit der Klausel nach dem Vertragszweck und unter angemessener Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten. Dagegen bestand kein Raum für ein einseitiges, geschäftspolitisches Ermessen der betreffenden Bank. Der Referenzzins hat sich dabei grundsätzlich an Zinsen für vergleichbare langfristige Spareinlagen zu orientieren. ■■

Praxisrelevanz:

Die Entscheidung ist insoweit von hoher Praxisrelevanz, als sie präzise Vorgaben dazu macht, welche Zinsen zu gelten haben, sollte sich eine ursprüngliche Regelung als unwirksam erweisen.

Kenntnis von Pflichtverletzung und Lektüre des Anlageprospekts

– Kapitalmarktrecht –

Inhalt der Entscheidung:
Während der Bundesgerichtshof für Anlageberater die tägliche Lektüre des Handelsblattes zum Pflichtprogramm erhoben hat (Az.: III ZR 302/08), treffen den Anleger keine korrespondierenden Pflichten zur Lektüre eines Anlageprospekts.

Mit Entscheidung vom 22.07.2010 hat der Bundesgerichtshof geurteilt, dass den Kapitalanleger keine grobe Fahrlässigkeit trifft, wenn er eine erkannte Pflichtverletzung nicht zum Anlass nimmt, den Anlageprospekt nachträglich durchzulesen, auch wenn er bei der Lektüre des Prospekts Kenntnis auch der weiteren Pflichtverletzungen erlangt hätte.

Im Streitfall hatte ein Anleger auf Grund einer Aufforderung zur Leistung von Nachschüssen Kenntnis davon erlangt, dass die gewählte Kapitalanlage nicht sicher war und unter anderem das Risiko eines Totalverlustes bestand.

Für jeden einzelnen Beratungs- und Aufklärungsfehler sind dabei die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB getrennt zu prüfen. Wird ein Schadensersatzanspruch auf mehrere Fehler gestützt, beginnt die Verjährung daher nicht einheitlich, wenn bezüglich eines Fehlers Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vorliegt und dem Anleger insoweit eine Klage zumutbar wäre. Vielmehr ist jede Pflichtverletzung verfahrensrechtlich selbständig zu behandeln. ■■

Praxisrelevanz:

Die Entscheidung dürfte Anleger dazu ermuntern, auch nach Ablauf langer Zeiträume ggf. noch gerichtlich vorzugehen, sofern auch nur die entfernte Aussicht besteht, dass hinsichtlich eines Aufklärungsmangels keine Kenntnis bestand.

Kürzung von Bonuszahlungen

– Arbeitsrecht –

Inhalt der Entscheidung:
Im Zuge der Finanzmarktkrise sind auch die in den Arbeitsverträgen von Bankangestellten vereinbarten Bonuszahlungen Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen geworden.

In dem vom LAG Frankfurt am Main entschiedenen Fall (Az.: 7 Sa 2082/09 – n.rkr.) war neben einem niedrigen Bruttomonatsgehalt eine variable Vergütung vereinbart.

In einem an den Arbeitnehmer gerichteten „Bonusbrief“ vom Dezember 2008 war diese variable Vergütung „vorläufig“ mit € 165.000,00 festgesetzt und unter den Vorbehalt einer „Review“ gestellt worden; das Recht zur Kürzung war – falls erforderlich – ausdrücklich vorbehalten. Die Mitteilung der endgültigen variablen Vergütung war für Februar 2009 angekündigt. In dieser endgültigen Mitteilung wurde eine um 90 % gekürzte Zahlung mitgeteilt und anschließend vollzogen.

In seiner Urteilsbegründung geht das LAG Frankfurt davon aus, dass der Arbeitnehmer nicht von einem eindeutigen und endgültigen Betrag ausgehen kann, sofern der Arbeitgeber mehrfach das Wort „vorläufig“ gebraucht und sich überdies vorbehält, den Betrag der variablen Vergütung erforderlichenfalls zu kürzen.

Bei der nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB gebotenen Leistungsbestimmung muss der Arbeitgeber die wesentlichen Umstände des Einzelfalls und der beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigen, u.a. die durch die Finanzmarktkrise erlittenen Verluste. ■■

Praxisrelevanz:

Die Entscheidung zeigt, dass die in den Arbeitsverträgen von Kreditinstituten vereinbarten variablen Vergütungsanteile tatsächlich variabel sind und gibt zugleich die Anforderungen vor, die für die Durchsetzung und ggf. Herabsetzung einer variablen Vergütung zu erfüllen sind.

Aufklärungspflichtige Rückvergütung

– Kapitalmarktrecht –

Inhalt der Entscheidung:
Mit Urteil vom 19. November 2010 (Az.: 17 U 29/10, Revision eingelegt, Az.: BGH XI ZR 451/10) hat das OLG Franfurt/Main entschieden, dass Banken gegenüber ihren Kunden in jedem Fall eine Aufklärungspflicht dahingehend haben, dass ihnen im Fall der Vermittlung eines bestimmten Anlageproduktes eine umsatzabhängige Rückvergütung zufließt.

Im Streitfall hatte sich ein Kunde auf Empfehlung einer Bank an einem Medienfond beteiligt. Dem Anlageprospekt ließ sich nicht explizit entnehmen, dass und in welcher Höhe die Bank aus den vom Kunden an die Fonds-Gesellschaft zu leistenden Zahlungen eine anteilige umsatzabhängige Provision erhalten sollte. Nachdem bereits in der ersten Instanz ein Urteil zu Gunsten des Klägers erging, hat nun auch die Berufungsinstanz gegen die Bank entschieden.

Die Auffassung der Rechtsprechung war in diesem Kontext bislang nicht abschließend geklärt, weil der BGH im Jahre 2009 in einem obiter dictum die Position vertreten hatte, dass nur dann eine – auch unterhalb der für normale Vertriebsprovisionen (Innenprovision) geltenden Schwelle von 15% – aufklärungspflichtige Rückvergütung vorliegt, wenn Teile der – offen ausgewiesenen – Ausgabeaufschläge und Verwaltungskosten, die der Kunde über die Bank an die Fonds-Gesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken umsatzabhängig wieder an die Bank zurückfließen.

Das OLG Frankfurt urteilte nun, dass eine Aufklärungspflicht unabhängig davon besteht, ob die Bank ihre Provision aus Ausgabeaufschlägen oder Verwaltungskosten erhält. Rückvergütungen und Innenprovisionen sind kein aliud, vielmehr stellt eine Rückvergütung eine besondere Form einer Innenprovision dar. Für die Aufklärungspflicht ist damit alleine entscheidend, dass der Anlageberater in einem – durch die umsatzabhängige Vergütung – begründeten Interessenkonflikt stehe. ■■

Praxisrelevanz:

Die Entscheidung liegt derzeit dem Bundesgerichtshof zur Revision vor. Bis zur abschließenden Klärung des Falles empfiehlt sich weiterhin ein offener Umgang mit dem Thema Rückvergütung, da andernfalls im Falle einer Aufrechterhaltung der Entscheidung des OLG Frankfurt Schadensersatzansprüche drohen.

Dr. Nils Dreier

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
dreier@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

Das goldene Zeitalter des Kreditgeschäfts -

Kreditvergabe ohne persönliches Haftungsrisiko am Beispiel von Émile Zolas Roman „Das Geld“

Im Dezember 1852 wurde Napoleon III. zum Kaiser der Franzosen proklamiert. Die Zeit des Zweiten Kaiserreichs ging einher mit der Entwicklung Frankreichs zu einer führenden Industrie- und Handelsmacht des 19. Jahrhunderts. Ein gründerzeitliches Fieber erfasste die Grande Nation. In Ermangelung bankenaufsichtsrechtlicher Schranken konnten Kreditinstitute damals Projekte finanzieren, die nach heutigem Maßstab äußert haftungsträchtig wären. Der nachfolgende Beitrag stellt am Beispiel von Émile Zolas Roman „Das Geld“ einen – nicht ganz ernst gemeinten – historischen Vergleich an, der manchen renditeorientierten, durch KWG, MaRisk und andere Reglementarien gegeißelten Banker ins Schwärmen geraten lassen dürfte.

Im Jahre 1852 wurde in Paris das Bankhaus Crédit Mobilier von den Brüdern Émile und Isaac Péreire gegründet. Beide Bankiers repräsentierten eine neue Generation von Bankern, die – anderes als ihre großen Rivalen der Familie Rothschild – nicht über – nach Basel III-Maßstäben ausreichendes – Eigenkapital verfügten und somit nahezu ausschließlich mit fremdem Geld spekulierten. Da Crédit Mobilier aus diesem Grund von vielen vermögenden Privatkunden gemieden wurde, kam es 1867 zur Liquidation der Bank, als die notwendigen Mittel für die Gewährung von Anschlussfinanzierungen für das von der Bank finanzierte Projektgeschäft fehlten.

„Saccard ist ein mit allen Wassern gewaschener Finanzjongleur.“

Die Geschichte des Bankhauses Crédit Mobilier wiederholte sich wenig später, als der Konkurs des 1878 gegründeten und durch päpstlichen Segen kanonisierten Bankhauses Union générale die Pariser Finanzwelt erschütterte. Die Vorstandsetage dieses Bankhauses fühlte sich der Zielsetzung verpflichtet, den ausschließlich katholischen Anlegern „zur Stärkung des Glaubens“ Zinsen in fabelhafter Höhe zu zahlen, obwohl die hierfür notwendige Rendite mit den finanzierten Projekten nicht erzielt werden konnte.

Diese beiden Bank-Skandale bilden den geschichtlichen Hintergrund für Émile Zolas im Jahre 1891 erschienenen Roman „Das Geld“. Protagonist des Romans ist Aristide Rougon-Saccard. Dieser hatte

einst durch Spekulationsgeschäfte nahezu sein gesamtes Vermögen verloren. Um es dem – ihn wegen der erlittenen Vermögensverluste spöttisch verachtenden – Pariser Establishment zu beweisen, versucht sich Saccard nach seiner Rückkehr nach Paris an der Gründung einer eigenen Bank.

Saccard ist ein mit allen Wassern gewaschener Finanzjongleur. Ihm ist sehr wohl bewusst, dass hohe Renditeerwartungen nicht allein auf Grundlage der Arbeit rechtschaffener und sachkundiger Buchhalter erfüllt werden können, sondern für den Erfolg eines Investments immer auch ein hohes Maß an Fantasie bei den Geldgebern ausschlaggebend ist. In eigener Sache vermarktet Saccard daher die Ideen eines – vom katholischen Glauben beseelten – Ingenieurs namens Georges Hamelin, der sich abenteuerlichen Projektentwicklungen im Bereich des Verkehrs- und Transportwesens verschrieben hat, die Saccard mit Hilfe seines neu gegründeten Bankhauses Banque Universelle finanzieren möchte.

