

Der Open-Access-Publikationsserver der ZBW – Leibniz-Informationzentrum Wirtschaft
The Open Access Publication Server of the ZBW – Leibniz Information Centre for Economics

Schalast, Christoph; Ockens, Klaas; Jobe, Clemens J.; Safran, Robert

Working Paper

Work-out und Servicing von notleidenden Krediten: Berichte und Referate des HfB-NPL Servicing Forums 2006

Working paper series // HfB - Business School of Finance & Management, No. 76

Provided in cooperation with:

Frankfurt School of Finance and Management

Suggested citation: Schalast, Christoph; Ockens, Klaas; Jobe, Clemens J.; Safran, Robert (2006) : Work-out und Servicing von notleidenden Krediten: Berichte und Referate des HfB-NPL Servicing Forums 2006, Working paper series // HfB - Business School of Finance & Management, No. 76, urn:nbn:de:101:1-20080827178 , <http://hdl.handle.net/10419/27844>

Nutzungsbedingungen:

Die ZBW räumt Ihnen als Nutzerin/Nutzer das unentgeltliche, räumlich unbeschränkte und zeitlich auf die Dauer des Schutzrechts beschränkte einfache Recht ein, das ausgewählte Werk im Rahmen der unter

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen> nachzulesenden vollständigen Nutzungsbedingungen zu vervielfältigen, mit denen die Nutzerin/der Nutzer sich durch die erste Nutzung einverstanden erklärt.

Terms of use:

The ZBW grants you, the user, the non-exclusive right to use the selected work free of charge, territorially unrestricted and within the time limit of the term of the property rights according to the terms specified at

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen>
By the first use of the selected work the user agrees and declares to comply with these terms of use.

HfB – Working Paper Series

No. 76

**Work-Out und Servicing
von notleidenden Krediten –
Berichte und Referate des
HfB-NPL Servicing Forums 2006**

by Christoph Schalast, Klaas Ockens,

Clemens J. Jobe, Robert Safran

Dezember 2006



Sonnemannstr. 9-11 60314 Frankfurt an Main, Germany
Phone: +49(0)69 1540080 Fax: +49(0)69 154008728
Internet: www.hfb.de

Abstract

The report deals with the current questions relating to the work-out, outsourcing and servicing of non-performing-loans. After a brief market description the paper addresses the specific problems, which arise when servicing real estate and corporate loans. Within these framework issues, which include banking secrecy rules, the risk of civil liability for banks in respect to non-performing-loans, banking regulation law, are explained and practical suggestions for a proposed line of action are made. The main objective is to identify the basic lines taken in the discussion so far and to define different approaches to the topic for the purposes of research and legal practice.

Key words: non-performing-loans; distressed debt; portfolio-management; work-out; outsourcing; servicing, banking regulation law, banker's duty of secrecy; civil liability risks; corporate loans, real estate loans

JEL classification: K 12; K 19; K 22; K 29

ISSN: 14369761

Contact:

Professor Dr. Christoph Schalast
Academic Director Master of Mergers & Acquisitions (LL.M.)
HfB - Business School of Finance & Management
Sonnemannstrasse 9-11
D-60314 Frankfurt/Main
Germany

Phone: +49-(0)69-154008 709
Fax: +49-(0)69-154008 728
Mobil: +49-(0)177-3448459
E-Mail: schalast@hfb.de

Klaas Ockens
Sireo Real Estate GmbH
Jahnstrasse 64
D - 63150 Heusenstamm
Germany

Phone +49 6104 664 241
Fax +49 6104 664 249
Mobile +49 151 17 43 00 60
E-Mail: Klaas.Ockens@sireo.de

Clemens J. Jobe
Rechtsanwälte Grub Brugger & Partner
Nymphenburger Straße 20 B
D - 80335 München
Germany

Phone: +49-(0)89-179 5959 -0
Fax: +49-(0)89-179 5959 - 29
E-Mail: c.jobe@grub-brugger.de

Robert Safran
Schalast & Partner Rechtsanwälte
Mendelssohnstraße 75-77
D-60325 Frankfurt am Main
Germany

Phone: +49-(0)69-975831 0
Fax: +49-(0)69-975831 20
E-Mail: frankfurt@schalast.com

Inhaltsverzeichnis

1	Vorwort (Christoph Schalast)	6
2	Der deutsche NPL-Markt und das NPL Servicing (Christoph Schalast)	7
2.1	Warum und wie viele NPLs in Deutschland	7
2.2	Marktstruktur und Entwicklungen	8
2.3	Servicing	10
2.4	Ausblick	11
3.	Herausforderungen beim Servicing von Immobilien (Klaas Ockens)	12
3.1	German NPLs Status Quo und Ausblick	12
3.1.1	Definition Non Performing Loan	12
3.1.2	Trends am Markt für Not leidende Kredite	12
3.2.	Loan Servicing	13
3.2.1	Wachsende Bedeutung des Loan Servicing	13
3.2.2	Servicer Funktionen	15
3.2.3	Special Servicing bei Notleidenden Immobiliendarlehen	17
3.3	Ausblick	23
4.	Servicing von Corporate Loans – Haftungsrisiken in der Krise gewerblicher Kreditnehmer (Clemens J. Jobe)	24
4.1	Einleitung	24
4.2	Situation der Kreditgeber nach dem Bekannt werden der Unternehmenskrise	25
4.2.1	Krisenarten	25
4.2.2	Krisenfrüherkennung	25
4.3	Ausgangslage der Kreditinstitute nach Krisenerkennung	26
4.4	Haftungsrisiken in der Krise gewerblicher Kreditnehmer und Strategien zur Vermeidung eines Haftungsfalles	28
4.4.1	Abwicklung	28
4.4.2	Stillhalten	28
4.4.2.1	Besteht eine Kreditkündigungspflicht?	28
4.4.2.2	Ausnahmen	29
4.4.3	Teilnahme an der Unternehmenssanierung	29
4.4.4	Vergabe von Neukrediten zur Unternehmenssanierung	29
4.4.4.1	Maßgebliches Beurteilungskriterium: Sanierbarkeit des Kreditengagements	30
4.4.4.2	Notwendigkeit der Sanierungsprüfung des Kreditnehmers	31
4.4.5	Insolvenzverschleppung durch faktische Geschäftsführung	33
4.4.6	Anstiftung und Beihilfe zur Insolvenzverschleppung	34
4.4.7	Schuldnerknebelung (durch stille Geschäftsinhaberschaft)	34
4.4.8	Quasi-Gesellschafterhaftung	35
4.4.8.1	Anwendbarkeit:	35
4.4.8.2	Krise des Schuldnerunternehmens	36
4.4.9	Haftung für Steuerschulden des Kreditnehmers	36

4.4.10	Konzernhaftung.....	37
4.5	Vermeidung von Haftungsrisiken durch Treuhandlösungen	37
4.6	Aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen bei der Sanierung von Kreditnehmern	39
4.7	Bestehen neue Rechtsrisiken aufgrund der MaRisk bei der Sanierung gewerblicher Kreditnehmer?	39
4.7.1	MaRisk und gewerbliche Problemkredite.....	39
4.7.2	Rechtliche Einordnung der MaRisk.....	40
4.7.3	Neue Haftungsrisiken bei der Sanierung gewerblicher Kreditnehmer aufgrund MaRisk?	41
4.7.3.1	Konkretisierung des Pflichtenkataloges von Organen und Bankmitarbeitern durch MaRisk.....	41
4.7.3.2	MaRisk-Anforderungen an die Unternehmenssanierung und Empfehlungen zur Umsetzung der Anforderungen.....	41
4.7.3.3	Zusammenfassung.....	43
4.8	Rechtsfragen beim Verkauf und beim Outsourcing notleidender Kredite.....	43
4.8.1	Inhalt des Bankgeheimnisses	44
4.8.2	Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses.....	44
4.8.2.1	Zivilrechtliche Verankerung des Bankgeheimnisses	44
4.8.2.2	Verfassungsrechtliche Verankerung des Bankgeheimnisses	45
4.8.2.3	Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht?	45
4.8.2.4	Bankgeheimnis bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten	45
4.8.3	Durchbrechung des Bankgeheimnisses beim Verkauf und dem Outsourcing von Problemkrediten	46
4.8.3.1	Grundsatz: Geldforderungen sind verkehrsfähig und abtretbar	46
4.8.3.2	Abtretungsausschluss nur bei ausdrücklicher Vereinbarung	46
4.8.3.3	Zusammenfassung.....	50
4.8.4	Verletzung des Bankgeheimnisses durch Outsourcing der Problemkreditbearbeitung oder Verkauf und Abtretung notleidender Kredite?.....	50
4.8.4.1	Grenzen des Bankgeheimnisses	50
4.8.4.2	Erforderlichkeit eines sachlich berechtigten Interesses an der Geheimhaltung	52
4.8.5	Folgerungen für das Bankgeheimnis beim Servicing und beim Verkauf notleidender Kredite.....	52
4.8.5.1	Bankgeheimnis und Kredit-Servicing.....	52
4.8.5.2	Bankgeheimnis und Verkauf notleidender Kredite.....	53
4.8.6	Das Bankgeheimnis bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten.....	54
4.8.6.1	Geheimnisschutz nach § 203 Abs. 2 StGB	54
4.8.6.2	Befugnis zur Geheimnisoffenbarung beim Servicing und NPL-Verkauf....	55
4.8.6.3	Zusammenfassung zum Bankgeheimnis bei öffentlich-rechtlichen Instituten	57
4.8.7	Ergebnis zum Verkauf und dem Outsourcing notleidender Kredite.....	57
5	Podiumsdiskussion I. Non Performing Loans – Wann lohnt sich das Investment (Berichterstatter Robert Safran)	58

6 Podiumsdiskussion II. Non Performing Loans – Outsourcing vs. Workout (Berichterstatter Robert Safran).....61

1 Vorwort (Christoph Schalast)

Der vorliegende Konferenzband enthält die zentralen Vorträge des ersten NPL Servicing Forums 2006, das am 17.05.2006 in der HfB-Business School of Finance and Management in Frankfurt am Main stattgefunden hat. Neben den nachfolgend abgedruckten Beiträgen haben insbesondere die beiden Podiumsdiskussionen über die Frage: „Wann lohnt sich das Investment?“ und „Outsourcing vs. Workout“ zahlreiche Entwicklungen, wie etwa die zunehmende Bedeutung von Corporate Loans und Single Name-Transaktionen sowie die weitere Professionalisierung des Servicing, akzentuiert, die in der Folge die Marktentwicklung der letzten Monate geprägt haben. Insgesamt wurde auch deutlich, dass die Zeit des spektakulären Verkaufs von Milliardenportfolios weitgehend abgeschlossen ist. Ob sich die Transaktionen gelohnt haben, wird sich indes erst in einigen Jahren zeigen. Insoweit kommt der Leistung der – gleichsam aus dem Boden geschossenen – Asset-Manager und Kreditspezialisten (Servicer) entscheidende Bedeutung zu. Die Investoren vermuten jedenfalls ihre Gewinnchance hier und wollen ihr Ziel durch Intensivbetreuung, Mitarbeitermotivation und Einsatz effizienter Datenbanken erreichen.

Das NPL-Servicing ist in der letzten Zeit, vor allem in der Presse, höchst kritisch diskutiert worden und ich hoffe, dass die sachlichen Ausführungen des Arbeitsberichts auch dabei helfen, etwaige Vorurteile oder Missverständnisse auszuräumen.

An dieser Stelle möchte ich mich schließlich ganz herzlich bei den Podiumsmitgliedern, Referenten und Teilnehmern des Forums 2006 bedanken, die mit ihrem Interesse und ihrer Diskussionsbereitschaft den Erfolg der Veranstaltung erst ermöglicht haben.

Die Autoren freuen sich über Kritik, Kommentare und Ergänzungen. Das zweite NPL Forum an der HfB ist bereits in Planung. Es wird im Mai 2007 stattfinden.

Frankfurt am Main im November 2006

Christoph Schalast

2 Der deutsche NPL-Markt und das NPL Servicing (Christoph Schalast)

2.1 Warum und wie viele NPLs in Deutschland

In Deutschland hat sich in den letzten Jahren – beginnend mit ersten Transaktionen ausländischer Investoren im Jahre 2003 – ein dynamischer Markt für den Handel mit Problemkrediten (= Non-Performing Loans = Distressed Debt) entwickelt¹. Dies mag auf den ersten Blick überraschen, da Deutschland nicht als typischer Handelsplatz für notleidende Kredite erscheint. Doch wenn man die Besonderheiten der Geschichte und wirtschaftlichen Entwicklung der letzten 15 Jahre betrachtet, das heißt die Wiedervereinigung mit ihren Lasten sowie der Wertverfall im deutschen Immobilienmarkt, wird der Hintergrund für die „Sonderentwicklung“ schnell deutlich.

Hinzukommt die besondere Struktur des deutschen Bankensystems mit einem – im internationalen Vergleich – hohen Grad an Spezialisierung im Rahmen einer stark gegliederten Struktur mit Privatbanken, Landesbanken, Sparkassen, Regionalbanken, Genossenschaften, Hypothekenbanken etc.. Diese Spezialisierung spiegelt sich letztendlich auch in dem deutschen „Dreisäulenmodell“ wieder. Da zahlreiche kleinere Institute bestehen, haben diese in ihren Büchern auch nur wenige NPLs, bei denen sich ein Verkauf in der Regel kaum lohnt. Durch die spezifische Struktur wird eine Konsolidierung der deutschen Bankenlandschaft, wie sie in zahlreichen europäischen Nachbarstaaten und den USA stattgefunden hat, erschwert. Trotzdem ist eine Zunahme der Fusionsaktivitäten im deutschen Bankensektor zu erwarten. Erste spektakuläre Transaktionen, wie etwa die Übernahme der HVB durch Unicredito Italiano, die Übernahme der Eurohypo durch die Commerzbank oder aber die Akquisition von AHBR durch Lone Star, haben bereits stattgefunden. Im Vorfeld eines sich (vorsichtig) konsolidierenden Marktes kann der Verkauf von NPL einen wichtigen strategischen Faktor darstellen; die fusionsbereiten Banken befreien sich vom vergangenen Ärger. Daneben wird die Verkaufsbereitschaft auch durch das regulatorische Umfeld gefährdet (Basel II). In der zweiten und dritten Säule des deutschen Bankensystems, den Sparkassen und Gemeinschaftsbanken, gilt dies allerdings nur sehr eingeschränkt, weil hier bisher eine Konsolidierung – wenn überhaupt – nur im eigenen Lager denkbar war. Doch könnte sich die Situation ändern, wenn die Aktivitäten der Hessischen Landesregierung erfolgreich sind, die über das Angebot der Ausweisung von Stammkapital auch für die Sparkassen eine Konsolidierungsoption ins Spiel bringen will. Sicher ist jedenfalls, dass bisher kaum Transaktionen aus dem Sparkassensektor bekannt wurden, weshalb dort auch die größten Potentiale vermutet werden.

Der neu entstandene NPL-Markt wird dabei von seinem Volumen her höchst unterschiedlich eingeschätzt. So sprachen Ernst & Young in ihrem Non-Performing-Loans-Report 2004 von

¹ Der vorliegende Beitrag beruht auf dem gleichnamigen Vortrag auf dem NPL Servicing Forum 2006 von HfB-Business School of Finance and Management und Bankakademieverlag GmbH am 17.05.2006. Im Rahmen des HfB-Forschungskolloquiums vom 15.12.2005 wurden Vorüberlegungen dazu vorgestellt und in dem darauf beruhenden Arbeitsbericht Nr. 73 gemeinsam mit Dickler unter dem Titel: „Distressed Debt in Germany: What's Next? Possible Innovative Exit Strategies“ veröffentlicht. Die Vortragsform wurde beibehalten und nur einige wenige Fußnoten angefügt.

bis zu € 300 Mrd., eine Zahl, die nachfolgend in der Presse immer wieder genannt wurde². Daneben stehen aber auch weitaus geringere Zahlen im Raum; die Studie von Kroll & Mercer Oliver Wyman, entstanden im Frühjahr 2005, kommt auf einen – ebenfalls in der Presse immer wieder publizierten – unteren Wert von € 160 Mrd.³, wobei noch zwischen Non-Performing-Loans (€ 125 Mrd.) und Sub-Performing-Loans unterschieden wird.

Sicher ist jedenfalls, dass bis Ende des ersten Quartals 2006 25 Transaktionen geclosed wurden und dabei ein Volumen von über € 25 Mrd. Nominalwert (Face Value) veräußert wurde. Spannend ist dabei auch, dass der Markt von einer Gruppe von US-Finanzinstituten und US-Fonds beherrscht wird, währenddessen bisher – neben der Deutschen Bank – kaum einheimische „Champions“ hervorgetreten sind.

Auch über das jährliche Handelsvolumen gibt es unterschiedliche Auffassungen. Roland Berger Strategy Consultants haben in einer Studie vom November 2005 das Volumen für den Bereich Corporate Loans im Jahre 2005 auf ca. € 13 Mrd. und für den Bereich Real Estate Loans auf ca. € 16,1 Mrd. geschätzt, wobei allerdings der gesamte deutschsprachige Raum, das heißt Deutschland, Österreich und die Schweiz einbezogen wurden. Roland Berger wagt dann die Prognose, dass der Markt im Jahr 2006 ungefähr das gleiche Volumen wie 2005 haben wird, wobei eine Verschiebung von Real Estate Loans zugunsten von Corporate Loans stattfinden wird⁴. Ab 2007 wird dann ein Rückgang der Marktaktivitäten beziehungsweise des Transaktionsvolumens vermutet. Der Markt wird aber sicher noch groß genug bleiben, um einige der großen Investoren für zwei Jahre zu beschäftigen. Dann wird sich herausstellen, ob sich der deutsche NPL-Markt langfristig etabliert und dabei normalisiert. Dies bedeutet, dass nach Abbau der Bugwelle auf einem niedrigem Niveau weiterhin ein NPL-Trading beziehungsweise Distressed Debt Investing – soweit ein darauf aufsetzendes Workout/Special Servicing – stattfindet.

2.2 Marktstruktur und Entwicklungen

Unabhängig davon, ob man die genannten Zahlen für realistisch hält und wie man den Markt und seine Perspektiven einschätzt, ist erkennbar, dass die großen Portfoliotransaktionen, die in der Öffentlichkeit hohe Aufmerksamkeit hervorrufen, zugunsten der Veräußerung von Einzelforderungen (Single Claims oder Single Names) und Paketen (Baskets) zurückgehen werden (Karstadt/Walter Bau). Die Veräußerung von Single Claims beziehungsweise Single Names hat zunächst den Vorteil, dass sich bei solchen Transaktionen die Preisfindung einfacher darstellt. Auf der anderen Seite stellt sich die Frage, bis zu welchem Volumen sich ein Deal angesichts des damit verbundenen Aufwands lohnt⁵. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die von vielen Seiten, insbesondere aber von Beratern, angestoßene Diskussion über die „Konfektionierung“ von NPL-Transaktionen mit dem Ziel, Kosten zu senken. Dies könnte ein

² Ernst & Young nennt in ihrem am 03.05.2006 veröffentlichten Global Non Performing Loan Report 2006 die Zahl von mehr als € 300 Mrd. Allerdings zeigt gerade der E&Y-Bericht, wie schwierig die Schätzungen in diesem Bereich sind, vgl. FTD vom 16.05.2006: „E&Y pfuscht bei Problemkrediten“.