Das „todsichere" Projekt, das die Banque Universelle finanzieren soll, ist die Eroberung Kleinasiens mit einem Schienenstreckennetz. Saccard geht davon aus, dass die Wirtschaft in der Region Palästina allein deshalb nicht im gleichen Maße wie in der Grande Nation vorankommen könne, weil man dort bei der Beförderung von Menschen und Gütern noch immer auf Maultiere und Kamele setze. Würde man aber erst über ein Eisenbahnnetz quer durch Kleinasien verfügen, könne man das Handelsvolumen mit den arabischen Staaten im Nu verzehnfachen. Der Plan geht auf: Wie erhofft, kann die Banque Universelle in ihrer Funktion als Lead Arranger umfangreiche Anlegergelder einwerben und mit der exklusiven Kreditierung des fabelhaften Infrastrukturprojekts beginnen. Der Aktienkurs der Banque Universelle steigt innerhalb kurzer Zeit Schwindel erregend an.

Aus der Sicht eines im täglichen Bankgeschäft von kredit- und bankaufsichtsrechtlichen Normen geplagten Bankers mag man sich ungläubig die Augen reiben: Ungeachtet augenfälliger insider- und prospekthaftungsrechtlicher Rechtsrisiken muss Saccards Geschäftsgebaren doch unweigerlich zu der Frage führen, ob er durch die gewährte Finanzierung nicht etwa sein unternehmerisches Ermessen überschritten hat: Die Rechtsprechung billigt der Geschäftsleitung eines Kreditinstituts bei Kreditgeschäften zwar grundsätzlich einen weiten Handlungsspielraum zu. Sofern die banküblichen Informations- und Prüfungspflichten jedoch in gravierendem Maße verletzt werden, ist der zulässige Ermessensspielraum überschritten und es droht eine persönliche Inanspruchnahme der handelnden Personen.

Der Bundesgerichtshof geht in diesem Zusammenhang von dem Grundsatz aus, dass eine Kreditvergabe jedenfalls dann pflichtwidrig erfolgt, wenn eine umfassende Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers, der beabsichtigten Verwendung

„Die Banque Universelle finanziert das „todsichere" Projekt der Eroberung Kleinasiens mit einem Schienenstreckennetz."

des Kredits und der Einschätzung der Risiken unterblieben ist. Zola schweigt sich darüber aus, ob und inwieweit Saccard seinen Prüfungspflichten als Geschäftsleiter der Banque Universelle nachgekommen ist. Angesichts der Tatsache, dass die gewährten Kredite aber offensichtlich die im KWG normierte Großkredit-Grenze überschritten haben, dürfte ein verschärfter Prüfungsmaßstab anzulegen sein. Es spricht daher vieles dafür, dass Saccard – getrieben von seinem fieberhaften Verlangen, sich gesellschaftlich zu rehabilitieren – die Risiken des von der Banque Universelle unterstützten Infrastrukturprojekts bewusst oder zumindest grob fahrlässig falsch eingeschätzt und damit bereits bei der Erstvergabe der Kredite pflichtwidrig gehandelt hat.

▸ Das goldene Zeitalter des Kreditgeschäfts -

Kreditvergabe ohne persönliches Haftungsrisiko am Beispiel von Émile Zolas Roman „Das Geld“

Mangels eines bankaufsichtsrechtlichen Zeigefingers in Gestalt einer Kontrollinstanz wie der BaFin bleibt Saccard freilich unbehelligt. Spürbare Schwierigkeiten ergeben sich für ihn erst als absehbar wird, dass sich das Projekt nicht in dem vorgesehenen Zeit- und Kostenrahmen umsetzen lässt. Um den Schein – und den Kurs der Aktie der Banque Universelle – aufrechterhalten zu können, muss Saccard neues Geld besorgen. Zu diesem Zweck bemächtigt er sich eines katholischen Verlages, dessen Leser er für sein Projekt begeistern möchte. Die anfängliche Investment-Story eines technologielastigen Infrastrukturprojekts wird jetzt um eine spirituelle Komponente erweitert: Mit dem Geld der braven Katholiken soll der Garten Eden wiedererobert und das Heilige Land befreit werden. Jerusalem werde zurückgekauft und zum neuen Papstsitz gemacht, auf dass das Oberhaupt der katholischen Kirche von dort aus die Welt beherrsche.

„Mit dem Geld der braven Katholiken soll der Garten Eden wiedererobert und das Heilige Land befreit werden. “

Zolas Angaben zu Saccards nervlicher Verfassung lassen die Schlussfolgerung zu, dass die zu diesem Zeitpunkt bei der Banque Universelle eingetretene (Liquiditäts-)Krise derart schwerwiegend war, dass sich die neuerliche Kreditausreichung an den Grundsätzen der Rechtsprechung zum Sanierungskredit messen lassen muss. Nach weit verbreiteter Ansicht soll das immer dann der Fall sein, wenn die Bank vor der objektiv gegebenen Insolvenzreife ihres Kreditnehmers die Augen leichtfertig verschließt und trotzdem einen Kredit vergibt.

Um insoweit den Vorwurf, eine sittenwidrige Insolvenzverschleppung zumindest billigend in Kauf genommen zu haben, abwenden zu können, hätte Saccard zunächst ein externes Gutachten zu den Chancen einer Sanierung des finanzierten Projekts vorlegen müssen. Bei Zola findet sich freilich keinerlei Hinweis darauf, dass Saccard ein solches Sanierungsgutachten in Auftrag gegeben hat. Er dürfte wohl vielmehr davon ausgegangen sein, dass sich kein Gutachter finden lassen wird, der die Vorgaben des Bundesgerichtshofs als eingehalten sieht, wonach ein Sanierungsversuch zumindest ein in sich schlüssiges Konzept voraussetzt, das nicht offensichtlich undurchführbar ist. Aber selbst wenn sich ein – mutmaßlich katholischer – Gutachter zu einem solchen Gutachten bereit erklärt hätte, wäre Saccard in der Pflicht gewesen, die Ergebnisse des Gutachtens einer Evidenzkontrolle zu unterziehen. Das Ergebnis einer solchen Evidenzkontrolle hätte ihn aus objektiver Sicht sicherlich davon abhalten müssen, das Projekt seines „Kreuzzugs zum Heiligen Land“ mit neuem Geld zu versorgen…

So kommt es wie es kommen musste: Saccards großer Rivale, der Bankier Alphonse Gundermann, der sich zu keinem Zeitpunkt an einem Cofinanzing interessiert gezeigt hatte, nützt die Schwäche der Banque Universelle kühl kalkulierend aus, indem er seine Millionen just zu dem Zeitpunkt auf den Börsenmarkt wirft, als Saccard einen letzten Rettungsversuch startet. Saccard wird zwar inhaftiert, er bleibt aber letztlich unbehelligt und verlässt Frankreich, um – ein wenig faustisch – in Holland durch Sumpftrockenlegung Land zu gewinnen: πάντα ῥεῖ …. ■■

Dr. Cyril Rosenschon

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
rosenschon@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

Der Fall Merckle:

Das Restrukturierungs–Highlight 2010

Rückblick eines Bankenvertreters: Wolfgang Hach, Mitglied des Vorstandes der Sparkasse Ulm, über den ereignisreichen Restrukturierungsprozess des Konzerns der Ulmer Unternehmerfamilie Merckle, der im Oktober 2010 nach fast zwei Jahren überaus erfolgreich abgeschlossen werden konnte.

Herr Hach, wie kam es dazu, dass Ihr Haus in den wohl größten Restrukturierungsfall involviert war, den es in Deutschland in den vergangenen Jahren gegeben hat?
HACH: Als regionales Institut ist die Sparkasse Ulm dem Alb-Donau-Kreis und der Stadt Ulm sehr verbunden. Deshalb ist es alles andere als ein Geheimnis, dass wir seit vielen Jahren gewachsene Geschäftsbeziehungen zu Unternehmen des Merckle-Konzerns pflegen. Die Zusammenarbeit mit Herrn Adolf Merckle, dessen Lebensleistung als Unternehmer gerade für die Region Ulm nicht hoch genug eingeschätzt werden kann, war dabei stets von gegenseitigem Vertrauen geprägt.

Gab es im Nachhinein betrachtet irgendwelche Vorboten für die Liquiditätsschwierigkeiten, in die der Merckle-Konzern Ende 2008 geriet?
HACH: Nein. Die Finanzkennzahlen, die uns von unseren Kreditnehmern vorgelegt wurden, zeigten ausnahmslos das Bild operativ kerngesunder Unternehmen. Ursache der Schieflage war einzig und allein die Finanzkrise, von deren Eintritt der Merckle-Konzern genau wie alle anderen Marktteilnehmer überrascht wurde: Das rasante Absinken der Börsenkurse mit Kreditmitteln erworbener Aktien brachte die vertragliche Verpflichtung mit sich, Ausgleichszahlungen in Geld zu leisten. Laut der in diesem Zusammenhang veröffentlichten Pressemitteilungen standen offenbar die hierfür notwendigen Mittel zumindest nicht kurzfristig zur Verfügung, weshalb die Banken zu einer Fälligstellung ihrer Kredite berechtigt gewesen wären.

War es schwierig, die Banken von der Notwendigkeit eines Stillhaltens zu überzeugen?
HACH: Bei vielen beteiligten Gläubigerbanken herrschte zunächst ungläubiges Staunen: Sie dürfen nicht vergessen, dass hier eine der erfolgreichsten deutschen Unternehmerdynastien betroffen war. Die Gewährung eines Kredits an einen solchen Vertragspartner hat die Aura eines nahezu risikolosen Geschäfts. Dementsprechend wurde die Vertrauensbasis durch die Bitte um ein Stillhalteabkommen teilweise doch erheblich erschüttert. Es waren große Anstrengungen notwendig, um alle beteiligten Institute von der Richtigkeit des eingeschlagenen Wegs zu überzeugen.

Inwieweit unterschied sich der Restrukturierungsprozess im weiteren Verlauf von dem, was Sie als Risikovorstand der Sparkasse Ulm in der täglichen Sanierungspraxis erleben?
HACH: Wenn man 40 nationale und internationale Kreditinstitute unter einen Hut bekommen muss, die teils völlig konträre Interessen haben, weil sie in verschiedenen Sparten des Merckle-Konzerns engagiert sind, stellt das eine echte Herausforderung dar. Für eine derartige konzernübergreifende Restrukturierungssituation dürfte es in Deutschland kein Vorbild gegeben haben. Für unser Haus kam intern hinzu, dass wir im Rahmen eines Konsortiums als Konsortialführerin für weitere Sparkassen fungierten. Wir mussten also nicht nur die Entscheidungen unseres Hauses mit dem von allen Banken gebildeten Lenkungsausschuss abstimmen, sondern zudem im Vorfeld mit unseren Konsortialpartnern eine gemeinsame Linie finden. Angesichts der Flut von Verträgen und Dokumenten, die im Rahmen des Restrukturierungsprozesses meist in sehr kurzen Zeiträumen abzuarbeiten waren, war der Fall Merckle schon in logistischer Hinsicht eine Herausforderung, die über Monate hinweg in hohem Maße Resourcen in unserem Haus gebunden hat.

Die Restrukturierung im Fall Merckle konnte für alle Beteiligten äußerst erfolgreich abgeschlossen werden. Haben Sie unterm Strich betrachtet also alles richtig gemacht?
HACH: Bei einem derart komplexen Fall mit vielen unbekannten Faktoren ist es unheimlich schwer vorherzusagen, welche Schritte die „richtigen“ sein werden. Wir haben uns daher zur Bewältigung der anstehenden Aufgabenstellungen frühzeitig externe juristische Unterstützung in unser Team geholt, so dass wir zu jedem Zeitpunkt des Restrukturierungsprozesses einen kompetenten Sparringspartner hatten, mit dem wir die Vor- und Nachteile der zur Abstimmung anstehenden Maßnahmen erörtern konnten. Und natürlich hatten wir bei unseren Entscheidungen auch eine gehörige Portion Glück, das wir uns durch die harte Arbeit in dem Fall Merckle sicherlich auch verdient haben. ■■

Wolfgang Hach

Haftung von Leitungsorganen bei Banken -

Gratwanderung zwischen unternehmerischer Entscheidung und Pflichtverletzung

Die Haftung von Bankmanagern ist seit dem Ausbruch der Finanzmarktkrise aktueller denn je. Das Nachrichtenmagazin DER SPIEGEL hat insoweit in der Ausgabe Nr. 5/2010 provokativ davon gesprochen, dass es im Nachgang zur Finanzkrise zu einer „Jagd auf die Kapitalverbrecher“ kommt. Vor diesem Hintergrund gibt dieser Beitrag einen informativen Überblick über die in Frage kommenden Haftungsgrundlagen und die in der Praxis von Kreditinstituten haftungsrechtlich denkbaren Sachverhalte.

Haftungsadressaten

Wegen der vermuteten Solvenz eines Kreditinstitutes werden Anspruchsteller in erster Linie versuchen, mögliche Schadensersatzansprüche direkt gegenüber dem Institut geltend zu machen. Anknüpfungspunkt für eine haftungsrechtliche Inanspruchnahme des Kreditinstituts ist insoweit § 31 BGB. Danach haftet das Kreditinstitut – neben dem betreffenden Leitungsorgan – für eine in Ausführung der dem Leitungsorgan zustehenden Verrichtung begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung, die einem Dritten Schaden zugefügt hat.

Neben dem Kreditinstitut können Vorstände als zur Vertretung ihrer Organisation berufene Geschäftsleiter in den Fokus einer zivilrechtlichen Haftung oder gar einer strafrechtlichen Verfolgung geraten. Das Gleiche gilt für sonstige Führungskräfte.

Hinsichtlich der persönlichen Haftung ist dabei zwischen der im Innenverhältnis gegenüber dem Kreditinstitut bestehenden Haftung und der unmittelbaren Haftung gegenüber Dritten zu unterscheiden. Allgemein gilt, dass sonstige Führungskräfte, soweit sie nicht Leitungsorgane des Kreditinstitutes sind, jedenfalls im Innenverhältnis geringeren Haftungsrisiken ausgesetzt sind. Die jeweils anwendbaren Regelungen folgen dabei verschiedenen Konzepten und Grundgedanken und sind daher auch unabhängig voneinander zu prüfen. Insofern besteht auch kein Automatismus, dass die Haftung in dem einen Verhältnis zugleich auch eine Haftung in dem anderen Verhältnis begründet.

Kein Gleichlauf von zivil- und strafrechtlicher Haftung

Die zivil- und strafrechtlichen Haftungen bestehen grundsätzlich unabhängig voneinander und folgen in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterschiedlichen Regeln. Auch wenn die Annahme einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Leitungsorganes oder der sonstigen Führungskraft die Erfolgsaussichten einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme durchaus erhöht, ist ein automatischer Gleichlauf also nicht gegeben.

Zivilrechtliche Innenhaftung

Sowohl Leitungsorgane als auch sonstige Mitarbeiter eines Kreditinstitutes sind Adressaten einer Haftung im Innenverhältnis. Insoweit sind Führungskräfte, die keine geschäftsleitende Funktion ausüben, haftungsrechtlich privilegiert. Gegenüber dem Kreditinstitut trifft diese Gruppe nur eine Haftung bei der Verletzung arbeitsvertraglich übernommener Pflichten.

Demgegenüber treffen Leitungsorgane auf Grund ihrer herausgehobenen Stellung weitergehende Pflichten als sonstige Führungskräfte: Leitungsorgane haben insoweit bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Dies ergibt sich für Kreditinstitute in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft aus § 93 AktG bzw. in der Rechtsform einer Genossenschaft aus § 34 GenG. Gleichlautende Formulierungen finden sich auch in verschiedenen landesrechtlichen Sparkassengesetzen (§ 10 Abs. 1 S. 2 SpKG-Niedersachsen, § 15 Abs. 1 S. 3 SpKG-Thüringen, § 20 Abs. 3 S. 1 SpKG-Brandenburg, § 20 Abs. 3 S. 1 SpKG-Sachsen, § 20 Abs. 2 S. 1 SpKG-Sachsen-Anhalt, § 25 Abs. 4 SpKG-Baden-Württemberg).

Neben diesem allgemeinen Haftungsgrundtatbestand existieren für Aktiengesellschaften und Genossenschaften Sonderregelungen: Danach haften die Vorstände von Aktiengesellschaften und Genos-

senschaften beispielsweise, sofern den Vorschriften des jeweiligen Gesetzes zuwider Einlagen oder Geschäftsguthaben ausgezahlt werden, Zinsen oder Gewinnanteile gewährt werden oder Gesellschafts-/Genossenschaftsvermögen verteilt wird (vgl. § 93 Abs. 3 AktG, § 34 Abs. 3 GenG).

Einen Sonderfall betreffen sog. unternehmerische Entscheidungen. Hier liegt das Problem in einer sachgerechten Abgrenzung von „bloßen“ Fehleinschätzungen mit negativen wirtschaftlichen Folgen zu echten Pflichtverletzungen. Nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Diese gesetzliche Regelung knüpft an die bestehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an, die zum Ausdruck bringt, dass den Geschäftsleitern grundsätzlich ein weiter unternehmerischer Ermessensspielraum (sog. „save harbour“) zusteht. Demzufolge führt nicht jeder Schaden, der dem Kreditinstitut durch eine Handlung eines Vorstandsmitglieds entsteht, zu einer Ersatzpflicht. Der Bundesgerichtshof hat insoweit festgestellt, dass dem Vorstand bei unternehmerischen Entscheidungen ein weiter Handlungsspielraum zur Verfügung steht, ohne den unternehmerisches Handeln schlechterdings gar nicht vorstellbar ist. Dazu gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter ausgesetzt ist, mag er noch so sorgfältig handeln.

Sofern allerdings bei unternehmerischen Entscheidungen die Vorgaben des Kreditwesengesetzes oder die darauf beruhenden Verlautbarungen der BaFin von den handelnden Vorständen nicht hinreichend berücksichtigt werden und damit den banküblichen Informations- und Prüfungspflichten nicht in ausreichendem Umfang genüge getan wird, kann der bestehende Ermessensspielraum überschritten sein, mit der Folge, dass eine gravierende Pflichtverletzung des Vorstands zu bejahen ist und eine persönliche Haftung eintritt.

Hinsichtlich der Beweislast gilt Folgendes: Handelt es sich bei dem jeweiligen Kreditinstitut um eine Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, trifft die Vorstände die Beweislast dafür, dass sie bei ihrer Tätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG, § 34 Abs. 2 S. 2 GenG). Eine entsprechende Regelung findet sich nicht in allen Landesgesetzen des Sparkassenrechts.

Eine weitere relevante Vorschrift findet sich in § 17 KWG. Danach haften – rechtsformunabhängig – die Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes diesem als Gesamtschuldner für den entstandenen Schaden, sofern den Regelungen des § 15 KWG zuwider sog. Organkredite gewährt werden. In diesem Fall haben die Geschäftsleiter aller Institutsgruppen nachzuweisen, dass sie nicht schuldhaft gehandelt haben. Insofern trifft sie die Beweislast.

Zivilrechtliche Außenhaftung

Die Haftung im Außenverhältnis richtet sich nach den einschlägigen Vorschriften vorrangig des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Gesetze.

- Schadensersatz wegen Pflichtverletzung: Sofern das Leitungsorgan eines Kreditinstitutes bei einem Vertragsabschluss mit dem Kreditinstitut entweder ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt oder besonderes Vertrauen in seine Person in Anspruch nimmt, um einen Vertragsschluss zu Gunsten des Kreditinstitutes zu erreichen, kann hieraus eine Haftung des Leitungsorgans wegen Pflichtverletzung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB resultieren (sog. Eigenhaftung des Vertreters).

- Deliktsrechtliche Haftung: Voraussetzung für eine deliktsrechtliche Haftung von Lenkungsorganen ist grundsätzlich, dass das Leitungsorgan fahrlässig oder vorsätzlich ein geschütztes Rechtsgut eines Dritten widerrechtlich verletzt und damit eine unerlaubte Handlung begangen hat. Als Sondervorschrift ist von Leitungsorganen von Kreditinstituten die Kreditgefährdung nach § 824 BGB zu berücksichtigen. Danach ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen.

- Haftung für Steuerschulden des Kreditnehmers: Nach § 69 i.V.m. 35, 34 AO haften gesetzliche Vertreter und Verfügungsberechtigte, soweit Steuerschulden in Folge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung nicht abgeführt werden. Als Verfügungsberechtigter gilt dabei jeder, der rechtlich oder wirtschaftlich über Mittel, die einem anderen zuzurechnen sind, verfügen kann und als Verfügungsberechtigter auftritt. Haftungsrechtliche Risiken drohen hier, sofern sich die Mitarbeiter eines Kreditinstituts wie Verfügungsberechtigte des Schuldnerunternehmens gerieren.

▸ Haftung von Leitungsorganen bei Banken -

Gratwanderung zwischen unternehmerischer Entscheidung und Pflichtverletzung

- Haftung wegen Schuldnerknebelung und Insolvenzverschleppung bei der Sanierung: Wenn die für ein Kreditinstitut handelnden Mitarbeiter einen Kreditnehmer derart in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschneiden, dass dieser seine Selbständigkeit nahezu völlig verliert, liegt ein Fall einer rechtlich zu missbilligenden Schuldnerknebelung vor, der die handelnden Mitarbeiter, aber auch das Kreditinstitut, zum Schadensersatz verpflichten kann. Ein solcher Fall ist vor allem dann zu bejahen, wenn das Schuldnerunternehmen dem Kreditinstitut umfassende Sicherheiten aus dem eigenen Vermögen bestellt hat, das Kreditinstitut dem Schuldnerunternehmen darüber hinaus einen umfangreichen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte aufzwingt, der Geschäftsgewinn des Schuldnerunternehmens dem Kreditinstitut zufließt, jedoch Verluste von diesem nicht getragen werden. Wenn die Mitarbeiter des Kreditinstituts bei einem kreditnehmenden Unternehmen zudem über Gebühr in die Geschäftsleitung eingreifen, treffen sie als sog. faktische Geschäftsführer dieselben Pflichten, die den ordnungsgemäß bestellten Organen des Schuldnerunternehmens obliegen. So können die Institutsmitarbeiter etwa verpflichtet sein, rechtzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen, ohne dass es auf die tatsächliche Kenntnis des Vorliegens von Insolvenzgründen ankommt. Handeln sie nicht in Übereinstimmung mit dieser Verpflichtung, kommt eine persönliche Haftung in Betracht.