³ Kroll & Mercer Oliver Wyman: A Market for the Making. The German Bad Loan Market, 2005.

⁴ Roland Berger Strategy Consultants, Distressed Debt in Germany, Austria and Switzerland – The Banks' Perspective, Trend Study Results, November 2005.

⁵ Auf dem NPL Servicing Forum der HfB vom 17.05.2006 wurde von Teilnehmern der Podiumsdiskussion: Wann lohnt sich das Investment? die Zahl von € 1 Mio. Nominalwert in Rahmen von Standardtransaktionen genannt.

interessanter Ansatz gerade für noch unentschlossene Sparkassen und Genossenschaftsbanken sein.

Die Verschiebung zu Single Claims und Baskets korrespondiert mit der deutlich erkennbaren Abnahme des Marktanteils von Immobilienkrediten zugunsten von Unternehmensfinanzierungen. Diese Tendenz ist besonders interessant im Hinblick auf die Exit Strategien der Investoren. Denn bei Immobilienkrediten bestehen nach deutschem Recht regelmäßig auch besondere Rechte der Eigentümer, insbesondere das Recht zur Zwangsverwaltung (bei einer Bank als Forderungsinhaber auch Institutszwangsverwaltung) und Zwangsversteigerung. Dies stellt sich bei Unternehmensfinanzierungen anders dar und insbesondere die Unternehmensversteigerung ist in Deutschland ein neues und höchst problematisches Instrument⁶.

Interessant ist auch, welche Akteure derzeit den Markt bestimmen und ob es hier in absehbarer Zeit zu Verschiebungen kommen wird. Bei den bisher bekannt gewordenen Transaktionen erscheinen auf Verkäuferbankseite immer noch mehrheitlich Privatbanken, wie etwa die Dresdner Bank oder die Commerzbank, daneben sind auch Hypothekenbanken aktiv und nur vereinzelt – zum Beispiel BayernLB oder Sparkasse Görlitz – Banken aus dem öffentlich-rechtlichen Bereich. Die Unterrepräsentation von öffentlich-rechtlichen Banken verwundert insoweit, da im Bereich der Sparkassenorganisationen vermutlich ein erheblicher Anteil der in Deutschland vorhandenen Non-Performing Loans angesiedelt ist. Auf der anderen Seite gibt es zahlreiche Gründe, die eine Veräußerung von Problemkrediten durch Sparkassen problematisch erscheinen lassen. Sparkassen sind in der Regel örtlich tätig und erfüllen einen Versorgungsauftrag in der Region. Verkäufe können daher negative Auswirkungen auf das künftige Geschäft haben. Insoweit bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen die von der S-Finanzgruppe geschaffene neue Plattform zur Bündelung von Transaktionen aus dieser Säule des deutschen Bankenmarktes in der nächsten Zeit haben wird.

Die Käufer waren zunächst ausländische Investoren (sogenannte „Opportunity Fonds“) sowie Investmentbanken. Zunehmend entdecken die inländischen Institute den Markt und kaufen sogar vereinzelt NPLs von den Investoren (zurück). Führende Investoren aus dem Bereich der Fonds nutzen inzwischen für die Abwicklung der Transaktionen eine Plattform mit Banklizenz. So hat Cerberus im Jahr 2004 die Handelskreditbank erworben und Lone Star hat im Frühjahr 2005 die MHB Bank übernommen. Im Dezember 2005 hat Lone Star dann die Mehrheit an der Allgemeinen Hypothekenbank Rheinboden (AHBR) von der Beteiligungsgesellschaft der Gewerkschaften übernommen und so einen spektakulären Schlusspunkt für das Jahr 2005 gesetzt. Der Erwerb von Banken durch führende Investoren zeigt, dass das Servicing von Non-Performing-Loans ohne Banklizenz zu zahlreichen Schwierigkeiten führen kann. Dabei handelt es sich nicht nur um bankaufsichtsrechtliche Fragestellungen und Probleme aus dem Bereich Bankgeheimnis und Datenschutz, sondern auch um praktische Abwicklungsprobleme (Stichwort: Kreditneuvergabe) und rechtliche Vorteile der Banklizenz, wie etwa die Option Institutszwangsverwaltung bei Immobilienfinanzierungen.

Doch trotz der Bugwelle von Non Performing Loans existiert in Deutschland (noch) ein Verkäufermarkt. Zahlreiche Kaufinteressenten buhlen in Auktionen um Portfolios, Baskets oder Single Names. Dies gibt den Verkäufern die Chance, trotz ihres Verkaufsdrucks, einen attraktiven Preis zu erzielen. Auf der anderen Seite werden Kaufinteressenten durch die hohen Bro-

⁶ Siehe dazu Schütze/Schalast, Wider die Verschleuderung von Unternehmen durch Pfandversteigerung, Arbeitsbericht Nr. 51 der HfB-Business School of Finance and Management, 2004.

ken Deal-Costs – insbesondere im Rahmen von Auktionen – zunehmend belastet. Deshalb erreichen auch nur wenige Investoren die notwendige Economy of Scale. Insbesondere bei den Investoren, die nur ein geringes Volumen „eingekauft“ haben, stellt sich daher zugespitzt die Frage : Wann lohnt sich das Investment?

2.3 Servicing

Im Rahmen des ersten Tax & Law Talks der HfB im Mai 2005 unter dem Titel: „Scharf auf schlechte Schuldner“ hat Karsten von Köller, Chairman von Lone Star, sein Erfolgskonzept verraten. Zunächst liegt der Gewinn selbstverständlich bei dem Einkauf, wobei nur eine professionelle Due Diligence unter Einbeziehung von entsprechenden Informationen (insbesondere IT-System) gewährleisten kann, dass die Gewinnchance nicht vertan wird. Des Weiteren hat er auf die besonderen Ertragspotentiale im Servicing-/Workout- und Assetmanagement hingewiesen. Als zentrale Punkte hat von Köller das IT-System, einen realistischen Businessplan und seine kontinuierliche Kontrolle, die Beschäftigung motivierter Mitarbeiter, die nicht unter dem bekannten „Land-Unter-Syndrom“ leiden und die Bereitschaft zu „neuen Verhandlungen“ mit den Schuldnern, unbelastet von der Vergangenheit, genannt. Diese Umstände ermöglichen realistische Vergleichsangebote, die nicht mehr vom Nominalwert (Face Value), sondern vom Ankaufspreis bestimmt sind. Hinzukommen die jahrzehntelangen Erfahrungen der führenden Investoren und ihrer Servicer auf anderen Märkten, insbesondere in Asien.

So ist der Höhenflug des Servicing – das zentrale Thema unserer Veranstaltung – vielleicht eine der interessantesten Erscheinungen der letzten Zeit in dem deutschen Problemerkreditmarkt. In der Vergangenheit hat das Work-Out der Banken wenig Aufmerksamkeit auf sich gezogen⁷. Dies hat sich mit dem Auftreten von Special Servicern, wie etwa Hudson Advisors (Lone Star-Gruppe) oder Servicing Advisors Deutschland (Citigroup, Eurohypo, GMAC), geändert. Dabei sollte aber nicht vergessen werden, dass zahlreiche Servicer bereits seit Jahren in Deutschland – vorrangig im Rahmen von Outsourcing-Vereinbarungen – aktiv sind. Soweit die Investoren eigene Servicer nicht mitbringen, ist es für sie nahe liegend, mit führenden nationalen Anbietern möglichst frühzeitig Vereinbarungen zu schließen. Denn, wie gerade erläutert, sehen die Investoren, die Non-Performing-Loans erwerben, ihre Renditechance beim Servicing. Sie gehen davon aus, dass hoch spezialisierte Servicer sowie – falls erforderlich – der Einkauf von spezialisiertem Know-How (Stichwort: Outsourcing) zu den Renditen führt, die sie ihren Investoren (vor allem amerikanische Pensionskassen) bieten wollen. Der Erfolg des Servicing ist demnach auch ein Schlüssel zum Erfolg des deutschen Non-Performing-Loans-Markts und das Jahr 2006 wird erste Rückschlüsse auf die Performance bezüglich der großen Transaktionen aus 2004 und 2005 erlauben.

Doch wie reagieren die Workout-Abteilungen der Banken auf diese Entwicklungen. Einseitiges Setzen auf Outsourcing und Personalabbau führt zwangsläufig dazu, dass in zwei bis drei

⁷ Siehe dazu aber Binder, Work-Out in Banken, und Thöne, Die Problemerkreditbearbeitung der Regionalbanken in: Anders/Binder/Hesdahl/Schalast/Thöne, Aktuelle Fragen des Bank- und Kapitalmarkt-Rechts I: Non-Performing-Loans/Faule Kredite – Handel, Work-Out, Outsourcing und Securitisation, Arbeitsbericht 54 der HfB-Business School of Finance and Management, 2004, S. 20 ff..

Jahren genau dieses Know-How fehlen könnte, wenn sich der Markt „normalisiert“ hat. In diesem Fall wäre man – bis auf weiteres – auf externe Experten angewiesen.

Auch hinsichtlich der Exit-Perspektiven verändert sich der Markt. Noch sind „klassische“ Work-Out-Varianten im Fokus der Investoren und werden von den Servicern entsprechend weiterentwickelt, daneben aber entwickeln sich gerade bei Corporate Loans neue Exit-Strategien (Stichwort: Verbriefung beziehungsweise Securitisation) und der Sekundärmarkt ist in Schwung geraten, alles Indizien, die ein spannendes Jahr 2006 für diesen Markt verheißen.

Positiv für die Marktentwicklung war in diesem Zusammenhang, dass die Bundesregierung „ihre Hausaufgaben gemacht hat“ und noch im Juni 2005 – kurze Zeit vor dem heißen Wahlkampf – mit dem Gesetz zur Neuregelung der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters wichtige Hindernisse im Bereich der Refinanzierung von NPL-Transaktionen aus dem Weg geräumt hat. Abzuwarten bleibt – ob über die wenigen bisher bekannt gewordenen Transaktionen hinaus – diese Reform im Zusammenhang mit der True Sale-International Initiative, initiiert von der KfW und anderen Geschäftsbanken, Deutschland als Standort für Verbriefungen attraktiv macht⁸. Insgesamt ist das deutsche Rechtssystem ein wichtiger Pluspunkt, der das Investment in notleidende Kredite attraktiv macht. Denn selbst, falls es zu der – aus Sicht der Investoren – unattraktiven Exit-Variante, Zwangsvollstreckung kommt, ist in einem vernünftigen zeitlichen Rahmen eine Realisierung möglich.

2.4 Ausblick

Der Handel mit Non Performing Loans und das Distressed Debt Investing stellt eine besondere Spielart von Private Equity in Deutschland dar; eindeutig gilt dies für die großen Fonds, die in diesen Bereichen tätig sind. Beim Distressed Debt Investing ist des weiteren der Debt-Equity-Swap eine interessante Handlungsvariante. Angesichts der erheblichen Summen, die für Private Equity-Fonds derzeit zur Verfügung stehen, werden sich zukünftig auch in diesem Bereich vermutlich Chancen für Distressed Debt Investments ergeben. Angesichts dieser Umstände wundert es nicht, dass die HfB im Rahmen ihres gerade gestarteten M&A-Studiengangs den NPL-Markt einbezogen hat und ihn – in dieser Form einmalig in Deutschland – im Rahmen eines Moduls schwerpunktmäßig behandelt⁹. Der deutsche NPL-Markt wird sich zusammen mit dem M&A-Markt entwickeln und zu einem konstanten Faktor werden. Das (immer noch) niedrige M&A-Volumen und der vor 2003 kaum existente NPL-Markt (inklusive Refinanzierungsmöglichkeiten) hatte in der Vergangenheit jedenfalls unsere Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität für Investitionen im internationalen Vergleich geschwächt.

⁸ Hesdahl Securitisation: Die Rahmenbedingungen von Securitisations aus Banken- und Kundensicht in: Anders/Binder/Hesdahl/Schalast/Thöne, a.a.O., S. 41 ff..

⁹ Ein Überblick zu dem Forschungsschwerpunkt Non Performing Loans der HfB-Business School of Finance and Management findet sich bei Schalast, Der deutsche NPL-Markt und der Forschungsschwerpunkt Bad Debt der HfB in Jobe/Stachuletz (Hrsg.), Work-Out – Management und Handel von Problemerkrediten, 2005, S. VII ff..

3 3. Herausforderungen beim Servicing von Immobilien (Klaas Ockens)

3.1 German NPLs Status Quo und Ausblick

3.1.1 Definition Non Performing Loan

Nachdem eine der stärksten Finanzkrisen den amerikanischen Aktienmarkt 1987 getroffen hatte, und in der Folge zu einer Welle von Kreditausfällen und Bankenzusammenbrüchen (insbesondere im Sparkassensektor) führte, hat sich der Begriff „Non Performing Loan“ in der internationalen Bankenwelt etabliert. Knapp 20 Jahre später haben Non Performing Loans auch in Deutschland eine praktische Relevanz.

Unter dem Begriff Non Performing Loan (NPL) sowie den Synonymen „distressed“ bzw. „bad Debt“ sind Problem behaftete oder auch Not leidende Kredite zu verstehen. Eine Legaldefinition dafür existiert nicht. Eine Qualifizierung als NPL kann erfolgen, sobald Verzug der geschuldeten Leistungen bzw. der Rückführung von mehr als 90 Tagen vorliegt und oder die Insolvenz des Kreditnehmers droht oder bereits eingetreten ist. Neben der Kategorie der NPL gibt es auch die so genannten Sub Performing Loans (SPL). Für diese Kategorie ist kennzeichnend, dass der Schuldner zwar Probleme mit den (Rück-)Zahlungen der geschuldeten Leistungen hat, jedoch eine höhere Erfüllungswahrscheinlichkeit bezüglich der Rückführung besteht. Der Unterschied zwischen NPL und SPL liegt vor allem in der Intensität der Leistungsstörung. Im Gegensatz zu SPL handelt es sich bei NPL grundsätzlich um gekündigte Darlehen.

Der allgemein gebräuchliche Begriff Non Performing Loan (NPL) kann als „Not leidender Kredit“ ins Deutsche übersetzt werden.

3.1.2 Trends am Markt für Not leidende Kredite

Auf dem Markt der Not leidenden Immobilienkredite ist ebenfalls weiterhin hohe Aktivität zu erwarten. Die große Nachfrage der Investoren in Verbindung mit der ab Ende 2006 gültigen Anforderung durch Basel II veranlassen deutsche Banken zum Verkauf ihrer NPLs. Während für 2005 und 2006 überwiegend große Transaktionen von Not leidenden und problembehafteten Krediten im Wert von jährlich ca. 20 bis 25 Mrd. € erwartet werden, ist ab 2007 von einer Reifung des Marktes und einem jährlichen Volumen von ca. 15 Mrd. € auszugehen, welches sich überwiegend aus mittelgroßen und kleinen Transaktionen zusammensetzt. Während die Durchschnittsgröße von Portfolios 2004 noch ca. 500 Mio. € betrug, wird 2008 die Durchschnittshöhe für den Handel von Portfolios bei 100 Mio. € liegen.¹ Gleichzeitig ist ein verstärkter Handel mit Einzelkrediten, so genannten „single name transactions“, zu erwarten.

Das liegt vor allem daran, dass sich Standards in der Due Diligence etabliert haben, die zu einer erheblichen Effizienz geführt haben. Niedrigere Transaktionskosten wiederum führen dazu, dass sich auf der Investoreseite nicht nur die bekannten Player wie beispielsweise In-

¹ Mercer Oliver Wyman, February 2003, „A Market for the Making“ The German Bad Loan Market

vestmentbanken und Opportunity-Fonds tummeln, sondern auch kleine Investoren aktiv sind und ihre Anlageportfolien mit der Asset Class NPL diversifizieren. Gleichzeitig ist ein verstärkter Handel mit Einzelkrediten, so genannten „single name transactions“, zu erwarten.

Derzeit stellen Hypothekendarlehen und Immobilienkredite den größten Anteil der verkauften Forderungen. Für 2006 und 2007 ist von einem wachsenden Anteil an zu veräußernden Unternehmenskrediten auszugehen; in den Folgejahren werden sie voraussichtlich 50 % des gesamten Transaktionsvolumens an NPLs ausmachen.

Viele Transaktionen laufen off-market ab und vor allem die Kaufpreise sind ein gut gehütetes Geheimnis.

Der Erwerb von NPL-Portfolios durch Investoren ohne Banklizenz ist möglich aber limitiert: Sie dürfen lediglich gekündigte Darlehen kaufen und haben zudem keine Möglichkeit zur flexiblen Kreditumstrukturierung beziehungsweise zur Zwischenfinanzierung. Um dieser Problematik zu entgehen, haben erste Investoren bereits deutsche Banken gekauft. Bereits 2004 erwarb Cerberus die Handelskreditbank und im Juni 2005 übernahm LoneStar die Nord LB-Tochter Mitteleuropäische Handelsbank (MHB). Diese Investitionen symbolisieren ebenfalls die Bedeutung, die die Investoren dem deutschen NPL-Markt beimessen.

Bisher konnte beobachtet werden, dass allein der Verkauf der Not leidenden und problembehafteten Kredite und damit der Übergang an eine externe Servicing-Plattform eine Signalwirkung auf den Schuldner hat, seine Kredite wieder zu bedienen. Soll es jedoch zur aktiven Verwertung der Sicherheiten, also der Immobilien kommen, müssen sowohl das restriktive Mietrecht und der deutsche Mieterschutz als auch die langwierigen rechtlichen Verfahren zur Einleitung von Zwangsmaßnahmen berücksichtigt werden. Diese erschweren die Realisierung kurzfristiger Renditeziele und müssen bei der Bestimmung des Kaufpreises Berücksichtigung finden.

Derzeit ist der deutsche NPL-Markt ein klarer Verkäufermarkt. Auch wenn Käufer und Verkäufer einer NPL-Transaktion in der Regel Stillschweigen über den gezahlten Kaufpreis vereinbaren, hält sich im Markt die Meinung über zu hohe Kaufpreise. Strategische Prämien werden zur Auslastung der Plattformen und zur Etablierung im Markt gezahlt. Auktionsverfahren tragen ebenfalls zu einem kompetitiven Wettbewerbsumfeld bei und schlagen sich in hohen Geboten nieder. Ob die gezahlten Preise jedoch wirklich „zu hoch“ sind, kann derzeit nicht beurteilt werden – es hängt vom Workout-Erfolg in den Folgejahren ab.

3.2. Loan Servicing

3.2.1 Wachsende Bedeutung des Loan Servicing

Im Rahmen ihrer Restrukturierungsbemühungen müssen sich deutsche Banken mit einer Optimierung der Arbeitsprozesse, mit Kostensenkungen und mit Qualitätssteigerungen befassen. Eine Möglichkeit ist das Outsourcing von Prozessen des Kreditzyklus, wofür sich derzeit externe Loan Servicer im Markt positionieren, um die vollständige Kreditabwicklung zu übernehmen.

Die von der BaFin eingeführten Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft (MAK), die eine organisatorische Trennung der Kreditinitiierung und -bearbeitung auf der einen Seite und der Problemkreditbearbeitung und Kreditrisikoüberwachung auf der anderen Seite verlangen, treiben diese Entwicklung insbesondere beim Workout von Problemkrediten voran.

Loan-Servicing-Plattformen übernehmen sämtliche Aktivitäten im gesamten Lebenszyklus eines Darlehens. Zu ihren Aufgaben zählen unter anderem:

- Hilfestellung in der Analyse und Bewertung von Kreditanträgen
- Erstellung, Betreuung und Überwachung der Kreditakten
- Kommunikation mit dem Schuldner
- Regelmäßige Überwachung und Prüfung der Zins- und Tilgungszahlungen sowie Verbuchung der Zahlungen mit den entsprechenden Konten
- Regelmäßige Prüfung und Analyse der Kreditakten auf Vollständigkeit
- Bereitstellung eines Kundenservices zu allen Fragen bezüglich des Kredites
- Kommunikation und Korrespondenz mit Steuerbehörden, Versicherungsgebern und anderen Anspruchsgruppen
- Sicherstellung der adäquaten Versicherung besicherter Immobilien
- Berichterstattung bezüglich des Zahlungsverhaltens an die zuständige Kreditbehörde
- Digitalisierung der Kreditakten

Grundlage für die Entscheidung der Bank für oder gegen eine Kooperation mit einem externen Servicer ist die Definition des Kerngeschäftes und der eigentlichen Kernkompetenzen der Bank. Höhere Spezialisierung der Akteure im Bankensektor in Verbindung mit Effizienzsteigerungen sind mögliche Ursachen für die Ausgliederung des Kredit-Managements.

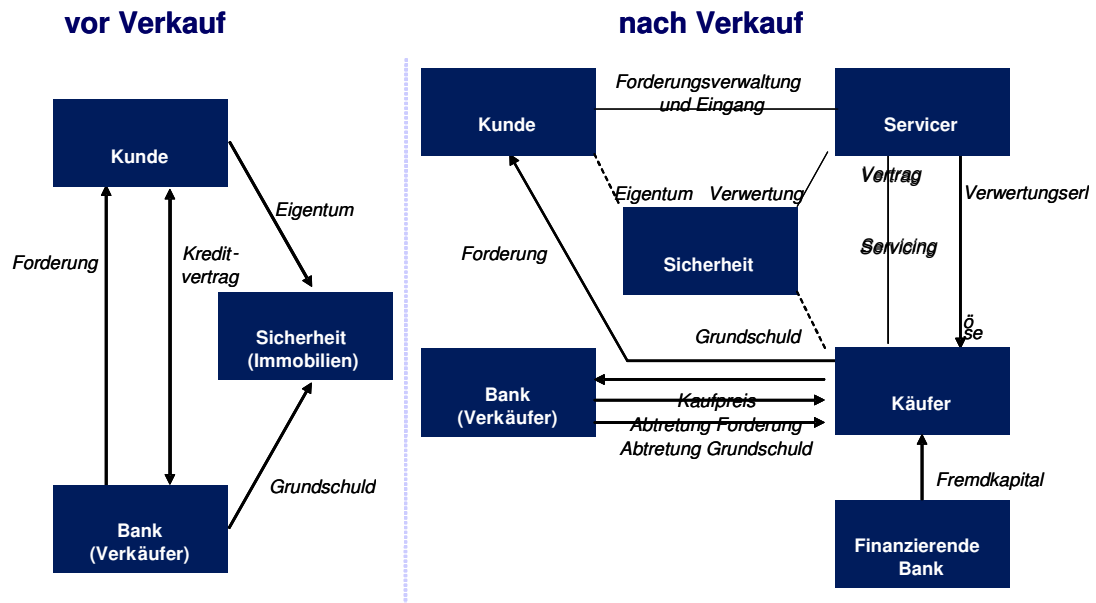
Ein weiterer Vorteil der Zusammenarbeit mit Loan Servicern ist sicherlich die bessere Datenaufbereitung und Transparenz. Bei aktuellen Kreditportfolio-Transaktionen werden die schlechte Datenqualität und mangelnde Transparenz immer wieder als Grund für Preisabschläge genannt. Eine professionelle Kreditbearbeitung durch einen externen Anbieter kann unter Umständen die Datenqualität eines Kreditportfolios verbessern und es so im Rahmen strategischer Performing-Loan-Transaktionen marktfähiger machen beziehungsweise zur Realisierung eines höheren Kaufpreises verhelfen.

Ein weiteres neues Produkt im deutschen Kreditwesen ist das Franchise-Modell im Loan Servicing. Es ermöglicht dem Kunden die Nutzung der externen Infrastruktur, insbesondere komplexer EDV-Systeme, sowie den Zugang zum Know-How der Loan Servicer. Es reduziert so den Personalbedarf und vermeidet kostspielige Investitionen für die Abwicklung unbekannter Prozesse.

Zur erfolgreichen Positionierung der Servicing-Plattform im Markt ist Qualitätssicherung und Qualitätsmanagement empfehlenswert, etwa durch ein Servicer-Rating oder eine Zertifizierung nach ISO.

Die folgende Abbildung verdeutlicht die Bedeutung des externen Servicers beim Verkauf von Kreditportfolien, hier in Bezug auf NPLs.

Beteiligte und Vertragsbeziehungen bei einem Verkauf Not leidender Immobilienkredite (NPL)²



Wegen der zunehmenden Etablierung des Verbriefungsmarktes in Deutschland wird erwartet, dass die Nachfrage nach Servicing-Leistungen insbesondere im Performing-Loan-Segment in den nächsten Jahren erheblich steigt.³

3.2.2 Servicer Funktionen

In Europa kann man zwischen zwei Alternativen in Bezug auf das Servicing differenzieren. Zum einen übernimmt ein Servicer ganzheitlich alle Aufgaben, die im Rahmen der Verbriefung anfallen. Zum anderen kann man die unterschiedlichen Aufgaben unterteilen und spezialisierten Servicern zuordnen. Drei Funktionen stehen dabei besonders hervor und werden von spezialisierten Dienstleistern angeboten: der Master Servicer, der Primary Servicer und der Special Servicer.⁴

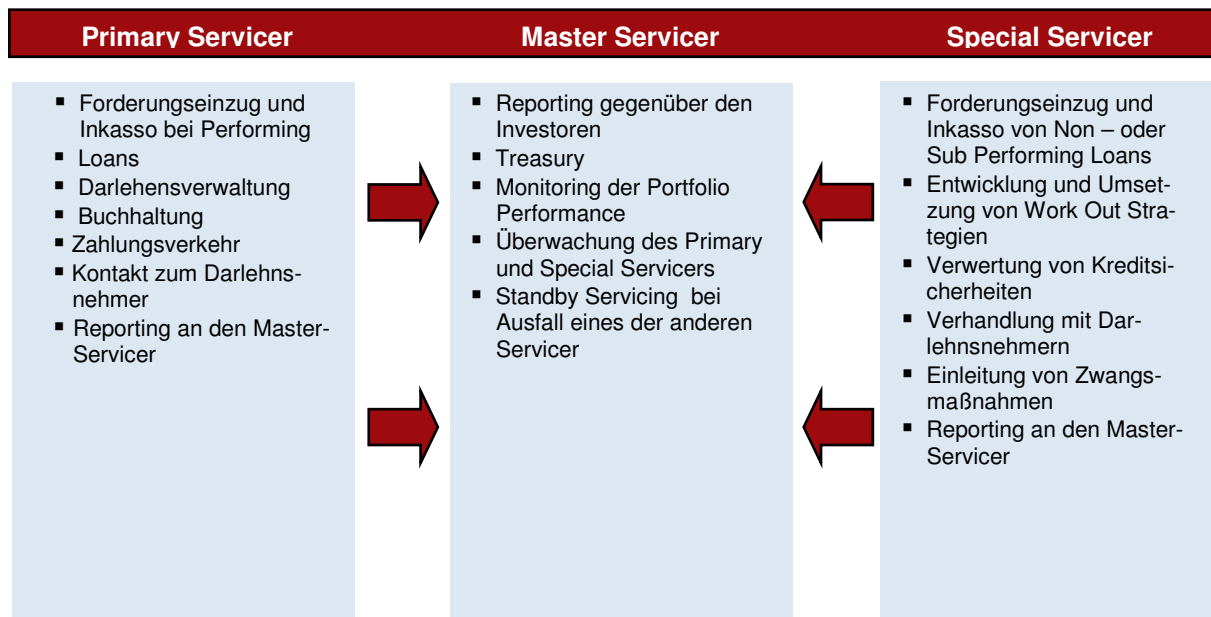
Loan Servicing: Wer macht was?⁵

² Eigene Darstellung

³ Sireo Research (2006), Risiko Manager „Deutschland-Premiere für Service-Quality-Rating“

⁴ Fitch Rating (2005), Fitch Rating Servicer Report December 2005

⁵ Eigene Darstellung in Anlehnung an Fitch Rating, Servicer Report 2005 (Dec. 2005)



Der Master Servicer dient als Bindeglied zwischen den weiteren Dienstleistern und den Investoren. Er ist verantwortlich für das Reporting und überwacht dabei den Primary und den Special Servicer. Treasury und Portfolio Management gehören weiterhin zu den Aufgaben des Master Servicers. Zudem bietet er ein Standby Servicing bei Ausfall eines der anderen Servicer an.

Der Primary Servicer ist hauptsächlich für den Forderungseinzug und Inkasso bei Performing Loans zuständig. Er überwacht damit den gesamten Zahlungsverkehr und übernimmt die Darlehensverwaltung und die Buchhaltung. Der Primary Servicer hat auch den Kontakt zum Darlehensnehmer.

Der Special Servicer ist für den Forderungseinzug und Inkasso von Non- und Sub Performing Loans verantwortlich. In der Praxis entwickelt er entsprechende Work Out Strategien und setzt diese um. Dazu gehören die Verwertung von Kreditsicherheiten, die Verhandlung mit Darlehensnehmern und die Einleitung von Zwangsmaßnahmen. Das Reporting geht entweder an den Primary oder den Master Servicer. Aus Private-Equity-Perspektive ist abzuwarten, ob sich diese Servicing-Plattformen, die sich mit der Bearbeitung und Verwertung von Non- und Sub Performing Loans befassen, auch langfristig als Special Servicer im Markt etablieren. Special-Servicing-Plattformen könnten als externer Dienstleister die Bearbeitung der im normalen Geschäftsverkehr entstehenden (leistungsgestörten) Darlehen auftreten. Vor dem Hintergrund der MAKs hat dieser Bereich große Wachstumspotenziale.

Es bleibt insgesamt abzuwarten, welche Anbieter sich im Markt etablieren können. Plattformen deutscher Banken, wie beispielsweise Aareal Hypotheken Management, haben derzeit eine bedeutende Stellung im deutschen Markt. Verschiedene internationale Plattformen haben sich ebenfalls bereits im Markt positioniert. Unklar ist jedoch noch, welche Angebotsbreite/-tiefe sich bei den Servicern durchsetzen wird.

3.2.3 Special Servicing bei Notleidenden Immobiliendarlehen

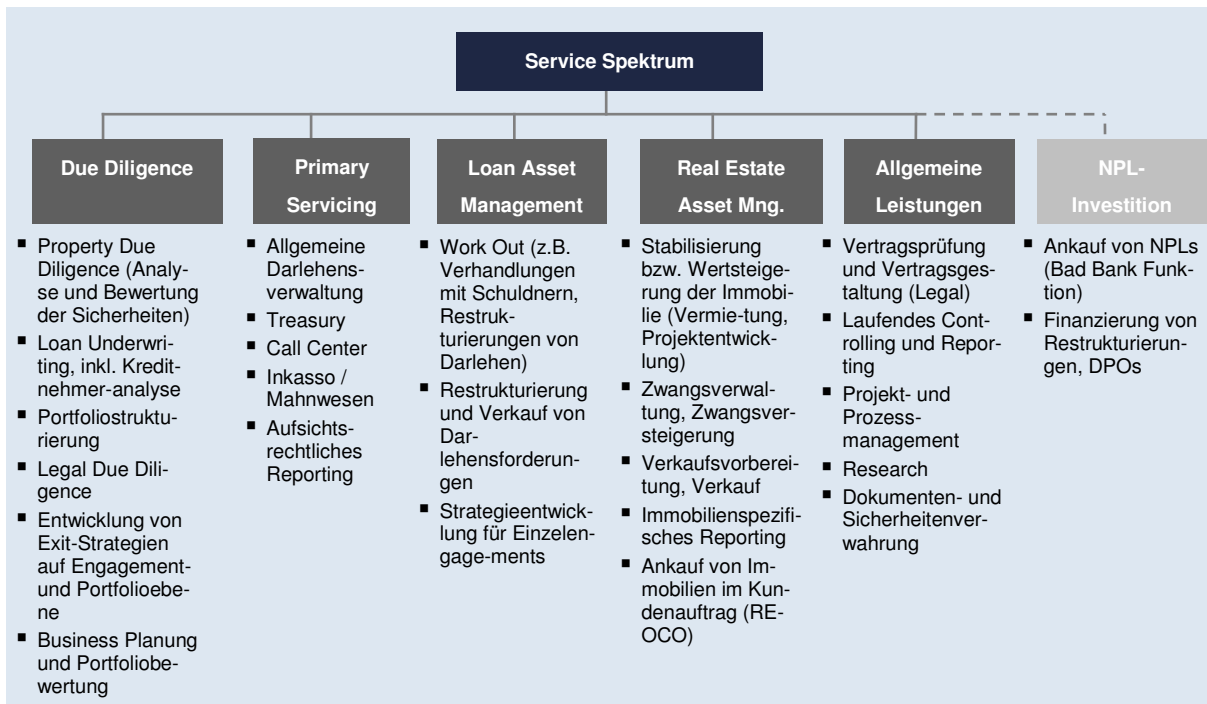
Special Servicing Dienstleistungen für große Kreditbestände werden in Deutschland zunehmend als Dienstleistung von externen Unternehmen nachgefragt. Einerseits sind es die Käufer von Kreditportfolien, für die Special Servicing der entscheidende Faktor in der Umsetzung ihres Business Planes ist. Zum anderen setzt sich aber auch bei Banken zunehmend die Erkenntnis durch, dass die Bearbeitung großer notleidender Kreditbestände häufig mit externer Hilfe besser umgesetzt werden kann, als ausschließlich mit der eigenen Work Out Einheit.

Dieser zunehmenden Nachfrage nach spezialisierten Dienstleistungen steht bis dato nur ein begrenztes Angebot gegenüber. Bestehende Servicer sind überwiegend exklusiv an einen Investor gebunden, der in der Mehrzahl der Fälle auch das Kapital an diesen Gesellschaften hält. Damit scheiden sie als unabhängige Dienstleister für andere Investoren und i.d.R. auch für Banken aus. Ihre Organisationsstruktur ist auf die Bedürfnisse des Hauptauftraggebers zugeschnitten, der verständlicherweise auch kein großes Interesse an anderen Aktivitäten als der erfolgreichen Abwicklung seines Kreditbestandes hat. Andere potentielle Auftraggeber befürchten häufig auch Interessenskonflikte, die aus konkurrierenden Mandaten resultieren können und sind daher nicht gewillt, ihre Portfolien einem solchen Dienstleister anzuvertrauen.

Für Finanzinstitute sind Investoren-Servicer ebenfalls nur die zweitbeste Wahl. Im Falle einer Veräußerung von Beständen hat der Servicer und indirekt sein Mutterunternehmen einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil, der andere Bieter abschrecken und somit die Erzielung eines möglichst hohen Veräußerungserlöses verhindert.

Unabhängige Special Servicer, die diese Problematik nicht haben, sind derzeit in Deutschland noch im Aufbau, beginnen sich aber zunehmend zu etablieren. Zwei Gruppen lassen sich unterscheiden: Special Servicer, die international erfolgreich sind und ihr Geschäft geographisch auf Deutschland (bzw. häufig auch Kontinentaleuropa) erweitern und Servicer, die überwiegend als Spin Off Deutscher Finanzinstitute entstehen. Unabhängigkeit allein ist natürlich noch kein Garant für Erfolg. Die Anforderungen an das Special Servicing sind so vielfältig wie die unterschiedlichen Darlehen im Kreditportfolio des Auftraggebers. Grundsätzlich lässt sich folgendes Leistungsspektrum identifizieren, das im Special Servicing erforderlich ist⁶:

⁶ Eigene Darstellung



Due Diligence

Je früher ein Special Servicer in eine NPL-Transaktion involviert ist, desto schneller und besser vorbereitet kann er im Erfolgsfalle nach dem "Closing" für den neuen Eigentümer arbeiten. In der Due Diligence erbringt der Special Servicer in erster Linie Bewertungsdienstleistungen und entwickelt gemeinsam mit dem Auftraggeber die Strategie für die spätere Darlehensbearbeitung. Bewertet werden in dieser Phase die "harten" Kreditsicherheiten, in erster Linie also Immobiliarsicherheiten, daneben aber auch wertpapierbasierte und andere Sicherheiten wie beispielsweise Lebensversicherungen. Dies erfordert profunde Kenntnisse in den unterschiedlichen Immobilienmärkten, denn die Aufgabe für den Servicer besteht darin, den tatsächlich am Markt realisierbaren Preis für die Objekte zu ermitteln. Nur wenn der Servicer selbst über Zugang zu den lokalen Immobilienmärkten verfügt kann er belastbare Aussagen liefern. Andernfalls müssen Investoren auf etablierte Makler- oder Bewertungsunternehmen zurückgreifen, die ihm diese Preise liefern aber später nicht mehr in die konkrete Umsetzung eingebunden sind.

Daneben sind fundierte juristische Kenntnisse im Sicherheitenrecht erforderlich (ohne dass der Servicer selbst als Rechtsberater in einer Transaktion auftritt), um die ordnungsgemäße Bestellung von Grundschulden sowie ggfs. wertmindernde Tatbestände richtig und vollständig zu erfassen. Da Due Diligence Aktivitäten innerhalb eines sehr kurzen Zeitraumes zu Ergebnissen führen müssen, die den Investor in die Lage versetzen, ein gesichertes Gebot abzugeben, muss der Special Servicer auch über entsprechende personelle Kapazitäten verfügen.

Gleiches gilt grundsätzlich auch, wenn der Servicer als Outsourcing Partner für Finanzinstitute aktiv wird. Hier kommt erschwerend hinzu, dass die für eine Due Diligence erforderlichen Unterlagen erst noch zusammengestellt werden müssen. Auch dies muss der Spezial Servicer

schnell und effizient bewerkstelligen, ohne die Organisation des Auftraggebers über Gebühr zu strapazieren.

Am Ende des Prozesses steht in beiden Fällen ein detaillierter Business Plan, der sowohl auf Einzelengagements- als auch auf Portfolioebene eine klare Konzeption über Art und Höhe der verschiedenen Cash Flows und deren wahrscheinlichem Zeitpunkt enthält.