Strafrechtliche Haftung

Das deutsche Strafrecht kennt nur die strafrechtliche Haftung natürlicher Personen. Deswegen können auch nur diese in den Fokus einer strafrechtlichen Inanspruchnahme geraten. Grundsätzlich gilt, dass jeder Verstoß gegen eine Strafvorschrift, die im Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit des Kreditinstitutes steht, im Innenverhältnis potentiell haftungsbegründend ist.

- Untreue: Gemäß § 266 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt.

Die Pflichten, die von Leitungsorganen und Mitarbeitern zu beachten sind (Unter welchen Voraussetzungen dürfen Kredite vergeben werden? Welche Spenden sind zulässig?), ergeben sich dabei aus dem Kreditwesengesetz, den bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften und den zu Grunde liegenden wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen.

Haftungsrechtliche Risiken können sich vor allem ergeben, soweit die zugrunde liegenden wirtschaftsrechtlichen Vorschriften keine eindeutigen Vorgaben beinhalten, sondern dem Leitungsorgan oder Mitarbeiter einen Entscheidungs- und Ermessensspielraum einräumen.

Die offenkundige Weite des § 266 StGB, der alle möglichen, durch Gesetz, Vertrag oder auch nur faktische Treueverhältnisse begründeten Vermögensbetreuungspflichten in seinen Anwendungsbereich einbezieht und deshalb das gesamte Wirtschaftsrecht betreffen kann, stellt eine besondere Gefahr für Leitungsorgane und sonstige Mitarbeiter eines Kreditinstitutes dar.

Voraussetzung für die Annahme einer Untreue ist aber in jedem Fall, dass die handelnden Personen die ihnen obliegenden banküblichen Pflichten in besonderem Maße verletzt haben. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn Kredite ohne genaue vorherige Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage vergeben werden.

- Unrichtige Darstellung (§ 400 AktG): Nach § 400 AktG wird – sofern nicht bestimmte Vorschriften des Handelsgesetzbuches greifen – derjenige mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer als Mitglied des Vorstands die Verhältnisse der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu verbundenen Unternehmen in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand, in Vorträgen oder Auskünften in der Hauptversammlung unrichtig wiedergibt oder verschleiert, oder in Aufklärungen oder Nachweisen, die nach den Vorschriften dieses Gesetzes einem Prüfer der Gesellschaft oder eines verbundenen Unternehmens zu geben sind, falsche Angaben macht oder die Verhältnisse der Gesellschaft unrichtig wiedergibt oder verschleiert. Vorsicht ist somit geboten, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse einer als Aktiengesellschaft organisierten Bank öffentlich dargestellt werden. Die insoweit verbreiteten Angaben müssen hinterfragt, geprüft und nach dem Maßstab eines ordentlich und sorgsam handelnden Geschäftslei-

ters zutreffend und richtig sein.

- Verletzung des Bankgeheimnisses (§ 203 StGB): Insbesondere im Zusammenhang mit dem Verkauf und der Abtretung von Kreditforderungen bei öffentlich-rechtlichen Instituten wurde zuletzt die Diskussion geführt, ob in einer Kreditforderungsabtretung ohne Einwilligung des Schuldners eine strafrechtlich relevante, haftungsbegründende Verletzung des Bankgeheimnisses zu sehen ist. Die Rechtsprechung hat sich mittlerweile dahingehend positioniert, dass bei der Abtretung von Kreditforderungen für eine Anwendung des § 203 StGB auch bei öffentlich-rechtlich organisierten Instituten kein Raum sei, da für eine Differenzierung zwischen privatrechtlich organisierten und öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten beim Kreditverkauf kein sachlich rechtfertigender Grund besteht.

- Haftung für Ordnungswidrigkeiten (§ 30 Abs. 1 OWiG): Kreditinstitute in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft haften gemäß § 30 Abs. 1 OWiG für Delikte ihrer Organe. Dabei handelt es sich freilich nicht um eine originär strafrechtliche Haftung des Kreditinstituts. Vielmehr wird ein bestimmtes strafbares Verhalten seiner Organe oder anderer für das Institut handelnder Personen diesem als Ordnungswidrigkeit zugerechnet. Das Institut kann – wie es beispielsweise jüngst im Fall Siemens geschehen ist – dafür mit einer Geldbuße belegt werden.

Strategien zur Haftungsvermeidung

Die zur bestmöglichen Haftungsvermeidung anzuwendenden Strategien lassen sich mit Blick auf die für Leitungsorgane geltende Beweislastumkehr ableiten: Um nachweisen zu können, dass die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet wurde, empfiehlt sich zunächst die umfassende Dokumentation der Leitungstätigkeit.

Eine entsprechende Dokumentation korrespondiert für Vorstände von Aktiengesellschaften mit dem Erfordernis, ein Überwachungssystem einzurichten, das den Fortbestand der Gesellschaft sichert (§ 91 Abs. 2 AktG) und der Anforderung, dass unternehmerische Entscheidungen nur auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle des Instituts getroffen werden dürfen, damit diese keine Haftungsfolgen zeitigen.

Information und Dokumentation sind daher die wesentlichen Mittel der Haftungsvermeidung.

Regressfall

Grundsätzlich ist bei Eintritt eines Schadens bei dem Kreditinstitut, der auf eine Handlung des oder der Geschäftsleiter zurückzuführen ist, der Aufsichtsrat oder der Verwaltungsrat gehalten, das Bestehen eines Schadensersatzanspruches des Instituts gegenüber den jeweiligen Vorstandsmitgliedern zu prüfen. Für den Fall, dass die Geltendmachung eines derartigen Anspruchs Erfolg verspricht, hat der Aufsichts- oder Verwaltungsrat dafür Sorge zu tragen, dass der Anspruch - erforderlichenfalls gerichtlich - gegenüber den Vorstandsmitgliedern durchgesetzt wird. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass sich die Aufsichtsorgane selbst schadensersatzpflichtig machen.

Wird ein Vorstandsmitglied mit einer Regressforderung konfrontiert, empfiehlt es sich dringend, den vom Kreditinstitut behaupteten Regressanspruch durch geeignete Spezialanwälte prüfen zu lassen. Diese werden hierzu in die jeweiligen Kreditakten oder sonstigen Unterlagen des Kreditinstituts Einblick nehmen und dabei den Umfang der möglicherweise für das Vorstandsmitglied bestehenden zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisiken feststellen sowie entlastendes Material sondieren. Vor Abschluss einer solchen Prüfung sollte das Vorstandsmitglied nach Möglichkeit noch keine detaillierten Angaben zu den ihm entgegengehaltenen Regressansprüchen machen. Nach Feststellung der Rechtslage werden die eingeschalteten Spezialanwälte erforderlichenfalls die D&O-Versicherung einbinden und für das betroffene Vorstandsmitglied in Gespräche mit den Vertretern des Kreditinstitutes und - soweit erforderlich - den zuständigen Aufsichtsbehörden eintreten.

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
verfügt über eine ausgewiesene Expertise im Bereich der Beratung von Organen im Falle einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme oder strafrechtlichen Verfolgung. Sprechen Sie mit uns. ■■

Clemens J. Jobe

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
jobe@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

Interview Prof. Hans Kudlich

„Verschärfte Haftung von Bankvorständen nach dem Credit Crunch?“

Prof. Dr. Hans Kudlich, Professor für Strafrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, spricht über die möglichen Auswirkungen des Credit Crunch für die Haftung der Vorstände von Kreditinstituten. Prof. Kudlich ist neben seiner wissenschaftlichen Tätigkeit immer wieder auch als Strafverteidiger und Gutachter in wirtschaftsrechtlichen Fällen tätig.

„Risiken bestehen typischerweise dort, wo es um die Vergabe von Krediten und um Investitionsentscheidungen geht.“

Prof. Hans Kudlich

Herr Prof. Kudlich, gehen Sie angesichts der geänderten öffentlichen Meinung gegenüber der Bankenwelt davon aus, dass an die Tätigkeit des Vorstandes eines Kreditinstituts und an seine Haftung zukünftig strengere Maßstäbe angelegt werden?

KUDLICH: Die Verhältnisse in den Banken sind derzeit sicher ein sensibles Thema in der öffentlichen Wahrnehmung. Wir lesen in der Presse einerseits Meldungen über hohe Boni für erfolgreiche Banker und andererseits Berichte über gescheiterte Investments aufgrund - so wird das zumindest vielfach dargestellt - leicht vermeidbarer Fehler, die den Steuerzahler Milliarden kosten. Und dort, wo der Eindruck entsteht, aus Fehlern sei nichts gelernt worden, werden die Dinge natürlich besonders kritisch gesehen.

Halten Sie es für denkbar, dass Staatsanwälte in Fällen, in denen man noch vor kurzem nichts zu befürchten hatte, angesichts des durch die veränderte gesellschaftliche Wahrnehmung der Banken erzeugten Rückenwinds dazu neigen, in die Offensive zu gehen und Anklage zu erheben?

KUDLICH: Ich glaube nicht an einen Rachefeldzug. Aber es hat in den letzten Jahren gesamtgesellschaftlich sicher ein verändertes, geschärftes Unrechts-bewusstsein gegenüber wirtschaftlichem Handeln im Allgemeinen und gegenüber dem Handeln von Führungskräften im Besonderen gegeben. Ob dann in Einzelfällen auch „Stimmungen“ eine Rolle spielen können, vermag ich nicht zu sagen, würde es aber auch nicht ausschließen. Plakativ gesprochen: Wer weiß, ob es im Fall „Mannesmann“ eine öffentliche Empörung über Anerkennungsprämien gegeben hätte, wenn sich zuvor nicht die Stimmung gegenüber der Telekommunikationsbranche gedreht hätte, weil viele Kleinanleger mit ihren Telekom-Aktien viel Geld verloren haben. Umgekehrt muss man auch sehen, dass sowohl das Investitions- als auch das Beratungsverhalten offensiver geworden ist: Wenn Anlegern Kredite zum Kauf von Aktien gewährt werden, ohne dass energisch - und nicht nur formelhaft - auf die Risiken hingewiesen wird, liegt der Vorwurf nicht so fern, dass eine Vermögensschädigung in Kauf genommen wurde, um das lukrative Kreditgeschäft abschließen zu können.

Können Sie uns kurz den Tatbestand der Untreue nach Maßgabe von § 266 StGB skizzieren, der für Vorstände von Kreditinstituten das größte Risiko mit sich bringt?