Primary Servicing

Die administrative Darlehensverwaltung stellt das Rückrat des Special Servicing dar. Gerade bei der Übernahme großer Darlehensbestände durch Investoren ist dies ein nicht zu unterschätzender Aspekt. Das Primary Servicing beginnt bereits mit dem so genannten "Shadow Servicing" vor dem Akten- und Datentransfer und soll einen möglichst reibungslosen Übergang auf die neuen Forderungsinhaber gewährleisten. Eine wichtige Rolle spielt hierbei die eingesetzte IT- und Software, die auf die speziellen regulatorischen Rahmenbedingungen des deutschen Kreditgeschäftes zugeschnitten sein muss. Die Berechnung von Zinsen, Verzugszinsen, Vorfälligkeitsentschädigungen etc. muss den rechtlichen Anforderungen entsprechen und gesetzgeberische Auflagen erfüllen. Dies kann nicht deutlich genug betont werden, denn die Erfahrungen aus der Praxis belegen, dass dieser Aspekt gerade von internationalen Gesellschaften, die Servicing in Deutschland anbieten, häufig unterschätzt wird.

Für kleinteilige Darlehensportfolien mit vielen Schuldnern sind darüber hinaus effiziente Verwaltungsstrukturen erforderlich, die eine gezielte Ansprache und zeitnahe laufende, persönliche Betreuung gewährleisten. In der Praxis sind hier unterschiedliche Konzepte zu beobachten. Einige Unternehmen richten dafür spezielle Callcenter ein, die standardisierte Leistungen im Zusammenhang mit dem Inkasso und der Darlehensverwaltung erbringen. Hier wird der Prozess in möglichst klar definierte einzelne Prozess-Schritte zerlegt, die von unterschiedlichen Betreuern in einem Team übernommen werden können. Alternativ dazu steht die persönliche Zuordnung einer bestimmten Anzahl von Darlehensnehmereinheiten zu bestimmten Sachbearbeitern, die dann für den gesamten Prozess Ansprechpartner eines Schuldners sind. Ein klarer Trend in die eine oder andere Richtung ist hier nicht zu erkennen, zumal es sicher auch kein „falsch“ oder „richtig“ in dieser Frage gibt. Letztlich wird in vielen Fällen die Größe des übernommenen Portfolios ausschlaggebend sein. Bei mehreren Tausend Darlehen eines Kunden, die gleichzeitig im Servicing sind, wird der Servicer immer versuchen, Teilprozesse zu standardisieren und quasi intern outsourcing zu betreiben.

Loan Asset Management

Im Loan Asset Management schlägt das "Herz" des Servicers. Die zuständigen Mitarbeiter verhandeln aktiv die beschlossene Work Out Strategie mit dem Schuldner. In der Regel wird generell die Einigung über die Rückzahlung der Forderung im Vordergrund stehen. Dies ist gerade bei gestörten aber noch nicht vollkommen notleidenden Engagements der für beide Parteien beste Weg. Dazu gehört auch der so genannte „Discounted Pay Off“, bei dem der Schuldner seine eigene Forderung mit einem Abschlag zum Nennwert erwirbt. Hier hat der externe Loan Servicer einen entscheidenden Vorteil gegenüber der Work Out Abteilung eines Finanzinstitutes: Sein Motiv ist eine möglichst schnelle und reibungslose Liquidation der Forderung. Dabei interessiert ihn weniger als den ursprünglichen Darlehensgeber der Nennwert der Forderung und eventuell aufgelaufene Zinsen etc., sondern lediglich der Ertrag in Relation zu seinem Kaufpreis. Die Verzinsung, i.d.R. als Internal Rate of Return auf das ein-

gesetzte Eigenkapital berechnet, hängt dabei stark vom Zeitpunkt des Zahlungseinganges ab. Je nach Verzinsungsanforderung des Käufers ist ein niedrigerer Erlös, der kurzfristig erzielt wird, attraktiver als ein etwas höherer in weiterer Zukunft. Traditionell betrachten Banken diese Thematik anders: Zunächst steht die vollständige Tilgung der Ursprungsforderung im Focus, dann die Vermeidung von weiteren Einzelwertberichtigungen. Dies macht es schwierig für die Mitarbeiter in der internen Work Out Einheit schnell und flexibel auf sich anbietende Verwertungsmöglichkeiten zu reagieren. Darüber hinaus geht der externe Servicer unbelastet von vorherigen fruchtlosen Mahnungen und Auseinandersetzungen in die Verhandlungen mit dem Darlehensnehmer. Für ihn stellt das angestrebte Verhandlungsergebnis nicht eine unerfreuliche Schadensbegrenzung dar sondern die Umsetzung eines beschlossenen Business Plans. Dieser Aspekt darf auch bei der Motivation der involvierten Mitarbeiter nicht unterschätzt werden.

Das Loan Asset Management spielt gerade bei den großen und gewerblichen Darlehen die entscheidende Rolle für ein erfolgreiches Ergebnis. Hier sind verhandlungserfahrene, kompetente Teams erforderlich, die insbesondere auch die notwendige Expertise besitzen, die Sicherheiten bei Immobilien-NPL's richtig zu beurteilen.

Real Estate Asset Management

Die Immobiliarsicherheiten eines notleidenden Kredites sind das zentrale Element im Servicing: Im Worst Case stellen sie den einzigen Gegenwert dar, den der Käufer einer Forderung realisieren kann. Daher ist die richtige, i.e. marktgerechte Bewertung und Strategie für eine Monetarisierung entscheidend für den Erfolg des Work Outs. Wenn eine Einigung mit dem Darlehensnehmer nicht möglich ist – beispielsweise wenn dieser bereits insolvent ist – bleibt i.d.R. nur der Zugriff auf die Immobiliensicherheit. Der Verkauf steht dabei am Ende eines längeren Prozesses. Sehr häufig sind vor dem eigentlichen Verkauf noch erhebliche Maßnahmen erforderlich, die wertsteigernd sind oder eine Vermarktbarkeit überhaupt erst ermöglichen. Wenn Immobiliendarlehen notleidend werden, hängt dies ursächlich in der überwiegenden Zahl der Fälle mit der Immobile zusammen. Daher sind zunächst die Ursachen für ein Scheitern des Engagements zu analysieren und mögliche Gegenmaßnahmen zu eruieren. Häufig und insbesondere bei Eigentumswohnungen und Einfamilienhäusern hat schlicht die Marktentwicklung der vergangenen Jahre dazu geführt, dass ursprüngliche Werte und/oder Mietprognosen nicht mehr valide sind. Wenn das Objekt ansonsten „gesund ist“, kann relativ schnell mit einer Vermarktung begonnen werden.

Gerade bei gewerblichen Objekten stellt sich häufig jedoch heraus, dass die Immobile selbst noch Schwächen aufweist, die preisrelevant sind und meistens zumindest teilweise behoben werden können. In vielen Fällen sind gewerbliche Objekte nicht oder nicht vollständig vermietet, so dass kein ausreichender Kapitaldienst aus den Mieteinnahmen möglich ist. Die Vermietung scheitert in der Vergangenheit nicht selten daran, dass an ursprünglichen – auch dem Darlehensgeber gegenüber kommunizierten – Mietprognosen festgehalten wurde, die zunehmend unrealistisch wurden. Bei niedrigeren und marktkonformen Ansätzen ist jedoch in vielen Objekten eine deutliche Verbesserung der Mietsituation möglich. Hier hat der Special Servicer wiederum den entscheidenden Vorteil, dass er unbelastet von ursprünglichen Prognosen pragmatisch an eine Stabilisierung und Wertmaximierung der Immobile herangehen kann.

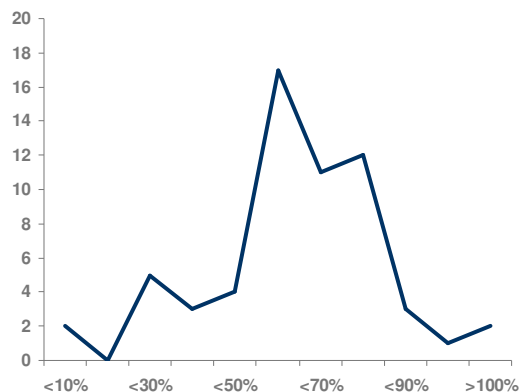
Leider zeigt die Praxis, dass neben Leerständen häufig auch noch strukturelle Probleme in einem Objekt hinzukommen. Viele Neubauprojekte sind in einem boomenden Markt konzipiert und nicht selten am Bedarf vorbei gebaut worden. Hier ist die Herausforderung an das Real Estate Asset Management besonders hoch: Es muss eine Konzeption entwickelt werden, die mit möglichst überschaubarem Aufwand eine Neupositionierung – ggf. durch eine völlig andersartige Nutzung – in einem i.d.R. schwierigen Umfeld ermöglicht. Dazu ist ein profundes Immobilien Know How aller relevanten lokalen Märkte und Marktsegmente erforderlich. Nur die wenigsten Servicer können dies bisher wirklich leisten.

Ein weiteres Erschwernis kommt hinzu: Bei einem hohen Prozentsatz notleidender Immobilienkredite befindet sich das besicherte Objekt bereits in der Zwangsverwaltung oder sogar der Zwangsversteigerung. Hier ist der unmittelbare Zugriff für den Gläubiger nicht ohne weiteres möglich. Die Zwangsverwertung im Rahmen der Zwangsversteigerung stellt dann den einzigen Weg dar, um die Forderung zu liquidieren – mit dem gravierenden Nachteil, dass nicht der beste mögliche Preis erzielt wird.

Verhältnis von Versteigerungserlösen zu Verkehrswerten (VE/VKW) („Amtsgericht Berlin-Spandau“, 1. Oktober 2003 – 16. März 2004)⁷

Mittelverhältnis VE/ VKW in %:

	EFH	ETW	Gewerbe
Berlin	75	60	45
Hamburg	77	77	71
München	78	70	60
Frankfurt/Main	86	70	86
Leipzig	51	30	45
Dresden	70	40	50



der Zwangsversteigerungen: n = 60
 VE < 50% des VKW: ~ 23,3 %
 VE > 100% des VKW: ~ 3,3 %

Nur wenn der Servicer bzw. dessen Auftraggeber in der Lage sind, solche Objekte notfalls zunächst selbst zu erwerben, kann die zuvor beschriebene Wertmaximierung auch tatsächlich umgesetzt werden.

Controlling & Reporting

Reportinganforderungen fallen in allen der zuvor skizzierten Leistungen an. Für den Special Servicer stellen Reportinganforderungen insbesondere bei internationalen Private Equity oder Hedge Fonds eine große Herausforderung dar. Diese Investoren legen besonderen Wert auf ein detailliertes, sehr zeitnahes Reporting, i.d.R. in Englisch und nach internationalen Bilanzierungsstandards. Auch finanzierende Banken legen naturgemäß großen Wert auf diese Leistung.

Einige Servicer halten eigene Teams vor, die sich ausschließlich mit Reporting-Themen befassen. Reporting & Controlling sind daher keine Abfallprodukte, sondern ein ganz wesentlicher Baustein im Loan Servicing.

⁷ Sireo Research, Eigene Darstellung

Bad Bank Funktion

Kein "Muss" aber ein Leistungsmerkmal, mit dem sich Special Servicer qualifizieren. Ist der Servicer in der Lage notleidende Forderungen im Zweifel auch zu übernehmen? Diese Frage stellen nicht nur Investoren bei der Vergabe der Servicing Aufträge sondern auch Banken, die über Outsourcing von Work Out Dienstleistungen nachdenken. Grundsätzlich sind Servicer Dienstleister und nicht selbst Kapitalgeber. Dennoch kann die Bad Bank Funktion erforderlich sein, wie bereits unter No. 4. im Zusammenhang mit der Zwangsversteigerung beschrieben. Auch signalisiert eine Special Servicer der sich ggf. auch mit Kapital am wirtschaftlichen Risiko seines Auftraggebers beteiligt, dass er „committed“ ist und an die Umsetzbarkeit seines i.d.R. selbst entwickelten Business Planes für das Portfolio glaubt. „Bad Bank“ bedeutet im Zweifel sogar, dass der Servicer tatsächlich eine bankenähnliche Rolle wahrnehmen kann, i.e. auch die dazu erforderlichen Genehmigungen des KWG besitzt. Große Investoren in Deutschland tendieren dazu, eigene Bankbetriebe zu gründen oder Banken zu kaufen, die diese Funktion wahrnehmen. Bei den unabhängigen Servicern ist dies bisher nur vereinzelt zu beobachten.

3.3 Ausblick

Deutschland ist derzeit der größte Markt für notleidende Immobiliendarlehen in Europa. In den vergangenen Jahren sind bereits große Bestände von NPL's veräußert worden, jedoch dürften zwei Drittel davon immer noch in den Büchern der ursprünglichen Darlehensgeber stehen. Die Notwendigkeit für ein effizientes Servicing ist in beiden Fällen evident. Erste unabhängige Special Servicer beginnen sich neben einer ganzen Reihe von Investoren Servicern zu etablieren. Die Anforderungen an sie sind hoch. Noch ist es zu früh, um beurteilen zu können, ob die bestehenden Unternehmen diesen Ansprüchen auch gewachsen sind. Die Erfahrungen in reiferen Märkten, insbesondere in den USA, zeigen jedoch, dass sich ein solcher Markt mit professionellen Dienstleistern bilden wird. Zu tun gibt es für sie genug.

4. Servicing von Corporate Loans – Haftungsrisiken in der Krise gewerblicher Kreditnehmer (Clemens J. Jobe)¹

4.1 Einleitung

Die Krise eines Unternehmens kann ohne die Mitwirkung seiner Kreditgeber nur selten erfolgreich überwunden werden. Angesichts einer in Deutschland nie gekannten Dimension von Unternehmenszusammenbrüchen (vgl. Abbildung 1) stehen Kreditinstitute vermehrt vor der Herausforderung, die Sanierung gewerblicher Kreditnehmer begleiten zu müssen.

Jede Unternehmenssanierung ist aber immer auch mit Risiken verbunden. Für das Kreditinstitut steht dabei vor allem das Ausfallrisiko im Vordergrund und zwar in doppelter Hinsicht: In Bezug auf die dem Kreditnehmer bereits vor dessen Krise gewährten Kredite *und* für die zum Zwecke der Überwindung der Krise, also zur Sanierung, mitunter notwendig werdenden zusätzlichen Finanzmittel (Überbrückungs- und Sanierungskredite). Zum wirtschaftlichen Risiko treten vielfältige Rechtsrisiken hinzu, denen es wirksam zu begegnen gilt, will man sich nicht der Gefahr einer zivilrechtlichen Haftung oder gar einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen.

Banken² befinden sich in Krisensituationen ihrer gewerblichen Kreditnehmer daher oftmals in einem prekären Spannungsfeld: Einerseits müssen sie in der Krise ihres Kunden alles tun, um das Unternehmen bei der Krisenbewältigung zu unterstützen. Je stärker sie sich einbringen, desto größer werden die Chancen einer erfolgreichen Sanierung. Andererseits setzen sich das finanzierende Institut und seine Mitarbeiter damit verstärkt Haftungsrisiken aus.

Zudem sind neuerdings bei der Begleitung einer Unternehmenssanierung auch bankaufsichtsrechtliche Bestimmungen zu berücksichtigen. Die „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ (MaRisk) enthalten hierzu Vorgaben, deren Nichtbeachtung aufsichtsrechtliche Maßnahmen nach sich ziehen kann³. Wenig Berücksichtigung fand in diesem Zusammenhang bislang die Frage, ob die MaRisk bei der Sanierung gewerblicher Kreditnehmer gegebenenfalls zu einer Erweiterung der bereits bestehenden Rechts- und Haftungsrisiken führen. Dies ist umso beachtlicher, als eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu dem Ergebnis führt, dass die MaRisk durchaus zu einer Haftungsausweitung beitragen können.

Die folgenden Ausführungen setzen sich mit der Situation der Kreditinstitute in der Krise gewerblicher Kreditnehmer und den damit einhergehenden Haftungsrisiken auseinander. Dabei wird auch der Frage nachgegangen, welche haftungsrechtlichen Veränderungen sich bei der Mitwirkung an einer Unternehmenssanierung durch die MaRisk im Vergleich zur bisherigen Rechtslage ergeben und welche Präventivmaßnahmen sich für Banken empfehlen, um den neuen Herausforderungen angemessen zu begegnen.

¹ Aktualisierte Fassung von: Rechtliche Rahmenbedingungen des Workout-Managements: Die Haftungsrisiken der Kreditinstitute bei der Bearbeitung notleidender Kredite, erschienen in: Jobe/Stachuletz, Workout, Management und Handel von Problemkrediten, Frankfurt am Main, 2005

² Im Folgenden immer auch für Sparkassen stehend.

³ Vgl. das Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 28/2005 (BA) vom 04. Mai 2006.

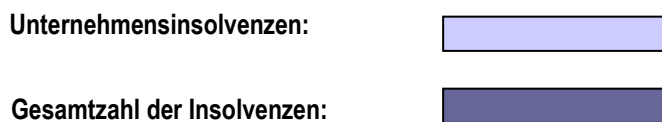
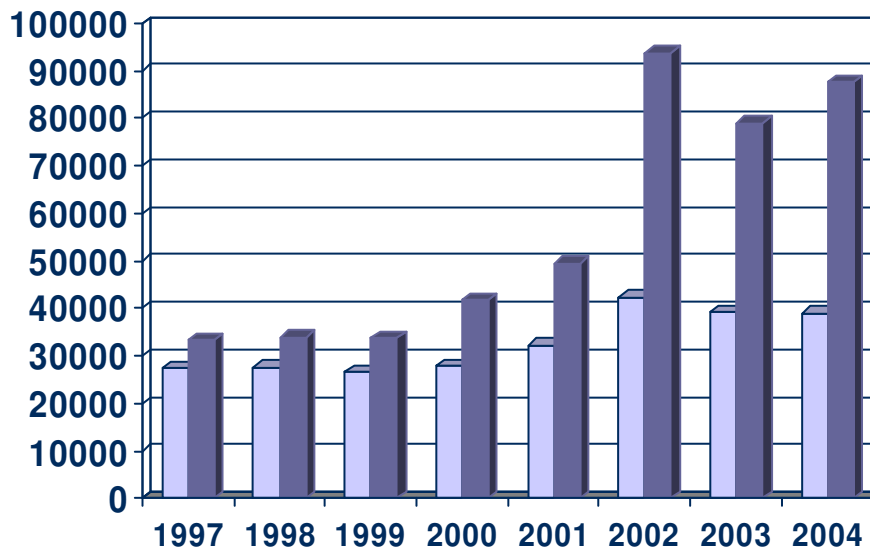


Abbildung 1: Entwicklung der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland

4.2 Situation der Kreditgeber nach dem Bekannt werden der Unternehmenskrise

4.2.1 Krisenarten

Unternehmenskrisen lassen sich im Wesentlichen in drei Krisenarten unterteilen: Von einer *strategischen Krise* wird gesprochen, wenn die (in der Regel langfristig wirkenden) Erfolgspotentiale des Unternehmens gestört oder zerstört sind (Beispiel: Marktanteilsverlust). Eine *Erfolgskrise* liegt vor, wenn das Unternehmen Verluste macht und diese Verluste mittelfristig zum Aufbrauchen des Eigenkapitals führen. Damit droht die Gefahr der Überschuldung (Beispiel: Umsatz- und Ertragsrückgang, fehlende Kapazitätsauslastung). Unter einer *Liquiditätskrise* wird schließlich eine Entwicklung verstanden, welche die akute Gefahr der (kurzfristig zu erwartenden) Zahlungsunfähigkeit in sich birgt (Beispiel: Zins- oder Wechselfälligkeiten ohne Deckung).

4.2.2 Krisenfrüherkennung

Den Anstoß zur Einleitung von Sanierungsmaßnahmen kann geben, wer eine Unternehmenskrise als solche erkennt. Die Möglichkeit zur Krisenerkennung hat zu allererst die Unternehmensführung. Von dieser werden aber oftmals selbst handfeste Krisenanzeichen ignoriert. Das Eingeständnis, durch Missmanagement die Krisenursachen mit herbeigeführt zu haben, fällt schwer. Mitunter ist die erforderliche Einsicht überhaupt nicht vorhanden. Hat die Unternehmensleitung die Krise erkannt, wird sie zudem aus Angst vor einer Konfrontation vielfach davon absehen, ihre Kreditgeber zeitnah zu informieren.

Der Krisenfrüherkennung durch die Kreditgeber kommt daher entscheidende Bedeutung zu. Je früher die Krisensymptome erkannt werden, desto eher lassen sich Gegenmaßnahmen treffen. Bislang haben Kreditinstitute die Krise ihrer gewerblichen Kreditnehmer zu spät erkannt. Eine Zuführung des Engagements in die Intensivbetreuung erfolgte in der Mehrzahl aller Fälle erst im Stadium der Liquiditätskrise des Kreditnehmers und damit kurz vor dessen Insolvenz (vgl. Abbildung 2).

Der Krisenfrüherkennung durch die Kreditgeber kommt daher entscheidende Bedeutung zu. Je früher die Krisensymptome erkannt werden, desto eher lassen sich Gegenmaßnahmen treffen. Bislang haben Kreditinstitute die Krise ihrer gewerblichen Kreditnehmer zu spät erkannt. Eine Zuführung des Engagements in die Intensivbetreuung erfolgte in der Mehrzahl aller Fälle erst im Stadium der Liquiditätskrise des Kreditnehmers und damit kurz vor dessen Insolvenz (vgl. Abbildung 2).

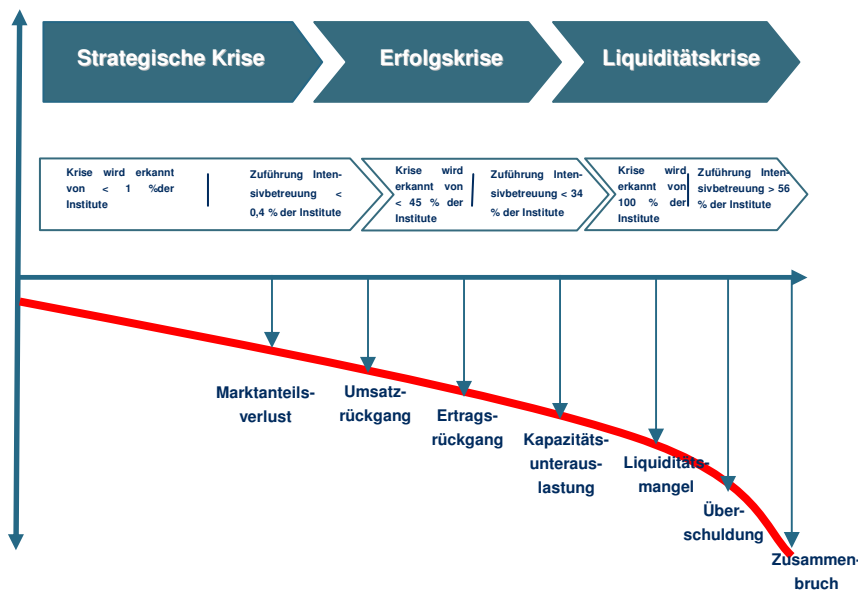


Abbildung 2: Übergabe von Problemkrediten in die Workout-Abteilung

Die Handlungsoptionen waren deswegen eingeschränkt. Es bleibt abzuwarten, ob die MaRisk gemäß ihrer Intention das Risiko im Kreditgeschäft zu begrenzen, zu einer frühzeitigeren Krisenerkennung und -bewältigung beitragen werden.

4.3 Ausgangslage der Kreditinstitute nach Krisenerkennung

Die Ausgangslage der engagierten Kreditinstitute nach Feststellung der Krise eines von ihnen gemeinsam finanzierten Unternehmens ist unterschiedlich. Sie hängt von der jeweiligen *Finanzierungsart* (kurzfristig, langfristig oder konsortial), dem jeweiligen *Finanzierungsanlass* (Anlage- oder Umlaufvermögen, Projektfinanzierung) und vom Umfang der jeweiligen *Besicherung* ab.

Die beteiligten Institute werden oftmals über einen unterschiedlichen Informationsstand in Bezug auf das Schuldnerunternehmen sowie hinsichtlich der Situation der übrigen Financiers

verfügen. In dieser Lage empfiehlt sich die Durchführung eines *fact findings*. Dabei sind vor allem die wirtschaftliche Lage des Schuldnerunternehmens und seiner Gesellschafter, der Grund und Grad der Krise sowie die Position der übrigen Financiers im Wege eines *quick check* festzustellen. Das Ergebnis der Analyse dient den beteiligten Instituten als Grundlage ihrer weiteren Entscheidungen und hilft die eigene Risikoposition in Abgrenzung zu den übrigen Financiers zu bestimmen.

Hierauf aufbauend kann jedes Institut für sich ein Ziel definieren. Maßgebend ist dabei, wie hoch der zu erwartende Forderungsausfall im Falle der Abwicklung des Engagements im Vergleich zur Förderung eines Sanierungsversuches ist.

Grundsätzlich hat die Bank in der Krise ihres Kreditnehmers folgende Handlungsalternativen:

1. *Mitwirkung an der Sanierung des Kreditnehmers*: Ist die Sanierungswürdigkeit und Sanierungsfähigkeit des Kreditnehmers gegeben, hat die Sanierung also Aussicht auf Erfolg, kann das Kreditinstitut die Sanierung aktiv begleiten.
2. *Kündigung und Abwicklung des Kreditengagements*: Verspricht die Sanierung des Kreditnehmers keinen Erfolg oder entscheidet sich die Bank aus anderen Gründen für eine zulässige Kündigung der Kredite, etwa weil sie sich für den Fall der Verwertung der bestellten Sicherheiten eine vollständig Deckung erhofft, ist das Engagement abzuwickeln.
3. *Stillhalten*: In diesem Fall verhält sich die Bank passiv. Sie begleitet weder die Sanierung, noch überführt sie das Engagement durch Kreditkündigung in die Abwicklung.
4. *Outsourcing der Problemkreditbearbeitung*: Beim Problemkreditbearbeitungs-Outsourcing wird die Erledigung einzelner Workout-Maßnahmen auf einen externen Dienstleister übertragen (sog. *Servicer*). Das Outsourcing kam bislang vor allem beim Forderungsinkasso in Betracht, in dem gekündigte Kredite einem Externen zum Forderungseinzug übergeben wurden. Die Auslagerung der Bearbeitung von ungekündigten Problemkrediten mit dem Ziel, die auf Seiten der Bank zu erbringenden Sanierungsmaßnahmen für das Kreditengagement an einen Dritten zu übertragen, ist in Deutschland relativ neu. Im genossenschaftlichen Bankensektor tritt ein im Wesentlichen der Sicherungseinrichtung des Volks- und Raiffeisenbankenverbandes gehörendes Kreditinstitut, das auf die Sanierung und Abwicklung von Problemkrediten spezialisiert ist, als Insourcer auf. Auch im öffentlich-rechtlichen Bankensektor gibt es derzeit Überlegungen, für Sparkassen Sanierungs- und Abwicklungsdienstleistungen von Landesbanken oder von Gemeinschaftsunternehmen der Sparkassenfinanzgruppe erbringen zu lassen. Auch einige private Dienstleister haben die Bearbeitung von notleidenden Krediten als Geschäftsfeld entdeckt und bieten Kreditinstituten entsprechende Leistungen an.
5. *Verkauf des Kredits*: Schließlich kann sich die Bank auch für einen Verkauf des notleidenden Kreditengagements entscheiden. Auch diese Variante wurde von Kreditinstituten in Deutschland bis vor kurzem nur selten als Workout-Instrument genutzt. Lediglich einzelne ungekündigte Kredite, die an ein bestimmtes Unternehmen ausgereicht waren, sind in der Vergangenheit in der Krise des Kreditnehmers gelegentlich verkauft worden. Im Übrigen handelte es sich bei den von Kreditinstituten verkauften Forderungen überwiegend um gekündigte Mengenkredite, bei denen die Forderungen oftmals bereits ausgeklagt waren. Als Käufer dieser Kredite traten vor allem Inkassounternehmen auf. Erst mit

dem seit dem Jahr 2002 zunehmend zu beobachtenden deutschen Markteintritt ausländischer und insbesondere US-amerikanischer Finanzinvestoren, die sich auf den Erwerb notleidender Forderungen spezialisiert haben, begann sich ein Markt für leistungsgestörte Kreditengagements in Deutschland zu etablieren⁴. Seither wurden sowohl großvolumige Transaktionen⁵, als auch mittlere und kleinere Transaktionen⁶, bei denen Investmentbanken und Opportunity Funds als Käufer auftraten, öffentlich bekannt.

4.4 Haftungsrisiken in der Krise gewerblicher Kreditnehmer und Strategien zur Vermeidung eines Haftungsfalles

Das Haftungsrisiko in der Krise des gewerblichen Kreditnehmers beurteilt sich danach, für welches Vorgehen sich die Bank entscheidet.

4.4.1 Abwicklung

Ist das Engagement kündbar und entschließt sich das Institut zu seiner Abwicklung, also zur Beitreibung seiner Forderungen, kommt es darauf an, ob die für den Kredit vom Schuldner oder von Dritten ausgereichten Sicherheiten wirksam bestellt wurden. Ist die Insolvenz des Schuldnerunternehmens eingetreten oder steht sie bevor, sind zudem die Anfechtungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters zu berücksichtigen. Abgesehen von der Frage der Wirksamkeit der Besicherung des Engagements, zeitigt dessen berechtigte Kündigung keine Haftungsrisiken für das Institut. Eine Pflicht zur Kreditversorgung besteht nicht. Das gilt, ungeachtet ihres öffentlichen Auftrages, auch für Sparkassen. Ebenfalls gibt es keinen Zwang zur Teilnahme an einer Sanierung. Das gilt selbst für dasjenige Institut, das damit einen zwischen den übrigen Financiers bereits erzielten Sanierungskonsens zunichte macht (sog. *Akkordstörer*).

4.4.2 Stillhalten

4.4.2.1 Besteht eine Kreditkündigungspflicht?

Ebenso wenig wie es eine Verpflichtung zur Teilnahme an einer Sanierung gibt, besteht eine Pflicht zur Kündigung des Kreditengagements in der Krise des Kunden. Selbst wenn das Institut erkennt, dass das Schuldnehmerunternehmen unmittelbar vor dem Zusammenbruch steht, wodurch andere Gläubiger zu Schaden kommen können, besteht weder die Verpflichtung die Dritten zu warnen, noch den Schuldner durch Kündigung der Kredite in die Insol-

⁴ Vgl. Ulric Papendick, Unter Geiern, in: Manager-Magazin 8/2003 vom 27.08.2003; Norbert Schwaldt, Cerberus entdeckt Berlin, in: Berliner Morgenpost vom 13.02.2004; Rober Ummen, in: Die Welt vom 19.01.2004; Norbert Schwaldt, Cerberus entdeckt Deutschland, in: Die Welt vom 13.02.2004.

⁵ Vgl. die Immobiliendarlehen-Transaktion Hypo Real Estate Bank mit Lone Star im September 2004 mit einem Transaktionsvolumen von 3,6 Mrd. Euro; die Immobiliendarlehen-Transaktion der Dresdner Bank mit Lone Star im Oktober 2004 mit einem Transaktionsvolumen von 1,2 Mrd. Euro; die Immobiliendarlehen-Transaktion Eurohypo mit Citigroup im November 2004 mit einem Transaktionsvolumen von 2,4 Mrd. Euro.

⁶ Vgl. die Mittelstandsdarlehen-Transaktion der ING/BHF mit Goldman Sachs in 2004 mit einem Transaktionsvolumen von 175 Mio. Euro; die Transaktion der insolventen Gontard & Metallbank mit Lone Star in 2003 mit einem Transaktionsvolumen von 225 Mio. Euro; die Transaktion Deka-Bank mit Deutscher Bank in 2004 mit einem Transaktionsvolumen von 110 Mio. Euro. oder die Transaktion der Niederschlesischen Sparkasse mit Lone Star in 2004 mit einem Transaktionsvolumen von etwa 100 Mio. Euro.

venz zu treiben. Solange das Kreditinstitut auf die Dritten nicht dahingehend einwirkt, mit dem in der Krise befindlichen Unternehmen nachteilige Geschäfte abzuschließen, braucht es die Belange der Dritten nicht zu berücksichtigen.

4.4.2.2 Ausnahmen

Ausnahmsweise kann sich das Stillhalten jedoch als schädlich erweisen. Dies gilt dann, wenn die Kredit gewährende Bank an dem Schuldnerunternehmen entweder mit einem wesentlichen Anteil als Gesellschafter beteiligt ist oder sich - ohne beteiligt zu sein - wesentliche Gesellschafterbefugnisse anmaßt. In diesem Fall können sich die Kredite nach Maßgabe der §§ 30 ff. GmbHG und der hierzu entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze in Eigenkapital verwandeln, mit der Folge, dass sie samt Sicherheiten im Insolvenzfall endgültig verloren sind (vgl. dazu im Folgenden unter 4.8.).

Das Stillhalten in der Krise des Schuldnerunternehmens kann sich ferner dann als schädlich erweisen, soweit sich die Bank zur Absicherung ihrer Forderungen die *letzten noch verfügbaren Vermögenswerte* des Schuldners übertragen lässt. Ein solches Vorgehen kann, unbeschadet seiner Anfechtbarkeit, auch sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB sein⁷.

Ist der Entschluss zum Stillhalten auf unlautere, verwerfliche Motive zurückzuführen und dient das Stillhalten nur dazu, sich eigene Vorteile, beispielsweise durch das Auffüllen von Globalsicherheiten zu Lasten anderer Gläubiger zu verschaffen, kann das Stillhalten schließlich Schadensersatzansprüche der benachteiligten Drittgläubiger gem. § 826 BGB nach sich ziehen⁸.

4.4.3 Teilnahme an der Unternehmenssanierung

Entschließt sich das Kreditinstitut dazu, an der Sanierung des Kunden mitzuwirken, setzt dies voraus, dass die Bank vorher die Sanierungswürdigkeit und -fähigkeit des Schuldnerunternehmens überprüft hat. Das Erfordernis einer solchen Überprüfung stellen die MaRisk explizit im BTO 1.2.5 Tz. 2 auf.

Während im Verhältnis Kreditinstitut → Schuldnerunternehmen haftungsrechtlich insbesondere Konstellationen unzulässiger Einflussnahme des Kreditgebers auf die Entschließungsfreiheit der Unternehmensleitung in Rede stehen, geht es im Verhältnis Kreditinstitut → Drittgläubiger im Wesentlichen darum, ob die Drittgläubiger durch die zwischen Kreditinstitut und Schuldnerunternehmen getroffenen Absprachen in rechtlich zu missbilligender Weise benachteiligt werden.

4.4.4 Vergabe von Neukrediten zur Unternehmenssanierung

Neues Geld (*fresh money*), gleichgültig ob als Eigen- oder Fremdmittel, ist fast immer unentbehrlich zur Erreichung eines nachhaltigen Sanierungserfolges. Ausgehend von der jeweiligen Situation bei Bekanntwerden der Krise des Schuldnerunternehmens, ist zwischen der Bereitstellung von Überbrückungs- und Sanierungskrediten zu differenzieren.

⁷ BGH, NJW 1995, 1668.

⁸ BGH, NJW 1970, 657.

Überbrückungskredite dienen dazu, das Überleben des Unternehmens bis zu einer Entscheidung über dessen Sanierungswürdig- und -fähigkeit, also in der Regel bis zur Vorlage eines externen Sanierungsgutachtens auf dessen Grundlage die Sanierungsentscheidung getroffen werden kann, zu sichern. Demgegenüber dienen *Sanierungskredite* der Zuführung von finanziellen Mitteln mit dem Ziel, die Insolvenz des Schuldnerunternehmens abzuwenden und dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wieder herzustellen. Die Abgrenzung erfolgt nach dem *Zweck* der Kreditvergabe.

4.4.4.1 Maßgebliches Beurteilungskriterium: Sanierbarkeit des Kreditengagements

Sollen zusätzliche Kredite zur Sanierung des Schuldnerunternehmens bereitgestellt werden, muss deren Gewährung Erfolg bei der Sanierung des *Kreditengagements* versprechen, wollen sich die handelnden Institutsmitarbeiter und Organe nicht dem Vorwurf eines pflichtwidrigen und unter dem Gesichtspunkt einer Treuepflichtverletzung unter Umständen sogar strafbaren Verhaltens aussetzen⁹. Entgegen einer weit verbreiteten aber unzutreffenden Ansicht, kommt es dabei nicht alleine auf die Erfolgsaussichten der Sanierung des Schuldnerunternehmens an. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die in Aussicht genommenen Sanierungsmaßnahmen und die hierfür gewährten zusätzlichen Mittel *zur Rettung des notleidenden Kreditengagements* beitragen oder nicht. Dies soll nach Auffassung des *Bundesgerichtshofes* insbesondere bei einem wirtschaftlich vernünftigen Gesamtplan der Fall sein, der auf einen einheitlichen Erfolg, nämlich der Sanierung (des Kreditengagements), angelegt ist¹⁰.

Haftungsprophylaxe: Die Sanierungsfähigkeit des Schuldnerunternehmens ist Voraussetzung für die Sanierbarkeit des Kreditengagements. Denn nur wenn der Kreditnehmer wieder in die Lage versetzt wird, nachhaltig Erträge zu erzielen, kann er seine Kreditverpflichtungen bedienen. Allerdings vermag allein das Sanierungsgutachten des Schuldnerunternehmens die Entscheidung über die Vergabe von Sanierungskrediten noch nicht zu rechtfertigen. Das kreditnehmerbezogene Sanierungskonzept dient der Rettung des Unternehmens und enthält durch das oftmals erhobene Verlangen von Tilgungs- und Zinsstundungen, Forderungsverzichten, Rangrücktritten und der gleichen mehr, in vielen Fällen empfindliche Belastungen für die Kreditgeber. Ob diese Belastungen zulässigerweise in Kauf genommen und zudem noch neue Mittel vergeben werden dürfen, ist mit Blick auf die Rettungswahrscheinlichkeit der bereits ausgereichten Kredite aus Sicht des jeweiligen Institutes zu beurteilen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass auch das Stehen lassen fälliger Kredite in Form der Stundung eine neue Kreditentscheidung darstellt und somit der geforderten Prüfung zu unterziehen ist.