KUDLICH: Nach § 266 StGB macht sich strafbar, wer seine hervorgehobene Vermögensbetreuungspflicht gegenüber einem anderen verletzt und dadurch bei diesem einen Vermögensschaden verursacht. Problematisch ist hier beim Handeln der Banken besonders, dass die Pflichtverletzung nicht im Nachhinein (ex post), sondern aus der Perspektive des Entscheidungszeitraums (ex ante) beurteilt werden muss und dass wirtschaftliches Handeln naturgemäß stets mit Risiken verbunden ist, so dass dem Handelnden ein gewisser Entscheidungsspielraum zuzugestehen ist. Nur wenn dessen - im Einzelfall schwer zu bestimmende - Grenzen überschritten sind, kommt es zur Strafbarkeit.

In welchen Konstellationen kann das typischerweise der Fall sein?

KUDLICH: Organe einer Bank haben sowohl gegenüber dem Kunden als auch gegenüber ihrer Bank selbst eine Sorgfaltspflicht. Risiken bestehen insoweit typischerweise dort, wo es um die Vergabe von Krediten und um Investitionsentscheidungen geht, vor allem auch im Hinblick auf risikobehaftete Geschäfte, die nicht zum Kernbereich der jeweiligen Bank (also etwa einer Sparkasse) gehören. Umgekehrt kann auch ein zur Minimierung des Kreditausfallrisikos notwendig erscheinender Verzicht auf Forderungen problematisch sein. Der Entscheidungsträger ist in den genannten Fällen in einer schwierigen Situation: Einerseits verdient die Bank an der Kreditvergabe, und wenn der Kredit unsicherer und dafür teurer ist, verdient sie im Idealfall noch mehr. Andererseits sind gerade riskante Kredite schon seit Jahren einer der Fälle, in denen sich Banker mit einer Untreuestrafbarkeit konfrontiert sehen. Redlicherweise muss man aber hinzufügen, dass es sich hier meist um Fälle gehandelt hat, in denen die Entscheidung durch persönliche Interessen geleitet war und Grundregeln der Bonitätsbewertung nicht berücksichtigt wurden. Umgekehrt kann man auch sagen: Das sorgfältige Einholen von Informationen und die präzise Dokumentation dieses Vorgangs können zwar nicht jede Fehlentscheidung, doch aber zumeist strafrechtliche Konsequenzen vermeiden.

„Es hat in den letzten Jahren gesamtgesellschaftlich sicher ein verändertes, geschärftes Unrechtsbewusstsein gegenüber wirtschaftlichem Handeln im Allgemeinen und gegenüber dem Handeln von Führungskräften im Besonderen gegeben.“

Welche Konsequenzen drohen im Fall einer Verurteilung wegen Untreue?

KUDLICH: Der Strafrahmen des § 266 StGB beinhaltet Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren. In besonders schweren Fällen, d.h. insbesondere bei Schäden von über 50.000 Euro droht eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren. Überträgt man die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Steuerhinterziehung, dürfte ab einem Schaden von mehr als einer Million Euro eine Freiheitsstrafe zur Bewährung nur ausnahmsweise möglich sein, wobei solche „Ausnahmen“ bei der Untreue m.E. immer im Raum stehen könnten, wenn der Täter nicht eigennützig gehandelt hat, aber darauf sollte man sich nicht verlassen. Und für Vorstände besonders wichtig: Nach § 76 III Nr. 2 AktG kann derjenige, der wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, nicht mehr Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft sein. ■■

Anforderungen an interne Sicherungsmaßnahmen nach § 25c KWG -

Die Pläne der BaFin

§ 25c des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG), der 2008 durch das „Gesetz zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung" eingeführt wurde und in seiner gegenwärtigen Fassung seit dem 26.03.2009 gilt, ordnet für Kreditinstitute sowie bestimmte Finanzholding-Gesellschaften – ergänzend zu den besonderen organisatorischen Pflichten nach § 25a KWG und den Pflichten nach § 9 des Geldwäschegesetzes (GwG) – eine Verpflichtung an, im Rahmen der „ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation und des angemessenen Risikomanagements(…) interne Grundsätze und angemessene geschäfts- und kundenbezogene Sicherungssysteme zu schaffen und zu aktualisieren und Kontrollen durchzuführen", um „betrügerische Handlungen" zu ihren Lasten zu verhindern. Ferner müssen Kreditinstitute Datenverarbeitungssysteme betreiben, die sie befähigen, „Geschäftsbeziehungen und einzelne Transaktionen im Zahlungsverkehr zu erkennen, die auf Grund des öffentlich und im Kreditinstitut verfügbaren Erfahrungswissens über die Methoden der Geldwäsche, der Terrorismusfinanzierung und betrügerischer Handlungen zum Nachteil von Instituten als zweifelhaft oder ungewöhnlich anzusehen sind". Soweit solche Sachverhalte erkannt werden, müssen die entsprechenden Risiken nachverfolgt und geprüft werden.

Der genaue Inhalt und die exakte Reichweite dieser Pflichten sind freilich noch nicht ausgemacht. Insbesondere zeigt die Betonung, dass sie neben die Verpflichtungen nach § 25a KWG und § 9 GwG treten und dass die Orientierung an diesen Vorschriften allein nicht genügt. Unbestimmte Rechtsbegriffe wie „ordnungsgemäße Geschäftsorganisation" und „angemessenes Risikomanagement" sowie untechnische Begrifflichkeiten wie „betrügerische Handlungen" tragen dazu bei, dass Kreditinstitute wie Rechtsanwender im Einzelfall vor schwierigen Auslegungsfragen stehen. Insoweit ist begrüßenswert, dass die BaFin schon im Frühjahr 2010 plante, die Anforderungen in einem Rundschreiben näher zu konkretisieren. Noch bevor es zu diesem Rundschreiben (zu dessen Entwurf auch der Zentrale Kreditausschuss im Mai 2010 Stellung genommen hatte, abrufbar unter http://www.zka-online.de/uploads/media/bZKABaFin.sfr5.pdf) gekommen ist, ist freilich schon die nächste gesetzgeberische Änderung des § 25c KWG im Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Zweiten E-Geld-Richtlinie aus dem Spätsommer 2008 angestoßen worden (vgl. BR-Drs. 482/10 bzw. BT-Drs. 17/3023), das schon die ersten Beratungen hinter sich hat. Der Entwurf des BaFin-Rundschreibens (bei dem hinsichtlich der unveränderten Teile des § 25c KWG wohl davon ausgegangen werden kann, dass ein endgültiges Schreiben auch bei etwaigen Änderungen der Vorschrift im Übrigen ähnlich aussehen würde) bringt Konkretisierungen, die geplante Gesetzesänderung – beruhend nicht zuletzt auf dem Deutschlandbericht der FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering) aus dem Februar 2010 – nochmalige Erweiterungen der Pflichten des Kreditinstituts, auf die es jeweils bereits einen Blick zu werfen lohnt:

Der Entwurf des BaFin-Rundschreibens umschreibt zunächst die „betrügerischen Handlungen" näher (und weit über § 263 StGB – Betrug – hinausgehend) als solche, die objektiv oder subjektiv mit dem Betrug auch nur Ähnlichkeiten aufweisen (und nennt dabei exemplarisch Untreue, Urkundenfälschung, Geld- und Wertzeichenfälschung, Unterschlagung, Begünstigung oder Bestechung/Bestechlichkeit, Insolvenzstraftaten und Steuerstraftaten), hinsichtlich der Gefährdung des Vermögens des Kreditinstituts vergleichbar riskant sind und im Zusammenhang mit den vom Institut erbrachten Dienstleistungen stehen. Dies kann bei unmittelbar schädigenden Verhaltensweisen – von innen wie von außen – der Fall sein, daneben aber auch bei mittelbar schädigenden (etwa Ersatzansprüche auslösenden oder die Reputation schädigenden) Verhaltensweisen. Ausgenommen seien bei diesem Merkmal allerdings Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie Insiderhandel und Marktmanipulation, von denen die beiden Erstgenannten aber ausdrücklich in § 25c II KWG in seiner geltenden Fassung genannt werden.

Zur Risikovorsorge verlangt die BaFin die Einrichtung einer – auch für die Vorsorge gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zuständigen – Zentralen Stelle, die „sämtliche Maßnahmen zur Verhinderung von betrügerischen Handlungen koordiniert und für ein Gesamtkonzept sorgt". Zu ihren Aufgaben sollen die erforderliche Gefährdungsanalyse, die Implementierung von Sicherheitsmaßnahmen und die Kontakte zu Strafverfolgungsbehörden sowie zur BaFin gehören. Um diese Aufgaben effektiv erfüllen zu können, fordert der BaFin-Entwurf insbesondere hinreichend klare Berichtswege und Zuständigkeiten (unter Vermeidung von Doppelzuständigkeiten).

Inhaltlich wird ein risikoorientierter Überwachungsansatz verlangt, der – auf bekannten Strukturen etwa der Geldwäschebekämpfung aufbauend – insbesondere verlangt, dass in einer für interne und externe Revisionen nachvollziehbaren Weise die institutsspezifische Situation sowie die abstrakten kunden-, produkt- und transaktionsbezogenen Risiken identifiziert und erfasst werden, die identifizierten Risiken (unter Berück-

sichtigung von Schadenseintrittswahrscheinlichkeit und potentieller Schadenshöhe) bewertet werden, darauf aufbauend geeignete Maßnahmen entwickelt werden und die Risikoprofile insbesondere auch fortlaufend aktualisiert werden. Hierfür sind neben eigener Sachkunde, soweit erforderlich, auch externe Kenntnisse bzw. Experten heranzuziehen. Auf der Basis dieser Erkenntnisse können dann im Einzelfall Risiken ausgeschlossen, reduziert, versichert oder ggf. auch bewusst hingenommen werden. Der gesetzliche Hinweis auf „angemessene" Maßnahmen soll nach Interpretation der BaFin reine „Alibi-Maßnahmen" ausschließen. Dass neben internen Kontrollen auch ein EDV-Monitoring eine erforderliche Maßnahme sein kann, ergibt sich schon aus § 25 II KWG. Weiterhin werden im Entwurf etwa verschiedene mitarbeiter-, kunden- und geschäftsbezogene Sicherungsmaßnahmen genannt.

Die wichtigsten Änderungen im Entwurf zur Neufassung des § 25c KWG bestehen im Folgendem:

In einem neuen Satz 2 des § 25 I KWG werden die geschäfts- und kundenbezogenen Sicherungsmaßnahmen ausdrücklich erwähnt und damit klargestellt, dass solche internen Sicherungsmaßnahmen gegen betrügerische Maßnahmen, aber auch gegen die in der Neufassung schon in Absatz 1 ausdrücklich genannten Fälle der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung zum allgemeinen Risikomanagement gehören. Dass daneben auch „sonstige strafbare Handlungen" genannt werden, dürfte gegenüber dem bisher schon weiten Begriff der betrügerischen Handlungen keine nennenswerte Erweiterung bedeuten.