Nicht zu entscheiden hatte der Bundesgerichtshof bislang, ob diese Grundsätze auch für die Vergabe von Überbrückungskrediten gelten. Da die Entscheidung für eine Begleitung der Unternehmenssanierung nicht leichtfertig getroffen oder verworfen werden darf, muss es dem Kreditinstitut gerade auch im Interesse des Schuldnerunternehmens erlaubt sein, vorher die Sanierungschancen anhand eines Sanierungsgutachtens zu überprüfen. Der Zweck des Überbrückungskredites besteht deswegen nicht in der Sanierung des Schuldnerunternehmens oder des notleidenden Kreditengagements, sondern vielmehr in der Überbrückung des Zeitraums, bis anhand aussagekräftiger Unterlagen eine Sanierungsentscheidung getroffen werden kann. Es wäre deswegen verfehlt, die dargestellten Grundsätze auch auf Überbrückungskredite anwenden zu wollen.

⁹ *BGH*, Urteil vom 15. November 2001, Az. 1 StR 185/01 = *BGHSt* 47, 184.

¹⁰ *BGH*, aaO.

4.4.4.2 Notwendigkeit der Sanierungsprüfung des Kreditnehmers

Die Rechtsprechung hält vor einer Vergabe von Neukrediten an ein insolvenzbedrohtes Unternehmen die Überprüfung der *Sanierungschancen des Unternehmens* für geboten. Auch die MaRisk setzen eine solche Überprüfung zwingend voraus (MaRisk, BTO 1.2.5 Tz. 2). Werden Neukredite ohne eine derartige Prüfung ausgereicht oder bestanden vor Kreditvergabe ernstliche Zweifel am Gelingen der Sanierung, setzt sich die Bank im Falle des Scheiterns der Sanierung mit anschließender Insolvenz des Kreditnehmers dem Vorwurf der Mitwirkung an der Insolvenzverschleppung aus. Der Sanierungskredit und die hierfür bestellten Sicherheiten können dann verloren sein. Zudem drohen Schadensersatzansprüche von Drittgläubigern. Und schließlich können sich die handelnden Institutsmitarbeiter auch strafbar machen.

4.4.4.2.1 Vergabe von Überbrückungskrediten

Lässt es die Liquiditätsslage des Schuldnerunternehmens nicht zu, mit der Ausreichung neuer Mittel bis zur Vorlage eines Sanierungsgutachtens zu warten, wird die Gewährung eines Überbrückungskredites mit dem Ziel, das Unternehmen bis zur Feststellung der Sanierungsfähigkeit am Leben zu erhalten, für zulässig erachtet¹¹.

Haftungsprophylaxe: Bei der Vergabe von Überbrückungskrediten ist in jedem Fall sicherzustellen, dass diese Kredite alleine dem Zweck zur Überbrückung des Zeitraums bis zur Feststellung der Sanierungsfähigkeit dienen, da es sich andernfalls um eine unzulässige und damit sittenwidrige Kreditgewährung handeln kann, durch welche die Insolvenz des Schuldnerunternehmens nur hinausgeschoben wird. Deswegen sollten bereits vor der Vergabe eines Überbrückungskredites geeignete Maßnahmen zur Feststellung der Sanierungswürdig- und -fähigkeit getroffen werden. Das kann durch die Beauftragung eines geeigneten Beraters geschehen. Im Übrigen ist der Zweck der Kreditvergabe im Kreditvertrag eindeutig festzulegen.

4.4.4.2.2 Vergabe von Sanierungskrediten

Die Vergabe von Sanierungskrediten ist nur zulässig, wenn mit ihnen die Durchführung eines ernsthaften und Erfolg versprechenden Sanierungsversuchs bezweckt wird. Will das Kreditinstitut durch die Kreditvergabe lediglich den Zusammenbruch des Kunden mit dem Ziel hinausschieben, sich im Vergleich zu anderen Gläubigern einen Vorteil zu verschaffen, ist die Kreditvergabe unzulässig und sittenwidrig. Entscheidend ist dabei, ob die Bank bei der Vergabe des Neukredits *eigennützig* oder *uneigennützig* handelt, ob sie sich also neben oder anstelle des Ziels der Unternehmenssanierung noch von weiteren Motiven, beispielsweise der Verbesserung ihrer bisherigen Position, hat leiten lassen.

Wird ein *eigennütziger Sanierungskredit* ohne ausreichende Prüfung der Sanierungsaussichten gewährt, sind Kredit- und Kreditsicherungsvertrag sowie die Sicherheitenbestellung nichtig gem. § 138 BGB. Die Sicherheiten, und nach deren Verwertung der Verwertungserlös, müssen dann von der Bank an das Schuldnerunternehmen herausgegeben werden. Zwar bleibt der Bank ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, der auf die Rückzahlung der Darlehensvaluta gerichtet ist. Scheitert die Sanierung und kommt es nach Insolvenzeröffnung zur Sicherheitenverwertung ist eine Aufrechnung jedoch nach § 96 InsO ausgeschlossen. Die Bank fällt dann mit ihrem Sanierungskredit aus. In diesem Fall können sich die Geschäfts-

¹¹ Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, RdNr. 5.134 m.w.N.

leiter und die zuständigen Entscheidungsträger zudem wegen eines Untreuedelikts strafbar machen.

Wird der Sanierungskredit trotz der Erkenntnis der Unausweichlichkeit der Insolvenz des Schuldnerunternehmens in der Absicht gewährt, den Kreditnehmer noch vorübergehend am Leben zu erhalten, um sich in Zwischenzeit anderweitige Vorteile zu verschaffen und kommen dadurch Drittgläubiger des Unternehmens durch den Ausfall ihrer Forderungen zu Schaden, trifft die Bank eine Ausfallhaftung nach § 826 BGB.

Haftungsprophylaxe: Ohne schonungslose Offenlegung der Situation des Schuldnerunternehmens und einer daraus abzuleitenden Planung von Maßnahmen zur Krisenbewältigung, macht eine Sanierung keinen Sinn. Erkennen die an der Sanierung Beteiligten mangels hinreichender Prüfung beispielsweise nicht, dass das Schuldnerunternehmen bereits insolvent ist und scheitert die Sanierung trotz der Vergabe weitere Kredite, setzen sich nicht nur die Geschäftsführer und gegebenenfalls von diesen beauftragte Berater, sondern auch die Mitarbeiter der engagierten Banken straf- und zivilrechtlichen Risiken aus. Diese Risiken wären bei einem rechtzeitigen und richtigen Krisenmanagement jedoch vermeidbar gewesen. Vor der Krisenbekämpfung muss daher eine Analyse der Krisenursachen und -merkmale erfolgen. Diese Analyse ist nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich geboten. Denn die Bank kann sich vom Vorwurf eines unredlichen Verhaltens nur entlasten, wenn sie aufgrund einer sachkundigen und sorgfältigen Prüfung der Lage des Schuldners davon überzeugt sein durfte, das Sanierungsvorhaben werde Erfolg haben und eine Schädigung Dritter werde nicht eintreten¹².

Liegen bei dem Schuldnerunternehmen bereits Anhaltspunkte für eine mögliche Insolvenzreife vor, müssen unabhängig von der Ausarbeitung eines Sanierungskonzeptes zunächst etwaige Insolvenzgründe festgestellt und *unverzüglich* beseitigt werden. Zu bemängeln ist insoweit die immer wieder anzutreffende Praxis mancher Berater, die zwar ein Sanierungsgutachten erarbeiten in dem sie Aussagen über die Sanierungswürdig- und -fähigkeit des Schuldnerunternehmens treffen, sich jedoch nicht mit der Frage des Vorliegens von Insolvenzgründen, namentlich einer gegebenen Überschuldung des Unternehmens, auseinandersetzen.

Der Sanierungsplan muss sich mit den *Ursachen der gegenwärtigen Krise* und den in Aussicht genommenen *Maßnahmen zu ihrer Überwindung* auseinandersetzen. Dazu bedarf es eines in sich schlüssigen Konzeptes, das von den erkannten oder erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht und nicht offensichtlich undurchführbar ist. Im Rahmen der *Sanierungsfähigkeitsprüfung* sind insbesondere die absatz-, produkt- und finanzwirtschaftlichen Bereiche des Schuldnerunternehmens zu untersuchen; ihre voraussichtliche Entwicklung ist in eine *forecast*-Planung einzustellen. Das finanzwirtschaftliche Konzept muss erkennen lassen, wie die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens wieder hergestellt werden soll. Im Rahmen der *Sanierungswürdigkeitsprüfung* ist insbesondere festzustellen, ob ein Unternehmenswert aufgebaut werden kann, der die Sanierung rechtfertigt.

Das Sanierungsgutachten sollte von einem externen *brachenkundigen Wirtschaftsfachmann* erstellt werden, wobei sich insbesondere die Inanspruchnahme eines *Wirtschaftsprüfers* empfiehlt¹³. Bei anderen Beratern ist deren Qualifikation und fachliche Eignung zu überprüfen.

¹² BGH, WM 1965, 919; WM 1958, 250.

¹³ Obermüller, aaO., RdNr. 5.129.

Das kann beispielsweise durch die Einholung von Referenzen erfolgen, die - ist der Berater bei der Bank noch nicht eingeführt - stichprobenartig überprüft werden.

Das Sanierungskonzept muss umsetzungsorientiert gestaltet werden und sollte einen zeitlich gegliederten „Sanierungsfahrplan“ enthalten, da die Bank die Umsetzung des Konzeptes zu überprüfen hat. Den im Sanierungskonzept enthaltenen Empfehlungen darf schließlich nicht unbesehen gefolgt werden. Vielmehr ist das Konzept seitens der Bank zunächst auf seine Plausibilität, Schlüssigkeit und Realisierbarkeit hin zu untersuchen. Ergeben sich dabei Unstimmigkeiten, ist eine eigene Überprüfung geboten¹⁴.

4.4.5 Insolvenzverschleppung durch faktische Geschäftsführung

Auch ohne die Vergabe von Neukrediten kann der Bank unter dem Aspekt der Insolvenzverschleppung Ungemach drohen. Das gilt besonders dann, wenn die für die Bank handelnden Mitarbeiter derart in die Geschäftsleitung des Schuldnerunternehmens eingreifen, dass sie zu dessen *faktischen Geschäftsführern* werden. In diesem Fall trifft auch sie eine Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung. Auch wer ohne förmlich dazu bestellt oder im Handelsregister eingetragen zu sein, die Stellung eines Geschäftsführers im Einverständnis mit den Gesellschaftern tatsächlich einnimmt, gilt insoweit als (faktischer) Geschäftsführer. Dem steht nicht entgegen, dass der im Handelsregister eingetragene Geschäftsführer ebenfalls Geschäfte für die Gesellschaft vornimmt, soweit der faktisch Handelnden eine *überragende Stellung* hat und er Geschäftsleitungsfunktionen *in maßgeblichem Umfang* wahrnimmt, denen innerhalb der Geschäftsleitung *ein Übergewicht* zukommt. Indizien für eine überragende Stellung können sein, dass der Handelnde die Unternehmenspolitik oder -organisation bestimmt, Mitarbeiter einstellt, auf die Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern des Unternehmens einwirkt, Verhandlungen mit Kreditgebern führt, Entscheidungen in Steuerangelegenheiten trifft oder die Buchhaltung des Unternehmens steuert.

Übernehmen Mitarbeiter der Bank daher neben den satzungsmäßigen Organen die Geschäftsleitung des Schuldnerunternehmens und handeln sie zum Vorteil ihres Institutes oder zum Nachteil anderer Gläubiger, drohen sie in die Position des faktischen Geschäftsführers einzurücken.

Risiken können sich auch ergeben, wenn Bankmitarbeiter in Gesellschaftsgremien des Schuldnerunternehmens, etwa in Aufsichtsräten, Beiräten oder Lenkungsausschüssen vertreten sind. Zwar begründet die Präsenz in einem derartigen Gremium noch keinen Haftungsbestand. Die Versuchung des Bankmitarbeiters auf als falsch erkannte Entscheidungen der Geschäftsführung des Schuldnerunternehmens Einfluss zu nehmen, sie zu korrigieren oder gar durch eine eigene Entscheidung zu ersetzen, wird aber zunehmen. Problematisch können außerdem Konstellationen sein, in denen die Bank eine *eigene Unternehmensberatungsgesellschaft* einschaltet, die dann im Interesse des Kreditnehmers tätig werden soll. Stellt sich heraus, dass die derart eingebundenen Vertrauensleute zu Gunsten der Bank oder zum Nachteil anderer Gläubiger tätig werden, können sich daraus haftungsrechtliche Konsequenzen ergeben. Unabhängig davon, können die *Kenntnisse*, die der Vertrauensmann im Schuldnerunternehmen erwirbt, im Zweifel der Bank *zugerechnet werden*. Dieser Umstand kann sich in einem späteren Insolvenzverfahren bei der Insolvenzanfechtung als äußerst negativ erweisen.

¹⁴ BGHSt 47, 184.

Agieren die Mitarbeiter der Bank als faktische Geschäftsführer des Schuldnerunternehmens, drohen umfangreiche haftungsrechtliche Konsequenzen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass für die handelnden Mitarbeiter die Verpflichtung zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung besteht. Wird die Frist versäumt, droht ihnen eine strafrechtliche Verurteilung wegen unterlassener oder verspäteter Antragstellung oder gar wegen Bankrotts. Zudem sind die Mitarbeiter dem Schuldnerunternehmen zum Ersatz von Zahlungen und sonstigen Sachleistungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung geleistet wurden, sofern sie nicht nachweisen können, dass diese Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar sind¹⁵. Gegenüber den Gläubigern des Schuldnerunternehmens, deren Ansprüche vor Eintritt der Insolvenzreife bereits begründet waren, kann eine Haftung sowohl der Mitarbeiter als auch der Bank auf Ersatz des sog. Quotenschadens, das heißt auf die Differenz zwischen der Quote bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung und der Quote bei der verspäteten Antragstellung, bestehen. Gegenüber Gesellschaftsgläubigern, deren Ansprüche erst nach Eintritt der Insolvenzgründe begründet wurden, besteht eine Pflicht zum Ausgleich des vollen Schadens. Darüber hinaus kann auch eine Haftung der Bank und/oder ihrer Mitarbeiter für Steuerverbindlichkeiten und Sozialabgaben des Schuldnerunternehmens gegeben sein. Gerade diese Abgaben werden typischerweise in der Krise des Unternehmens oft nicht mehr (vollständig) beglichen, so dass der Haftungsumfang die Kreditforderung der Bank deutlich überschreiten kann.

Haftungsprophylaxe: Eine unzulässige Entmachtung von Organen des Schuldnerunternehmens lässt sich vermeiden, wenn dieser Personenkreis in alle für die Sanierung wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen eingebunden bleibt. Zudem empfiehlt sich bei bedeutenderen Engagements und im Falle der zur Verfügungstellung neuer Kredite die Vereinbarung einer Sanierungstreuhand unter Einschaltung eines externen Sanierungstreuhanders. Dadurch lassen sich die geschilderten Risiken weitgehend eliminieren (vgl. dazu im Folgenden unter 5).

4.4.6 Anstiftung und Beihilfe zur Insolvenzverschleppung

Die für den Fall der faktischen Geschäftsführung geschilderten rechtlichen Konsequenzen können sich auch ergeben, sofern die Mitarbeiter der Bank zwar nicht unmittelbar in die Geschäftsleitung des Schuldnerunternehmens eingreifen, dessen Organe jedoch von der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung abhalten. Ist den Bankmitarbeitern die Insolvenzreife des Schuldnerunternehmens bekannt, und bestärken sie dessen Organe - möglicherweise mit Blick auf eine erhoffte doch noch positive Entwicklung des Engagements - in der Überzeugung, die Stellung eines Insolvenzantrages hinauszuschieben, liegt ein Fall der Beihilfe oder Anstiftung zur Insolvenzverschleppung vor.

4.4.7 Schuldnerknebelung (durch stille Geschäftsinhaberschaft)

Bei der Schuldnerknebelung handelt es sich wiederum um einen Fall der rechtlich zu missbilligenden Einflussnahme des Kreditinstitutes auf die Belange des Schuldnerunternehmens. Da sich die Schuldnerknebelung aus dem Zusammenwirken vieler Einzelmaßnahmen ergeben kann und damit in vielfältigen Variationen denkbar ist, kommt es für die rechtliche Beurteilung entscheidend auf den jeweiligen Einzelfall an.

¹⁵ Vgl. z.B. § 64 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 3 Nr. 6 i.V.m. § 92 Abs. 3 AktG.

Beschneidet die Bank ihren Kreditnehmer in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit derart, dass er seine *Selbständigkeit* nahezu völlig *verliert* und nur noch die *Stellung eines Verwalters* hat, liegt eine rechtlich zu missbilligende Abhängigkeit vor. In diesem Fall wird der Kreditnehmer zum bloßen Strohmann der Bank degradiert, der zwar nach außen als Inhaber des Geschäftes erscheint, gegenüber der Bank aber nur die Stellung eines abhängigen Verwalters hat. Ein solcher Fall wird insbesondere dann zu bejahen sein, 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 werden¹⁶.

Vorsicht ist vor allem geboten, wenn die Bank eine Person ihres Vertrauens im Schuldnerunternehmen mit Geschäftsführungsbefugnis ohne Weisungsrecht der Gesellschafter einsetzt oder wenn sie die Bestellung eines Beirates oder Lenkungsausschusses durchsetzt und diesem Gremium originäre Aufgaben der Geschäftsführung oder der Gesellschaftsversammlung zukommen sollen.

Die Rechtsfolgen einer Schuldnerknebelung sind identisch mit denen eines unzulässigen und damit sittenwidrigen Sanierungskredites. Zur *Haftungsprophylaxe* kann auf die Ausführungen zur faktischen Geschäftsführung (vorstehend unter 4.5) verwiesen werden.

4.4.8 Quasi-Gesellschafterhaftung

Die Bank kann schließlich die bereits erwähnte Haftung nach den Bestimmungen zum Eigenkapitalersatz treffen, wenn sie entweder mit einem wesentlichen Anteil als Gesellschafter am Schuldnerunternehmen beteiligt ist oder sich - ohne beteiligt zu sein - wesentliche Gesellschafterbefugnisse anmaßt. In diesem Fall können sich die Kredite nach Maßgabe der §§ 30 ff. GmbHG und der hierzu entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze in Eigenkapital verwandeln. Demnach kann ein Gesellschafter seine Darlehensforderungen in der Insolvenz der Gesellschaft *nicht geltend machen*, sondern ist nur nachrangiger Insolvenzgläubiger im Sinne des § 39 Nr. 5 InsO; seine Forderungen schmälern daher nicht die Quote.

4.4.8.1 Anwendbarkeit

Die Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln auf Kredit gewährende Banken setzt zunächst eine *maßgebliche Kapitalbeteiligung* am Schuldnerunternehmen oder eine *geschäftsführende* Position des Instituts im Unternehmen voraus (§ 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG). Eine maßgebliche Beteiligung ist gegeben, sofern die Bank mehr als 10% der Anteile am *Stammkapital* einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung hält. Die Regelungen über den GmbH-Eigenkapitalersatz gelten auch für Personenhandelsgesellschaften und zwar für offene Handelsgesellschaften, zu deren Gesellschaftern keine natürliche Person gehört (§ 129a HGB) sowie für Kommanditgesellschaften, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. In diesem Fall betreffen die Bestimmungen die Kredite von Gesellschaftern oder Mitgliedern der Komplementärgesellschaft und die der Kommanditisten (§ 172a HGB). Die Vorschriften gelten ferner für Beteiligungen an Aktiengesellschaften, allerdings mit der Maßgabe, dass hier die Maßgeblichkeitsschwelle erst bei einem Anteil von mehr als 25% am Grundka-

¹⁶ OLG Düsseldorf, WM 1985, 1182.

pital überschritten ist oder sofern die Bank einen Anteil am Grundkapital hält, der ihr nach Gesetz oder Satzung einer Sperrminorität sichert.

Daher dürfen im Falle einer Beteiligung der Bank an einem Schuldnerunternehmen die genannten Schwellenwerte von 10 % bzw. 25 % nicht überschritten werden, es sei denn, die Beteiligung wird zum Zwecke der Überwindung der Krise, das heißt zur Sanierung des Schuldnerunternehmens eingegangen. In diesem Fall greift das Sanierungsprivileg des § 32a Abs. 3 GmbHG ein und es bleiben sowohl Alt- als auch Neukredite von der Anwendung der Eigenkapitalersatzvorschriften verschont.

Unabhängig vom Vorliegen einer maßgeblichen Beteiligung, greifen die Regeln über kapitalersetzende Darlehen auch dann ein, wenn es sich bei dem beteiligten Gesellschafter zugleich um einen *Geschäftsführer* der Gesellschaft handelt. Bei *geschäftsführenden Gesellschaftern* gelten die Eigenkapitalersatzregeln daher ohne Rücksicht auf das Erreichen der Maßgeblichkeitsschwellen. Eine satzungsmäßige Geschäftsführerstellung ist nicht erforderlich, so dass auch der sog. *faktische Geschäftsführer* als Normadressat in Betracht kommt. Und schließlich können die Kapitalersatzvorschriften auch zur Anwendung kommen, wenn die Bank am Schuldnerunternehmen zwar nicht beteiligt ist, sich aber wesentliche Gesellschafterbefugnisse anmaßt.

4.4.8.2 Krise des Schuldnerunternehmens

Weitere Voraussetzung für eine Eigenkapitalverhaftung der Kredite ist, dass diese in der *Krise des Schuldnerunternehmens* gewährt oder, was dem Gewähren gleichkommt, stehen gelassen werden. Die Krise des Unternehmens definiert das Gesetz als Zeitpunkt, in dem die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute ihrem Unternehmen Eigenkapital zugeführt hätten (§ 32a Abs. 1 GmbHG). Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Unternehmen den zu seiner Fortführung notwendigen Kapitalbedarf nicht durch entsprechende Kredit von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen hätte decken können, mit anderen Worten: wenn das Unternehmen *kreditunwürdig* ist.

Haftungsprophylaxe: Im Falle einer Beteiligung der Bank am Schuldnerunternehmen dürfen die Schwellenwerte von 10 % bzw. 25 % nicht überschritten werden. Die Entmachtung der Gesellschafter ist zu vermeiden, in dem diese in die ihnen nach Satzung oder Gesetz zugewiesenen Gesellschaftsangelegenheiten eingebunden bleiben. Im Übrigen schafft auch hier die bereits erwähnte Sanierungstreuhand eine weitgehende Haftungserleichterung (vgl. dazu im Folgenden unter 5).

4.4.9 Haftung für Steuerschulden des Kreditnehmers

Es wurde bereits erwähnt, dass für Banken neben dem Risiko Schadensersatzansprüchen des Kreditnehmers oder von Dritten ausgesetzt zu sein, auch die Gefahr besteht, für Steuerschulden des Unternehmens in Anspruch genommen zu werden. Nach § 69 i.V.m. §§ 35, 34 AO haften die gesetzlichen Vertreter und Verfügungsberechtigten soweit Steuerschulden infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung nicht abgeführt werden. Als Verfü-

gungsberechtigter gilt dabei jeder, der rechtlich oder wirtschaftlich über Mittel, die einem anderen zuzurechnen sind, verfügen kann und als Verfügungsberechtigter auftritt¹⁷.

Haftungsprophylaxe: Die mit der Sanierung betrauten Mitarbeiter der Bank dürfen sich gegenüber Dritten nicht wie Verfügungsberechtigte des Schuldnerunternehmens gerieren.

4.4.10 Konzernhaftung

Das Aktienrecht¹⁸ verpflichtet im Vertragskonzern die Muttergesellschaft, die während der Dauer des Bestehens eines Unternehmensvertrages (Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrag) entstandenen Verluste ihrer Tochtergesellschaft nach Beendigung des Unternehmensvertrages auszugleichen, den Gläubigern der Tochtergesellschaft für ihre vor Vertragsbeendigung entstandenen Forderungen Sicherheit zu leisten und deren Forderungen im Falle der Insolvenz der Tochtergesellschaft zu ersetzen. Das erforderliche Konzernverhältnis wird vermutet¹⁹, sofern die Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Diese Grundsätze hat die Rechtsprechung auf den sog. qualifiziert-faktischen GmbH-Konzern übertragen.

Die Rechtsprechung hat sie zudem in einem atypisch gelagerten Fall auf eine Bank angewendet, die Geschäfte ihres Schuldnerunternehmens durch einen ihrer Mitarbeiter führen ließ.

Haftungsprophylaxe: Auch im Fall der Konzernhaftung geht es um die missbräuchliche Ausübung der Leitungsmacht und des damit einhergehenden beherrschenden Einflusses des Kreditinstitutes auf das von ihm abhängige Schuldnerunternehmen, so dass die zu dieser Fallgruppe bereits dargestellten Präventivmaßnahmen entsprechend für die Vermeidung einer Konzernhaftung gelten.

4.5 Vermeidung von Haftungsrisiken durch Treuhandlösungen

Die geschilderten Haftungsrisiken für Kreditinstitute und deren Mitarbeiter lassen sich weitgehend eliminieren, sofern ein rechtlich und wirtschaftlich kompetenter *Treuhänder* eingeschaltet wird. Die Treuhandlösung bietet zudem den Vorteil, dass die der Bank für die Ausreichung eines Überbrückungs- oder Sanierungskredites zu stellenden *Sicherheiten insolvenzfest verstärkt* werden können. Durch die Treuhand kann außerdem das Störpotential und die Unberechenbarkeit von Gesellschaftern und Gesellschafter-Geschäftsführern in rechtlich zulässiger Weise begrenzt und der Sanierung somit eine Erfolg versprechende Richtung vorgegeben werden.

Die Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses richtet sich nach den jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalles. Benötigt das Unternehmen *fresh money*, stehen zur Absicherung dieser Kredite aber nur unzureichende oder keine Sicherheiten mehr zur Verfügung, bietet sich eine *Sanierungstreuhand* an. Die Gesellschaftsanteile des Schuldnerunternehmens (oder die einer Drittgesellschaft) werden zugunsten der Kreditinstitute auf den Sanierungstreuhand übertragen. Dieser wird im Auftrag der Gesellschafter tätig und hält die Anteile am Schuldner- oder

¹⁷ BFH, BStBl. 1991, 284; BStBl. 1980, 526.

¹⁸ § 302 f. BGB.

¹⁹ §§ 17, 18 Abs. 1 S. 2 AktG.

Drittunternehmen für die finanzierenden Kreditinstitute. Damit die Gesellschaftsanteile nicht den Kreditgebern zugerechnet werden können, wird im Treuhandvertrag ausdrücklich festgelegt, dass ein Weisungsverhältnis zwischen Treuhänder und Kreditgebern nicht besteht. Von den Gesellschaftern erhält der Treuhänder den unwiderruflichen Auftrag, je nach Fortgang der Sanierung die Gesellschaftsanteile insgesamt oder teilweise bei Vorliegen einzelner genau zu bezeichnender Voraussetzungen an einen Investor zu verkaufen oder an die Gesellschafter zurück zu übertragen. Welches Vorgehen angebracht ist, wird sich oftmals bereits aus dem Sanierungsgutachten und der mit dem Schuldnerunternehmen und dessen Gesellschaftern getroffenen Sanierungsvereinbarung ergeben. Steht beispielsweise fest, dass die Existenz des Schuldnerunternehmens langfristig nur durch die Beteiligung eines strategischen Investors gesichert werden kann und zur Rückführung der ausgereichten Kredite die Zuführung von Eigenkapital notwendig ist, wird der Sanierungstreuhänder mit der Suche nach einem Investor und dem Verkauf der Anteile beauftragt. Hat die Sanierung dagegen auch ohne eine Veränderung der bisherigen Gesellschafterstruktur Erfolg und ist sichergestellt, dass das Unternehmen die Kredite aus eigener Kraft bedienen kann, haben sich zudem die Gesellschafter im maßgeblichen Umfang (z.B. durch Stellung von Sicherheiten aus dem Privatbereich) in die Sanierung mit eingebracht, wird sie die Bank als fairen Partner betrachten. Für diesen Fall kann in der Treuhandvereinbarung festgelegt werden, dass eine Rückübertragung der Anteile an die Gesellschafter erfolgen soll.

Veräußert der Treuhänder die Anteile, wird der erzielte Verkaufserlös an die finanzierenden Kreditinstitute ausgekehrt. Ein etwaiger Übererlös wird an die Gesellschafter ausbezahlt.

Für die Kreditinstitute bietet die Sanierungstreuhand vielfache Vorteile: Zunächst werden die in diesem Beitrag aufgezeigten Haftungsrisiken weitgehend eliminiert. Der Treuhänder kann sich in die Sanierung einbringen und auf die Umsetzung der im Sanierungsgutachten in Aussicht genommenen Maßnahmen hinwirken. Darüber hinaus bietet der Treuhänder Gewähr dafür, dass die Suche nach einem potentiellen Investor professionell betrieben wird. Außerdem kann durch die Treuhandlösung die Übernahmefähigkeit der Gesellschaft erhöht werden, wodurch auch der Wert des Unternehmens steigen kann. Und schließlich dient die Treuhand, jedenfalls formal gesehen, auch der Besicherung des Sanierungskredites.

Außer auf Seiten des Schuldnerunternehmens kann der Treuhänder auch unmittelbar für die involvierten Kreditinstitute tätig werden. Dies ist zum Beispiel der Fall bei der *Sicherheiten-* und der *Verwertungstreuhand*. Auch durch diese Modelle lässt sich eine erhebliche Reduzierung der bei einer Sanierung stets latent vorhandenen Risiken, insbesondere mit Blick auf die Insolvenzfähigkeit der bestellten Sicherheiten erzielen. Die Sicherheitentreuhand wird insbesondere in Poolsituationen angezeigt sein. Die beteiligten Institute bringen ihre Sicherheiten in den Pool ein. Die Sicherheiten werden dann vom Treuhänder verwaltet. Der Treuhänder, der gleichzeitig Poolführer sein kann, erstellt den Poolvertrag und die Sicherungsvereinbarungen. Er kontrolliert die Umsetzung der im Sanierungsgutachten in Aussicht genommenen Maßnahmen und führt die Verhandlungen mit den an der Sanierung beteiligten Parteien. Nicht zu unterschätzen ist dabei, dass die an der Sanierung Beteiligten dem Treuhänder als neutralen Dritten regelmäßig Vertrauen entgegenbringen werden.

Scheitert die Sanierung und tritt der Verwertungsfall ein, sorgt der Treuhänder für eine bestmögliche Veräußerung des Treuhandgutes und kehrt den erzielten Erlös an die Kreditinstitute aus.

Treuhandlösungen können für die Sanierungsabteilungen der Banken eine nicht zu unterschätzende Arbeitsentlastung darstellen. Ist der Treuhänder rechtlich und wirtschaftlich versiert, kann ihm ein Großteil der Sanierungstätigkeiten der Kreditinstitute übertragen werden. Die Kosten für seine Einschaltung werden im Falle der Sanierungstreuhand von dem Schuldnerunternehmen und seinen Gesellschaftern getragen. Im Falle der Sicherheiten- und Verwertungstreuhand sind zwar die Kreditinstitute Vertragspartner des Treuhänders. Die entstehenden Kosten können dennoch über die AGB-Banken bzw. die AGB-Sparkassen oder aufgrund einer Individualvereinbarung auf den Kreditnehmer umgelegt werden.

Bei der Auswahl des Treuhänders ist darauf zu achten, dass dieser wirtschaftliche Expertise und juristischen Sachverstand besitzt. Außerdem sollte er mit der Handhabung von Sanierungs- und Sicherheitentreuhandmodellen vertraut sein. In der Regel kommt ein entsprechend spezialisierter Rechtsanwalt oder Wirtschaftsprüfer als Treuhänder in Frage.

Da die Treuhandlösungen sowohl zu einer deutlichen Reduzierung der Haftungsrisiken als auch zu einer Arbeitsentlastung der Sanierungsabteilungen beitragen, empfehlen sie sich als Sanierungsinstrumentarium für Banken in der Krise gewerblicher Kreditnehmer.

4.6 Aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen bei der Sanierung von Kreditnehmern

Bei der Sanierung von Kreditnehmern und der Abwicklung von gekündigten Kreditengagements sind die Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zu beachten²⁰. Die MaRisk dienen unter anderem der Begrenzung von Risiken im Kreditgeschäft. Sie gelten auch für die Mitwirkung der Kreditinstitute an einer Unternehmenssanierung. Dieser Bereich galt bereits in der Vergangenheit als haftungsrechtlich äußerst sensibel. Wenig Beachtung fand bislang allerdings die Frage, ob die MaRisk bei der Sanierung gewerblicher Kreditnehmer zu einer Erweiterung der bestehenden Rechts- und Haftungsrisiken für Kreditinstitute außerhalb des Bankaufsichtsrechtes führen können. Dies ist umso beachtlicher, als eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu dem Ergebnis führt, dass die MaRisk durchaus zu einer Haftungsausweitung beitragen können.

4.7 Bestehen neue Rechtsrisiken aufgrund der MaRisk bei der Sanierung gewerblicher Kreditnehmer?

Die Nichteinhaltung der in den MaRisk genannten Anforderungen kann aufsichtsrechtliche Maßnahmen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nach sich ziehen.

4.7.1 MaRisk und gewerbliche Problemkredite

Den Umgang mit Kreditengagements in der Krise des gewerblichen Kreditnehmers behandeln die MaRisk an unterschiedlichen Stellen. Grundsätzlich hat das Institut alle mit dem Kreditgeschäft verbundenen wesentlichen Risiken frühzeitig zu erkennen, zu erfassen und zu überwachen (AT 2.2 und AT 4). Risikorelevante Informationen sind dabei unverzüglich an die zuständigen Entscheidungsträger weiterzuleiten, so dass geeignete Gegensteuerungsmaßnahmen

²⁰ Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 18/2005 vom 04. Mai 2006.

men frühzeitig und damit möglichst Erfolg versprechend eingeleitet werden können (AT 4). Engagements bei denen sich ein erhöhtes Risiko abzuzeichnen beginnt, sind einer gesonderten Beobachtung (sog. Intensivbetreuung) zu unterziehen (BTO 1.2.4). Wird ein gewerblicher Kreditnehmer zum Sanierungsfall, sind auf die Sanierung spezialisierte Mitarbeiter in die Bearbeitung des Engagements mit einzubeziehen (BTO 1.2.5). Ein derartiges Engagement wird als Problemkredit bezeichnet, ohne das dieser Begriff in den MaRisk näher definiert wird. Anforderungen an einzelne Sanierungsmaßnahmen enthalten die MaRisk in BTO 1.2.5.

4.7.2 Rechtliche Einordnung der MaRisk

Die Beantwortung der Frage, inwieweit die MaRisk zu einer veränderten Rechtslage bei der Mitwirkung an einer Unternehmenssanierung führen können, setzt zunächst eine Klärung ihrer Rechtsnatur voraus.

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bezeichnet die MaRisk als „Rundschreiben“ an alle von ihr beaufsichtigten Kreditinstitute²¹. Als (Rechts-)Grundlage für die in den MaRisk konstituierten Anforderungen dient der Aufsichtsbehörde insbesondere § 25a Abs. 1 des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG). Danach muss ein Kreditinstitut neben einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation und einem angemessenen internen Kontrollverfahren auch über geeignete Regelungen zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle der mit den Geschäften verbundenen Risiken sowie über angemessene Regelungen verfügen, anhand derer sich die finanzielle Lage des Instituts jederzeit mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt.

Der Gesetzgeber hat die in § 25a Abs. 1 KWG enthaltenen Bestimmungen durch die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe als sog. offene Tatbestände formuliert. Der Konkretisierung dieser Tatbestände dienen die MaRisk, denen insoweit normkonkretisierende Funktion zukommt.

Die MaRisk stellen jedoch keine Rechtsnormen dar. Vielmehr handelt es sich bei ihnen um Verwaltungsvorschriften der BaFin, mittels derer diese Behörde ihren nachgeordneten Dienststellen und Mitarbeitern Vorgaben zur einheitlichen Anwendung und Auslegung des Kreditwesengesetzes und insbesondere zur Konkretisierung der in § 25a Abs. 1 KWG enthaltenen unbestimmten Gesetzesbegriffe macht. Die MaRisk dienen somit vorrangig der Vereinheitlichung der Verwaltungspraxis. Als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften sind sie innerhalb der Behörde BaFin verbindlich, ihnen kommt jedoch im Außenverhältnis für Gerichte regelmäßig keine Bindungswirkung wie Rechtsnormen zu²².

²¹ Vgl. MaRisk Vorbemerkung, AT. 1, sowie Anschreiben der BaFin.

²² BVerfGE 80, 257 [265] m.w.N.; grundlegend *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz.