Ein neuer Absatz 3 beschreibt die Pflicht näher, „zweifelhafte oder ungewöhnliche" Geschäftsvorfälle näher zu untersuchen sowie zu dokumentieren und verdichtet hier in gesetzlicher Weise noch einmal die bereits o.g. Hinweise im BaFin-Entwurf. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich klargestellt, dass zwischen den Instituten bei schweren Verdachtsfällen Informationen (zweckgebunden) ausgetauscht werden dürfen.

Ein neuer Absatz 4 regelt die organisatorische Aufhängung und schreibt insoweit einen der Geschäftsleitung unmittelbar nachgeordneten Geldwäschebeauftragten (vergleichbar der schon bislang nach dem GwG innerhalb seines Anwendungsbereichs geltenden Regelung) mit hinreichenden Informationsmöglichkeiten und Befugnissen vor.

Absätze 5 und 6 regeln die Möglichkeit, interne Sicherungsmaßnahmen mit Zustimmung der BaFin outzusourcen sowie die Befugnis der BaFin, geeignete Anordnungen im Einzelfall zu treffen. Absätze 7 und 8 stellen klar, dass die „Bundesrepublik Deutschland – Finanzagentur GmbH" sowie auch die Bundesbank in den wesentlichen Bereichen in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen.
Etwas verdeckt am Ende der Vorschrift ordnet Absatz 9 schließlich an, dass Geldwäschebeauftragter und Zuständigkeit zur Verhinderung sonstiger Straftaten regelmäßig zusammenfallen sollen (was der „Zentralen Stelle" im BaFin-Entwurf entspricht), soweit keine Ausnahme genehmigt wird.

Was bleibt als Fazit festzuhalten: Obwohl die Vorschläge inhaltlich kaum Neues enthalten, was nicht unter dem Stichwort eines „Risk Based Approach" als modernes Paradigma insbesondere der Geldwäschebekämpfung schon bisher diskutiert wird und vielerorts gewiss ohnehin schon implementiert ist, wird formal der Kreis der Verpflichtungen durch das BaFin-Rundschreiben und insbesondere durch die gesetzliche Neufassung des § 25c KWG nochmals erweitert.

Dass entsprechende Maßnahmen erst einmal (vorbehaltlich der Refinanzierung bei den Kunden) von den Instituten getragen werden müssen, versteht sich in der Tradition entsprechender Regelungen fast schon von selbst und wird in § 25c IV 3 KWG-Entwurf („Institute haben die für eine ordnungsgemäße Durchführung der Aufgaben des Geldwäschebeauftragten notwendigen Mittel und Verfahren vorzuhalten und wirksam einzusetzen.") auch ausdrücklich erwähnt. Einmal ganz ungeachtet der Frage, ob das nicht auch die einzige mögliche und letztlich auch eine angemessene Lösung ist, fällt wieder einmal auf, wie in bestimmten Bereichen Privatpersonen – seien es die Banken, seien es die die Maßnahmen über ihre Kontoführungsbedingungen letztlich finanzierenden Kunden – zur Verfolgung und Verhütung von Straftaten finanziell in die Pflicht genommen werden.

Was die Umsetzung der Maßnahmen angeht, ist zwar nochmals an die Aussage des BaFin-Entwurfes zu erinnern, dass „Alibi-Maßnahmen" nicht genügen – umgekehrt sollte aber von den Instituten natürlich auf jeden Fall vermieden werden, dass schon die formalen Anforderungen nicht nachgewiesen (also durchgeführt und dokumentiert) werden.

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
verfügt aufgrund der langjährigen Tätigkeit für Banken und Sparkassen über hohe Expertise in allen bankrechtlich relevanten Rechtsgebieten, einschließlich bankaufsichtsrechtlicher und Compliance-bezogener Themenstellungen. Wir beraten Sie gerne. ■■

Dr. Cyril Rosenschon

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
rosenschon@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

Optimale Verwertung von verpfändeten Aktien börsennotierter Unternehmen

Unternehmensbeteiligungen dienen in der Kreditpraxis vielfach als Sicherungsgut. Die Sicherheitenbestellung erfolgt mittels Einräumung eines vertraglichen Pfandrechts an den Anteilen. Kommt es zu einer Verwertung des Pfandes, sind verschiedene Wege gangbar. Im Fall der Verwertung von Aktien börsennotierter Unternehmen können dabei aus Sicht der Bank als Pfandgläubiger interessante Handlungsoptionen bestehen.

Florian Schiermeyer

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
schiermeyer@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

Vorbehaltlich der individualvertraglichen Vereinbarung zusätzlicher Modalitäten setzt die Befriedigung des Pfandgläubigers grundsätzlich das Vorliegen von Pfandreife voraus, d.h. bei dem zu Grunde liegenden Kreditverhältnis muss entweder die Befristung abgelaufen sein oder der Bank steht ein Kündigungsrecht zu.

Vor diesem Hintergrund ist problematisch, dass der Sicherungswert börsennotierter Aktien durch eine besonders hohe Volatilität gekennzeichnet ist: Für den Aktienkurs sind nämlich nicht nur objektive Kriterien – wie die in Zahlen messbare Verschlechterung der Umsatz- oder Ertragssituation eines Unternehmens – maßgeblich, sondern auch die nur schwer berechenbare Psychologie der Marktteilnehmer. Ein Abwarten auf den Eintritt der Pfandreife kann daher die Position des Pfandgläubigers erheblich verschlechtern.

Tritt ein rapider Kursverfall ein, kann die Bank ungeachtet der (noch) nicht vorliegenden Fälligkeit ihres Rückzahlungsanspruchs unter Umständen eine sofortige Veräußerung des verpfändeten Aktiendepots erwirken. Nach § 1219 BGB setzt diese Option eine Gefährdung der Sicherheit als Folge einer wesentlichen Minderung des Wertes der Sicherheit voraus, wofür in entsprechender Anwendung von § 234 Abs. 3 BGB bereits ein 25%iger Wertverfall des Börsenkurses ausreichen kann. Der bei der Veräußerung des Pfandes erzielte Erlös tritt an die Stelle des Pfandes und dient der Bank als (Ersatz-)Sicherheit, d.h. die Bank ist nicht zur Befriedigung berechtigt, sondern kann nur weitergehenden Wertverlust verhindern.

Zumeist wird sich die Frage der Verwertung verpfändeter Aktien allerdings erst nach einer Kündigung des Kreditengagements stellen. Insoweit wählten Banken zur Verwertung ihres Pfandrechts in der Vergangenheit vielfach den Weg der öffentlichen Versteigerung gemäß § 1235 BGB. So hat beispielsweise die Deutsche Bank AG im Jahre 2002 die ihr von der Kirch-Gruppe verpfändeten Aktien an der börsennotierten Springer AG im Rahmen eines öffentlichen Versteigerungstermins selbst erworben. Dieser Weg des Eigenerwerbs von verpfändeten Aktien wird vor allem dann in Betracht kommen, wenn die Aktie im Kern gesund ist und die Bank davon ausgeht, dass sie ihren Verlust aus dem Kreditengagement nach einer Kurserholung der Aktie aufholen kann.

Da die Verpfändungsformulare der Kreditwirtschaft zwischenzeitlich meist ein gewerbliches Pfandrecht im Sinne von § 1259 BGB begründen, empfiehlt es sich für Banken nunmehr in aller Regel die zu ihren Gunsten verpfändeten Aktien im Wege eines freihändigen Verkaufs zu veräußern. Insoweit besteht die Möglichkeit, die Aktien entweder an der Börse oder – vor allem bei größeren Aktienpaketen, deren Verkauf gegebenenfalls auch wertpapierhandelsrechtliche Komplikationen nach sich ziehen kann – nach Durchführung eines M&A Prozesses außerbörslich zu verkaufen.

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
hat im Auftrag verschiedener Banken und Sparkassen die Verwertung von börsennotierten Aktien realisiert. Nutzen Sie unsere hohe Expertise in diesem Bereich. ■■

Persönliche Strafbarkeit wegen des Verschweigens von „kick back"-Zahlungen zu Gunsten der Bank?

Ein kürzlich ergangenes Urteil des OLG Stuttgart scheint erhebliche Risiken für die Vorstände von Banken und Sparkassen mit sich zu bringen: Das Gericht kritisiert darin die in der Kreditbranche lange Zeit übliche Praxis, gegenüber dem Kunden Rückvergütungen zu verschweigen, und beleuchtet die Organverantwortlichkeit erstmals unmissverständlich in einem strafrechtlichen Licht.

Die Rechtsprechung hat sich in den vergangenen Jahren umfassend mit dem Thema befasst, ob eine Bank gegenüber ihrem Kunden offenlegen muss, dass und in welchem Umfang sie für die Vermittlung eines bestimmten Geschäfts eine Rückvergütung von einer Fondsgesellschaft erhält. Auf Seite 5 dieser Ausgabe haben wir insoweit eine jüngst in diesem Kontext ergangene Entscheidung des OLG Frankfurt/Main dargestellt.

Nach der Rechtsprechung obliegt Banken eine umfassende Aufklärungspflicht dahingehend, dass ihnen aus einem vermittelten Geschäft über Kapitalanlageprodukte eine Rückvergütung zufließt. Diese Aufklärungsobliegenheit wird zum einen auf Grundlage der Herausgabepflicht des Kommissionärs nach § 384 HGB begründet. Zum anderen verweist die Rechtsprechung insbesondere auch auf die aus einer Rückvergütung resultierende Interessenkollision.

In dem nun vom OLG Stuttgart (Az.: 7 O 608/09) entschiedenen Fall hatte eine Bankkundin im Jahre 2000 einen Investmentfonds gezeichnet. Die vermittelnde Bank erhielt hierfür eine Provision, was sie der Kundin – wie damals noch üblich – jedoch verschwieg. Die Kundin verlangte später Schadensersatz wegen der Verletzung der Aufklärungspflicht. In der ersten Instanz wurde zwar ein Aufklärungsfehler festgestellt, jedoch wurde die Klage abgewiesen, weil die beklagte Bank nach den Feststellungen des Gerichts den Nachweis dafür erbringen konnte, dass sie keine vorsätzliche Pflichtverletzung begangen hatte. Der Schadensersatzanspruch war daher nach § 37a WpHG verjährt.

In der Berufungsinstanz kam das OLG Stuttgart nun zu dem Ergebnis, dass sich die Bank nicht darauf berufen könne, dass sie sich mangels eigener Rechtsabteilung über die ihr im konkreten Fall obliegende Aufklärungspflicht geirrt habe. Das Gericht bejahte vielmehr einen schweren Rechtsverstoß. Wörtlich stellte das Gericht Folgendes fest: „Angesichts einer rechtlich vollkommen zweifelsfreien Herausgabepflicht liegt es nahe, das Verschweigen der Bank (…) als vorsätzlich zu bewerten. In Betracht kommt der Tatbestand der Untreue oder des Betruges."

Das OLG Stuttgart hat seine Entscheidung nicht zur Revision zugelassen. Sollte das Urteil tatsächlich rechtskräftig werden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich zukünftig auch die Staatsanwaltschaft für ähnlich gelagerte Fälle interessiert. Jedenfalls wird aber die Möglichkeit der Drohung mit einem Strafantrag die Position klagender Bankkunden erheblich verbessern.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich eine Aktualisierung der gegenüber den Vertriebsmitarbeitern (hoffentlich) ausgesprochenen Anweisung, das Anfallen einer Rückvergütung gegenüber dem Kunden offen zu legen und dies sorgfältig zu dokumentieren.

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
berät seit vielen Jahren Leitungsorgane von Banken und Sparkassen in haftungsrechtlichen Fragen. Wir unterstützen Sie gerne. ■■

Dr. Cyril Rosenschon

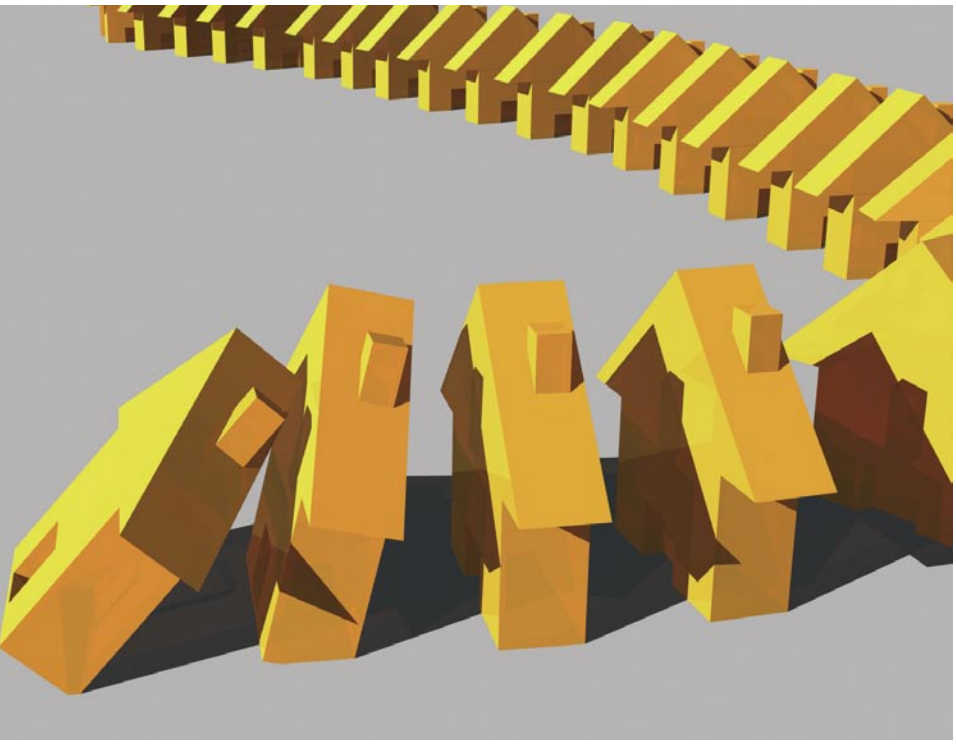
HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
rosenschon@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

Treuhandlösungen für gefährdete Immobilienengagements -

Was kann der Treuhänder, was die Bank nicht kann?

Gastkommentar der Greenmarck Capital Advisors GmbH

In vielen Fällen ist das Verhältnis zwischen Darlehensnehmer und –geber bei leistungsgestörten oder ausfallgefährdeten Immobilienfinanzierungen nicht mehr ganz ungetrübt. Gegenseitiges Misstrauen führt dann dazu, dass gerade in einer kritischen Projektphase die Interessen von Fremd- und Eigenkapitalgebern divergieren, obwohl eigentlich der Projekterfolg beiden gemeinsam am meisten dienen würde. In so einer Situation bringt der Treuhänder als neutraler Sachwalter der Interessen aller Beteiligten zunächst einmal eine Deeskalation und Konzentration auf die anstehenden Herausforderungen.



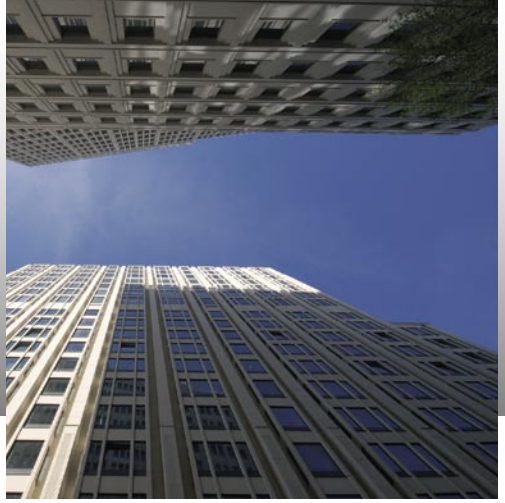
Die rechtliche Konstruktion der Treuhandschaft orientiert sich immer an den Umständen des Einzelfalls. Grundsätzlich übernimmt der Treuhänder im Rahmen einer doppelnützigen Treuhandschaft die Gesellschafterstellung des oder der bisherigen Beteiligten und übt zukünftig weisungsunabhängig deren gesetzliche und gesellschaftsvertragliche Rechte aus. Die Treuhandschaft kann – insbesondere unter grunderwerbsteuerlichen Aspekten – erforderlichenfalls auch auf eine Mehrheitsbeteiligung begrenzt werden, die ausreichend ist, alle wesentlichen Maßnahmen bis hin zum Verkauf und der Liquidation der Gesellschaft durchzuführen. Dem oder den Finanzierungspartner gegenüber ist der Treuhänder ebenfalls nur insoweit verpflichtet, als dass er auf die strikte Einhaltung aller abgeschlossenen Kreditverträge und anderweitiger Vereinbarungen zu achten hat und diesbezüglich die Geschäftsführung sowie Mitarbeiter und Dienstleister entsprechend anweist und durch die Implementierung der richtigen Reporting- und Entscheidungsprozesse dafür Sorge trägt, dass eine adäquate Umsetzung gewährleistet ist.

Im „Trigger Event“, also bei Vorliegen von wesentlichen Vertragsverletzungen, die eine Kündigung der Finanzierung bankseitig ermöglichen und herbeiführen, übernimmt der Treuhänder sofort die operative Geschäftsführung und nimmt die vertragskonforme Verwertung der gestellten Darlehenssicherheiten vor. Aus Sicht der Kreditgeber beinhaltet die Treuhandlösung zwei unmittelbare Vorteile gegenüber der herkömmlichen Kreditbesicherung:

- Sicherstellung der vertragskonformen Abwicklung des Darlehensverhältnisses zwischen Bank und Darlehensnehmer.
- Sofortiger Zugriff auf die Assets im Falle einer Darlehenskündigung oder anderer Umstände, die eine Verwertung erforderlich machen.

Für den Darlehensnehmer bedeutet die Einschaltung eines Treuhänders zunächst eine Einschränkung seiner Gesellschafterrechte. Im Gegenzug dafür erhält er jedoch die Gewähr, dass die Valutierung weiterer bzw. die Prolongation bereits gewährter Darlehensmittel vertragsgemäß erfolgt. Der Treuhänder hat per se nur ein Interesse: Die erfolgreiche Realisierung des Projektes und die Rückübertragung der Gesellschaftsanteile an die ursprünglichen Eigentümer sind der beste Beleg für die Vorteile seiner Treuhandschaft. Damit gelingt dann die Wiederherstellung einer Interessenidentität zwischen Fremd- und Eigenkapitalgeber.

Projekte in diesem Kontext sind häufig größere Projektentwicklungen mit längeren Planungszeiten und komplexen Bau- und Verkaufsstrukturen. Hier liegen zwischen Ankauf des Grundstücksareals und Baubeginn nicht selten einige Jahre – Zeiträume in denen sich Planungsgrundlagen und die Prämissen über wirtschaftliche Rahmendaten deutlich verschlechtern und die Rückzahlung von Darlehensmitteln unsicher machen können. Ein Darlehensgeber, der in einem solchen Vorhaben bereits die Finanzierung des Ankaufs, nicht selten mit einem abzureißenden Altbestand,



bereit gestellt hat, steht vor einem Dilemma: Die erwartete Rentabilität des Gesamtprojektes ist nicht mehr so gut wie ursprünglich prognostiziert und eine ordnungsgemäße Rückführung der Darlehensmittel nicht mehr sicher. Andererseits bliebe die Bank bei einem Projektabbruch auf einem nicht mehr vermietbaren Altbestand oder schlimmstenfalls auf einer angefangenen Baustelle sitzen; auch dann ist die Rückführung der bestehende Kreditvaluta in der Regel nie in voller Höhe, sondern nur mit erheblichen Abschlägen möglich. Betroffen hiervon sind häufig Neubauvorhaben von großen Büroimmobilien in peripheren Lagen der „big seven" Immobilienstandorte in Deutschland. Bei Gebäudeflächen von 20.000 qm und mehr ohne nennenswerte Vorvermietung können sich Mietpreisprognosen im Nachhinein als zu optimistisch und im jetzigen Marktumfeld als nicht mehr realistisch erweisen. Während die guten und sehr guten Innenstadt-Standorte sich auch in Krisenzeiten als vergleichsweise resistent zeigen, ist die Vermietung an den Ausfallstraßen oder im Speckgürtel in zyklischen Abschwüngen – wie zur Zeit – nur in einem harten Preiswettbewerb möglich. Gerade in den Boom-Jahren des Deutschen Immobilienmarktes ab 2005 floss viel Geld in solche Projekte. Befeuert von der allgemeinen Euphorie zumeist angelsächsischer, opportunistischer Investoren, ließen sich auch deutsche Kreditinstitute zu aggressiven non recourse Finanzierungen hinreißen, über die sie heute nur ungern reden. Hier gilt es, nüchtern die Situation und die Perspektiven zu analysieren. Betroffen davon sind neben den erwähnten Projektentwicklungen prinzipiell auch Portfoliofinanzierungen. Auch hier wurden aus der ex post Perspektive überzogene Miet- und Kaufpreiserwartungen gehegt, die schöne IRR-Renditen in den Excel-Business-Plänen junger Analysten auswerfen, aber einer Überprüfung durch die Realität in den wenigsten Fällen standhalten. Für den Treuhänder besteht die Hauptaufgabe nun darin, die Realisierung der ursprünglichen Planung den geänderten Bedingungen anzupassen.

Grundsätzlich lassen sich dabei 3 Phasen der operativen Tätigkeiten des Treuhänders unterscheiden:

1. Bestandsaufnahme
2. Projekt Management
3. Erfolgskontrolle

In Phase 1 verschafft sich der Treuhänder ein unabhängiges Bild von der wirtschaftlichen und finanziellen Situation des Projektes. Prognosen über Kosten und Erlöse werden auf den Prüfstand gestellt und angepasst. Ein neuer Business-Plan wird entwickelt und verabschiedet. Dies geschieht entweder gemeinsam mit der Organisation des ursprünglichen Initiators oder in Kooperation mit externen fachlich versierten Dienstleistungsunternehmen, die nach Bedarf hinzugezogen werden. Während die Plausibilisierung von Miet- und Kaufpreisen i.d.R. weniger Schwierigkeiten bereitet, bestehen bei Bau-, Bauneben- und sonstigen Projektkosten häufig erhebliche Unsicherheiten, die nur durch intensive Detailarbeit und ggfs. auch durch eine veränderte Planung eingegrenzt werden können.

Wenn das neue Gesamtbudget erstellt und verabschiedet ist, hat der Treuhänder sämtliche organisatorischen Rahmenbedingungen zu schaffen und zu implementieren, die für die Umsetzung erforderlich sind. Dabei greift er – soweit möglich – auf die vorhandene Organisation des Initiators zurück, wird jedoch auch Dritte insbesondere am Projekt-Controlling und der Vermarktung im erforderlichen Umfang beteiligen.

Die laufende Überprüfung während der Bau- oder Managementphase einschließlich des zugehörigen Berichtswesens stellt den dritten Baustein seiner Leistung dar. Diese endet erst mit Fertigstellung und Verkauf oder einem anderweitigen – vorher definierten – Projektende.

Bei sämtlichen Tätigkeiten muss der Treuhänder die immobiliären Aspekte vollständig verstehen und aktiv begleiten. Auch wenn er nicht täglich auf der Baustelle steht, ist die profunde fachliche Kenntnis und Durchdringung der mitunter komplexen Zusammenhänge großer Baumaßnahmen essentiell. Eine passive und reaktive Rolle wird den Anforderungen an diese anspruchsvolle Funktion nicht gerecht – gefragt ist vielmehr die eierlegende Wollmilchsau. Für den Treuhänder ist dies zugleich Ansporn und Herausforderung, sich als weißer Ritter bei der Rettung gefährdeter Immobilienengagements zu beweisen. ■■

Zu Greenmarck:

Die Greenmarck Capital Advisors GmbH ist auf die Finanz- und Managementberatung von Unternehmen, Banken und Unternehmern in Sondersituationen fokussiert. Greenmarck Capital Advisors GmbH ist derzeit Treuhänder im Zusammenhang mit einer gewerblichen Projektentwicklung eines geschlossenen Immobilienfonds mit einem Finanzierungsvolumen von mehr als 100 Mio. EUR. Weitere Informationen: www.greenmarck.com

Klaas Ockens

Greenmarck Capital Advisors GmbH

Neuregelungen im Bankensektor durch das „Restrukturierungsgesetz“

Die nationalen und internationalen Erfahrungen aus den Turbulenzen an den Finanzmärkten nimmt der Gesetzgeber zum Anlass, umfangreiche Neuregelungen im Bankensektor vorzunehmen.

Als einen Bestandteil des sog. Restrukturierungsgesetzes hat der Gesetzgeber das „Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz“ (KredReorgG) verabschiedet, das Kreditinstituten die Möglichkeit geben soll, auf eigenen Antrag hin ein Sanierungsverfahren oder ein Reorganisationsverfahren durchzuführen.

Im Sanierungsverfahren wird auf Antrag des betreffenden Kreditinstitutes vom zuständigen Oberlandesgericht ein Sanierungsberater bestellt, der den vom betroffenen Kreditinstitut vorgelegten Sanierungsplan im Einvernehmen mit den zuständigen Behörden (BaFin und OLG) umsetzt, aber auch Änderungen vornehmen kann. Dem Sanierungsberater stehen umfangreiche Mitwirkungs- und Kontrollbefugnisse zu.

Sofern das betreffende Kreditinstitut ein Sanierungsverfahren für aussichtslos hält, kann ein Reorganisationsverfahren eingeleitet werden. Der diesem Verfahren zu Grunde liegende Reorganisationsplan besteht aus einem darstellenden und einem gestaltenden Teil.

Im darstellenden Teil wird beschrieben, welche Regelungen getroffen werden sollen, um die Grundlagen für die Gestaltung der Rechte der Betroffenen zu schaffen.

Im gestaltenden Teil wird festgelegt, wie die Rechtsstellung der Beteiligten durch den Reorganisationsplan geändert werden soll. Im gestaltenden Teil des Reorganisationsplans kann – aber nicht gegen den Willen der betroffenen Gläubiger – vorgesehen werden, dass Forderungen von Gläubigern in Anteile am Kreditinstitut umgewandelt werden. Weiter können alle gesellschaftsrechtlich zulässigen Maßnahmen getroffen werden, die die Reorganisation des Kreditinstituts fördern. Insbesondere kann das Kreditinstitut sein Vermögen ganz oder teilweise auf einen bestehenden/zu gründenden Rechtsträger ausgliedern. Dabei ist anzugeben, um welchen Bruchteil die Forderungen von Gläubigern gekürzt werden.

Die beschriebenen Instrumente zur Reorganisation von Kreditinstituten werden flankiert von der Einrichtung eines Restrukturierungsfonds zum Zwecke der Stabilisierung des Finanzmarktes. Dieser Fonds wird bei der BaFin errichtet; beitragspflichtig sind alle Kreditinstitute im Sinne von § 1 Abs. 1 KrWG.

Die Mittel des Fonds werden durch Beiträge der beitragspflichtigen Kreditinstitute erbracht, die zum 30.09. eines jeden Jahres zu leisten sind. Daneben kann der Fonds Sonderbeiträge erheben. Die Einzelheiten zu Jahres- und Sonderbeiträgen werden durch Rechtsverordnung im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank geregelt.

Die Höhe der Jahresbeiträge muss sich nach dem Geschäftsvolumen, der Größe und der Vernetzung des beitragspflichtigen Kreditinstituts im Finanzmarkt richten; hierbei ist insbesondere die Summe der gegenüber anderen Kreditinstituten eingegangenen Verbindlichkeiten zu berücksichtigen. Die Rechtsverordnung kann auch die Erhebung von Mindestbeiträgen vorsehen, die unabhängig von der Erzielung eines Jahresüberschusses des Kreditinstituts erhoben werden können. ■■

Florian Schiermeyer

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
schiermeyer@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0

Information über ein „Inhouse Seminar für Kreditinstitute“

HERMANN

HERMANN JOBE & PARTNER
RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER

Zivil- und strafrechtliche Haftungsrisiken für Geschäftsleiter und Führungskräfte

Hermann RWS Hermann Jobe & Partner bietet Banken und Sparkassen ein Inhouse-Intensiv-Seminar zur Thematik der Haftung von Geschäftsleitern und Führungskräften der 2. Ebene unter Berücksichtigung neuer Tendenzen in Rechtsprechung und Praxis, vor allem aktueller Vorgaben der Bankenaufsicht in Folge der Finanzmarktkrise.

Seminarinhalte

Modul I: Haftungsrisiken im Kreditgeschäft
Vorstands- und führungskräfterelevante Praxisfragen unter Beachtung bankaufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Neukreditvergabe, Kreditprolongation, Umgang mit Sanierungsengagements, Pflicht zur Dokumentation, Untreue bei der Kreditvergabe, Präventionsmaßnahmen, Handlungsempfehlungen bei Haftungsinanspruchnahme.

Modul II: Organisationspflichten und Pflicht zur Früherkennung und sachgerechten Steuerung von Risiken
Vorstandsrelevante aufsichtsrechtliche Aspekte unter besonderer Beachtung von § 25a KWG und MaRisk, Gesamtverantwortung des Vorstands, Wirksamkeit des Internen Kontrollsystems (IKS), Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Bankensteuerung, einzelne haftungsrelevante besondere organisatorische Anforderungen der MaRisk, Geldwäschebestimmungen, Korruptionstatbestände.

Modul III: Krisen– und sanierungsspezifische Haftungsrisiken im Problemkreditbereich
Krisenfrüherkennung, Umgang mit krisenbehafteten Unternehmensbeteiligungen eines Kreditinstituts, Umgang mit fehlgeschlagenen Spekulationsgeschäften eines Kreditinstituts, Verhaltens- und Bearbeitungsempfehlungen bei Problemkreditengagements, Insolvenz und Insolvenzrecht aus Bankensicht, Haftungsfalle Sanierungsgutachten und Ordnungsmäßigkeit der Sanierungsgutachten, Untreue im Problemkreditbereich, Präventionsmaßnahmen, Handlungsempfehlungen bei Haftungsinanspruchnahme.

Modul IV: Vorstandsdienstverträge und Vorstandshaftung
Verhaltensregeln im Falle einer Haftungsinanspruchnahme, Prüfung von Schadensfällen, Kommunikationsstrategien, Kündigung des Dienstvertrages, Widerruf der Altersbezüge, Versicherbarkeit der Risiken, straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Organhaftung, Verhaltensempfehlungen im Falle drohender strafrechtlicher Ermittlungen.

„Sprechen Sie mit uns. Wir lassen Ihnen gerne detaillierte Informationen zukommen.“

Zielgruppe des Seminars

Geschäftsleiter und Mitarbeiter der 2. Führungsebene von Kreditinstituten, insbesondere der Bereiche Revision, Kredit/Sanierung, Recht/Compliance und Risikocontrolling.

Modularer Seminaraufbau

Unser neues Inhouse-Intensiv-Seminarangebot ist modular aufgebaut. Sie können für Ihr Kreditinstitut dasjenige Modul auswählen, dessen Inhalt für Sie von besonderem Interesse ist. Damit bieten unsere Inhouse-Intensiv-Seminare auch beruflich sehr stark in Anspruch genommenen Führungskräften die Möglichkeit, sich effizient und schnell über die neueste Rechtslage, Haftungsfallen und erforderliche Präventivmaßnahmen zu informieren.

Referent

Rechtsanwalt Clemens J. Jobe ist Partner der Kanzlei Hermann Jobe & Partner. Er berät seit vielen Jahren Vorstände aus allen Institutsgruppen in Haftungsfragen und bei der Risikoprävention. Zusätzlich zu seiner anwaltlichen Praxis ist Rechtsanwalt Clemens J. Jobe als Dozent zu den Themen Haftungsrisiken für Geschäftsleiter und Vorstände tätig. Er wirkt an der Schulung vieler Vorstände zu diesem Thema mit, unter anderem beim Deutschen Sparkassen- und Giroverband (DSGV), bei den Handelsblatt Financial Trainings und zuletzt bei den Hamburger Bankenaufsichtstagen.

Dauer

Sie wählen den für Sie günstigsten Termin für unser Inhouse-Intensiv-Seminar. Das Inhouse-Intensiv-Seminar dauert pro Modul 2 ½ Stunden (inklusive Pause). Mehrere Module können beliebig kombiniert werden. ■■

Clemens J. Jobe

HERMANN RWS HERMANN JOBE & PARTNER
Widenmayerstr. 16 | 80538 München
jobe@hermann-jobe.com
Tel.: +49(0)89 210 19 91 - 0