4.7.3 Neue Haftungsrisiken bei der Sanierung gewerblicher Kreditnehmer aufgrund MaRisk?

4.7.3.1 Konkretisierung des Pflichtenkataloges von Organen und Bankmitarbeitern durch MaRisk

Ungeachtet des Umstandes, dass es sich bei den Rundschreiben der BaFin um bloße Verwaltungsvorschriften handelt, hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes²³ in einer Entscheidung der unter anderem die Beurteilung von Untreuehandlungen von Vorständen eines Kreditinstitutes wegen der Vergabe von Krediten im Zusammenhang mit einer Unternehmenssanierung zu Grunde lag, die Auffassung vertreten, die Rundschreiben der Aufsichtsbehörde seien bei der (straf-)rechtlichen Würdigung von Pflichtverletzungen durch Bankmitarbeiter durchaus zu berücksichtigen. Nach Ansicht des BGH kann bei der Frage, ob eine Verletzung einer im Kreditwesengesetz normierten Pflicht vorliegt, auf diese Rundschreiben zurückgegriffen werden. Ferner geht der BGH davon aus, dass die Rundschreiben die Grenzen des rechtlichen Dürfens von Geschäftsleitern und Mitarbeitern konkretisieren und damit den zu beachtenden Pflichtenkatalog und den strafrechtlich relevanten Missbrauchstatbestand der Untreue zugleich hinreichend bestimmt machen²⁴. Die in den Rundschreiben enthaltenen Verpflichtungen sollen dabei nicht nur „formal“, sondern auch „materiell“ einzuhalten sein, sofern sich die handelnden Bankmitarbeiter nicht der Gefahr einer zivilrechtlichen Haftung oder strafrechtlichen Verfolgung aussetzen wollen.

Die Entscheidung des BGH ist zu Recht kritisiert worden. Sie verkennt die Bedeutung des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots. Nach Art. 103 Abs. 2 GG muss ein Straftatbestand die Voraussetzungen einer Strafbarkeit so genau umschreiben, dass vorab berechenbar ist, ob ein geplantes Handeln strafbar ist. Der BGH hat seiner Beurteilung der Strafbarkeit der Vorstände den Inhalt des Rundschreibens 9/98 zugrunde gelegt, ohne dem Umstand Rechnung zu tragen, dass eine in Schreiben einer Bundesbehörde enthaltene Kommentierung eines aufsichtsrechtlichen Gesetzes niemals zur Bestimmtheit eines Straftatbestandes führen kann.

Ungeachtet der dogmatischen Mängel bleibt die Entscheidung des BGH gleichwohl für die Praxis ausschlaggebend. Das bedeutet für die Anwendung der MaRisk, dass die darin enthaltenen Bestimmungen zur Feststellung von Pflichtverletzungen von Geschäftsleitern und Bankmitarbeitern von den Gerichten sowohl in zivil- wie auch in strafrechtlicher Hinsicht herangezogen werden können. Die Einhaltung der in den MaRisk enthaltenen Bestimmungen ist damit nicht nur aufsichtsrechtlich, sondern auch haftungs- und strafrechtlich geboten.

4.7.3.2 MaRisk-Anforderungen an die Unternehmenssanierung und Empfehlungen zur Umsetzung der Anforderungen

Auch in dem hier interessierenden Fall der Mitwirkung eines Kreditinstitutes an einer Unternehmenssanierung sind die hierfür in den MaRisk vorgesehenen Bestimmungen zwingend einzuhalten.

Danach hat die Bearbeitung des Engagements durch Mitarbeiter zu erfolgen, die auf die Sanierung spezialisiert sind. Die Sanierung eines Unternehmens ist, zumal bei größeren Betrie-

²³ Urteil vom 15. November 2001, Az. 1 StR 185/01 = BGHSt 47, 184

²⁴ BGH, aaO.

ben, oftmals ein komplexer Vorgang. Das improvisierte und intuitive Vorgehen eines erfahrenen Praktikers ist dabei sicherlich ein unverzichtbares Krisenbewältigungsprinzip. Nur: Nicht jedes Institut wird über derartige Fachleute verfügen.

Haftungsprophylaxe: Die mit Sanierungsaufgaben betrauten Mitarbeiter sind daher im Rahmen von regelmäßigen Fortbildungen weiter zu qualifizieren. Im Übrigen sehen die MaRisk die Inanspruchnahme externer Spezialisten mit entsprechenden Fachkenntnissen vor, die im Bedarfsfall hinzuzuziehen sind (BTO 1.2.5 Tz. 4).

Vor einer Entscheidung über die Durchführung oder Begleitung der Sanierung ist vom Kreditinstitut die Sanierungswürdigkeit und -fähigkeit des Kreditnehmers zu überprüfen (BTO 1.2.5 Tz. 2 f.).

Haftungsprophylaxe: Im Rahmen der durchzuführenden Sanierungswürdigkeitsprüfung ist zunächst festzustellen, ob ein Unternehmenswert aufgebaut werden kann, der die Sanierung und, wo erforderlich, den Einsatz zusätzlicher Mittel rechtfertigt. Die daran anschließende Sanierungsfähigkeitsprüfung hat sich unter anderem auf die externen Rahmenbedingungen, die internen Potentiale sowie auf die vorhandenen Mittel des Unternehmens zu erstrecken. Ferner ist die Dauer der Sanierung festzulegen und eine Exit-Strategie für die Bank zu definieren. Als weiterer, haftungsrechtlich besonders wichtiger Aspekt ist festzustellen, ob beim Schuldnerunternehmen bereits Insolvenzgründe vorliegen.

Werden die Sanierungsmaßnahmen von der Bank begleitet, hat diese die Umsetzung der im Sanierungskonzept beschriebenen Maßnahmen sowie deren Auswirkungen auf das Schuldnerunternehmen laufend zu kontrollieren (BTO 1.2.5 Tz. 3).

Haftungsprophylaxe: Die damit einhergehende, von der Bank zu veranlassende Umsetzungs- und Erfolgskontrolle setzt voraus, dass das Sanierungskonzept überhaupt einen Maßnahmenkatalog enthält, dessen Umsetzung kontrolliert werden kann. Die Verfasser des Sanierungskonzeptes, bei denen es sich häufig um externe Berater handeln wird, sind daher anzuhaltend, ein den Anforderungen der MaRisk gerecht werdendes Sanierungsgutachten zu erstellen. Mit Blick auf die geforderte Umsetzungskontrolle empfiehlt sich die Aufnahme einer Checkliste, deren Abarbeitung vom Kreditinstitut einfach kontrolliert und vor allem auch dokumentiert werden kann.

Bei bedeutenden Engagements sind die zuständigen Geschäftsleiter regelmäßig über den Stand der Sanierung zu informieren (BTO 1.2.5 Tz. 4).

Haftungsprophylaxe: Grundsätzlich kann das Sanierungs-Reporting auch im Rahmen des quartalsweise zu erstellenden Kredit-Risikoberichtes erfolgen. Davon unabhängig besteht bei risikorelevanten Vorgängen jedoch eine unverzügliche Berichtspflicht.

Die mit der Sanierung verbundenen Rechtsrisiken sind den für die Überwachung der Geschäfte Verantwortlichen offen zu legen.

Haftungsprophylaxe: Die Offenlegung der Risiken setzt zunächst das Erkennen ihres Bestehens voraus. Bei komplexeren Engagements empfiehlt sich unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten die Einholung einer externen sachverständigen Stellungnahme.

Nicht standardisierte Verträge sind vor Abschluss durch eine unabhängige sachverständige Stelle zu überprüfen.

Haftungsprophylaxe: In Betracht kommt insoweit entweder eine Überprüfung durch eine separate Rechtsabteilung der Bank oder durch externe Rechtsanwälte. Die BaFin hat in der dritten Sitzung des MaK-Fachgremiums²⁵ insoweit die Auffassung vertreten, dass bei Sanierungsmaßnahmen nicht in jedem Fall die Hinzuziehung unabhängiger Stellen notwendig sein soll, soweit sichergestellt ist, dass die mit der Sanierung befassten Personen über die erforderlichen Kenntnisse verfügen. Da es um die Beurteilung teils diffiziler Rechtsfragen geht, ist davon auszugehen, dass in aller Regel nur Juristen die geforderte Sachkenntnis besitzen werden.

4.7.3.3 Zusammenfassung

Die MaRisk stellen norminterpretierende Verwaltungsvorschriften dar. Sie konkretisieren die in § 25a Abs. 1 KWG enthaltenen unbestimmten Gesetzesbegriffe. Die in den MaRisk enthaltenen Verpflichtungen haben nicht nur „formalen“ Charakter, sondern sind auch „materiell“ bindend. Bei der Frage, ob eine Verletzung der in § 25a Abs. 1 KWG normierten Pflichten vorliegt, können Gerichte auf die MaRisk zurückgreifen.

Die MaRisk dehnen bei Unternehmenssanierungen zwar nicht unmittelbar die bestehenden Rechts- und Haftungsrisiken für Geschäftsleiter und Institutsmitarbeiter aus. Durch die Konkretisierung und die teilweise Erweiterung des von ihnen zu beachtenden Pflichtenkataloges können aus den MaRisk mittelbar jedoch sehr wohl zusätzliche Rechts- und Haftungsrisiken folgen.

4.8 Rechtsfragen beim Verkauf und beim Outsourcing notleidener Kredite

Wie bereits eingangs erwähnt, kann sich das Kreditinstitut in der Krise des Kreditnehmers auch dazu entschließen, einen externen *Servicer* mit der Problemkreditbearbeitung zu beauftragen oder den Kredit, nebst der für ihn bestellten Sicherheiten, an einen Non Performing Loan-Investor zu verkaufen. In beiden Fällen ist die Frage nach dem Umgang mit dem Bankgeheimnis von Bedeutung.

Das Oberlandesgericht Frankfurt/M. hat in einem Urteil vom 25.05.2004²⁶ die ohne Zustimmung von privaten Kreditnehmern erfolgte Abtretung von Darlehensrückzahlungsansprüchen an einen Finanzinvestor wegen Verletzung des Bankgeheimnisses für unwirksam erklärt. Das Urteil hat heftige Kritik hervorgerufen²⁷. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob das Bankgeheimnis der Abtretung von Kreditforderungen oder dem Outsourcing von Workout-Tätigkeiten entgegensteht.

²⁵ Vgl. Zusammenfassung des Diskussionsergebnisses der MaK-Fachgremiumssitzung vom 12. November 2003, Seite 6.

²⁶ ZIP 2004, 1449 = WM 2004, 1386 = BKR 2004, 330

²⁷ *Kessler*, Handelsblatt vom 30.04.2004, S. 16; *ders.*, Börsen-Zeitung vom 01.07.2004, S. 3; *Vaupel/Hofmann*, Börsen-Zeitung vom 03.07.2004, S. 4; *Langenbacher*, BKR 2004, 333; *Freitag*, EWiR 2004, 741; *Jobe*, ZIP 2004, 2415; *Bruchner*, BKR 2004, 394; *Cahn*, WM 2004, 2041.

4.8.1 Inhalt des Bankgeheimnisses

Das Bankgeheimnis ist in Nr. 2 Abs. 1 S. 1 AGB-Banken definiert²⁸. Danach haben Banken über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen, von denen sie Kenntnis erlangen, Stillschweigen zu bewahren. Nach allgemeiner Meinung kommt dieser, im Jahre 1993 in die AGB-Banken eingefügten Bestimmung nur deklaratorischer Charakter zu²⁹. Sie sollte den bis dahin bestehenden Rechtszustand nicht verändern, sondern ihn nur gegenüber den Bankkunden verdeutlichen³⁰. Vertraulich sind grundsätzlich alle Sachverhalte zu behandeln, deren Geheimhaltung der Kunde wünscht und die demnach von seinem Geheimhaltungswillen umfasst werden³¹.

4.8.2 Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses

Im Gegensatz zu ausländischen Rechtsordnungen ist das Bankgeheimnis in Deutschland gesetzlich nicht geregelt. Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung setzen das Bankgeheimnis als bestehend voraus³². Zu seiner Begründung finden sich verschiedene, privat- und verfassungsrechtliche Ansätze.

4.8.2.1 Zivilrechtliche Verankerung des Bankgeheimnisses

Die auf einem konkreten Bankvertrag³³ beruhende Rechtsbeziehung zwischen Kreditinstitut und Kunde ist von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägt³⁴. Diese Rechtsbeziehung verpflichtet beide Teile zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen (§ 241 Abs. 2 BGB). Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung wird durch die Aufnahme der Geschäftsverbindung eine umfassende Treuepflicht als Nebenpflicht begründet³⁵. Diese auf § 242 BGB beruhende Treuepflicht beinhaltet die Verpflichtung des Kreditinstitutes, Stillschweigen über die Vermögensverhältnisse und Belange seiner Kunden zu wahren. Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit als „selbstverständliche Nebenpflicht“ wurde vom BGH bereits in einer im Jahre 1958 ergangenen Entscheidung anerkannt³⁶. Die Verschwiegenheitsverpflichtung gilt als Verhaltenspflicht bereits im Stadium der Vertragsanbahnung, bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen und ähnlichen geschäftlichen Kontakten (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Die Geheimhaltungspflicht gilt daher unabhängig vom Zustandekommen oder der Wirksamkeit der Vertragsbeziehung³⁷. Sie gilt auch, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsinhalt geworden sind.

²⁸ Eine entsprechende Bestimmung fehlt in den AGB-Sparkassen.

²⁹ Horn, Die AGB-Banken (1993), S. 88.

³⁰ Weber, in Heller/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Loseblattsammlung, RdNr. 1/34.

³¹ BGHZ 27, 241 [246].

³² BGHZ 27, 241 [246]; BGH, BB 1953, 993; Früh, WM 2000, 497 [500].

³³ Der BGH ist der Lehre vom eigenständigen allgemeinen Bankvertrag nicht gefolgt, vgl. BGH, WM 2002, 2281.

³⁴ Vgl. Nr. 1 Abs. 1 AGB-Sparkassen.

³⁵ BGHZ 27, 241 [245] = BGH, NJW 1958, 1232; BGH, WM 1967, 1142; WM 1968, 214; WM 1973, 892; BGH, BB 1993, 993; OLG Karlsruhe, WM 1971, 486; Baumbach/Hopt, 31. Aufl., (7) RdNr. A/9; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., RdNr. 2.135; Palandt/Heinrichs, 63. Aufl., § 242 RdNr. 23 a.E.

³⁶ BGHZ 27, 241 [246].

³⁷ Bruchner in Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, 2. Aufl., § 39 RdNr. 7; Kümpel, aaO., RdNr. 2.135; und 1.141 a.E.; Sichertmann/Feuerborn/Kirchherr/Terdeggen, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bun-

Das Bankgeheimnis stellt sich somit als eine durch die Aufnahme der Geschäftsverbindung zwischen Kunde und Bank begründete *schuldrechtliche* Verpflichtung der Kreditinstitute zur Verschwiegenheit dar.

4.8.2.2 Verfassungsrechtliche Verankerung des Bankgeheimnisses

Zur Begründung des Bankgeheimnisses werden auch verfassungsrechtliche Aspekte angeführt. Für den Bankkunden streitet das in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit³⁸. Darüber hinaus werden die im Rahmen der Bankverbindung übermittelten Angaben über persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse des Kunden auch durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt. Allerdings werden die dem Bankgeheimnis unterliegenden geheimhaltungspflichtigen Daten regelmäßig nicht zu dem unantastbaren verfassungsrechtlich absolut und vorbehaltlos geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, der sog. Intim- und Privatsphäre, zählen³⁹.

4.8.2.3 Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht?

Mitunter wird in der Literatur die Ansicht vertreten, das Bankgeheimnis stelle Gewohnheitsrecht dar⁴⁰. Da Art. 2 EGBGB jede Rechtsnorm und damit auch die gewohnheitsrechtlich gebildete Norm zum Gesetz im Sinne des BGB und EGBGB erklärt, käme dem Bankgeheimnis in diesem Fall Gesetzesrang zu⁴¹. Das OLG Frankfurt/M. hat sich mit der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des Bankgeheimnisses nicht auseinandergesetzt. Die Annahme, das Bankgeheimnis stelle alleine aufgrund lang anhaltender Übung Gewohnheitsrecht dar, erscheint auch zweifelhaft. Hinzukommen müsste vielmehr die Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise durch die Einhaltung der Übung bestehendes Recht zu befolgen (sog. *opinio necessitatis*)⁴². Dem Bankgeheimnis kommt zudem grundrechtseinschränkende Funktion zu Lasten der Kreditinstitute zu. Eine Beschränkung der Grundrechte durch Gewohnheitsrecht wird jedoch nicht anerkannt⁴³.

4.8.2.4 Bankgeheimnis bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten

Bei öffentlich-rechtlich organisierten Kreditinstituten wie Sparkassen, Landesbanken, Sparkassenzentral-, Staats- und Kommunalbanken ist bei der Wahrung des Bankgeheimnisses auch § 203 Abs. 2 Strafgesetzbuch (StGB) zu beachten. Denn die dem Bankgeheimnis unterfallenden persönlichen Daten der Kreditnehmer stellen für das öffentlich-rechtliche Institut regelmäßig ein zum persönlichen Lebensbereich des Kunden gehörendes fremdes Geheimnis dar, dessen Offenbarung somit dem Straftatbestand des § 203 Abs. 2 StGB unterfällt.

desrepublik Deutschland sowie in wichtigen ausländischen Staaten (1988), S. 114 f., 122 ff.; *Baumbach/Hopt*, aaO., RdNr. A/9.

³⁸ *OLG Frankfurt/M.*, ZIP 2004, 1449; *Bruchner*, aaO., § 39 RdNr. 5 f.; *Lerche*, ZHR 149 (1985), 174; *Sichtermann*, MDR 1965, 697.

³⁹ *Kümpel*, aaO., RdNr. 2.137.

⁴⁰ *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdeggen*, aaO., S. 62 ff.; des weiteren, allerdings jeweils ohne Begründung, *Koberstein-Windpassinger*, WM 1999, 473 [474] sowie *Toth-Feher/Schick*, ZIP 2004, 491 [493].

⁴¹ *Palandt/Heldrich*, 63. Aufl., EGBGB 2 RdNr. 1; *Säcker* in Münchener Kommentar, 3. Aufl., Einl. RdNr. 78;

⁴² BVerfGE 28, 28; RGZ 75, 41.

⁴³ *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, 4. Aufl., Vorb. Art. 1 RdNr. 35 a.E.

4.8.3 Durchbrechung des Bankgeheimnisses beim Verkauf und dem Outsourcing von Problemkrediten

Sofern bei einem Verkauf von Kreditforderungen oder bei der Auslagerung der Problemkreditbearbeitung nicht nur anonymisierte Kundendaten an den Erwerber/Serviceer übermittelt werden, kann das Bankgeheimnis tangiert sein.

Sollte das Bankgeheimnis einen Abtretungsausschluss nach § 399 BGB beinhalten, wäre eine Abtretung der Forderung ausgeschlossen. Die durch § 137 BGB zugunsten der Bank geschützte Freiheit über die Kreditforderung zu verfügen würde in diesem Fall eingeschränkt und der Forderung damit die Verkehrsfähigkeit genommen. Eine dennoch vorgenommene Abtretung wäre sowohl schuldrechtlich wie auch dinglich unwirksam⁴⁴. Die Forderung würde weiterhin zum Vermögen der zedierenden Bank gehören. Es stellt sich somit die Frage, ob das Bankgeheimnis zu einem Abtretungsausschluss im Sinne des § 399 BGB führt.

4.8.3.1 Grundsatz: Geldforderungen sind verkehrsfähig und abtretbar

Geldforderungen einer Bank gegenüber ihren Kunden sind grundsätzlich abtretbar und damit verkehrsfähig. Die Abtretung bedarf keiner Zustimmung des Kunden (vgl. §§ 398, 407 BGB). Eine gesetzliche Norm, welche die Abtretung ausschließt, existiert nicht. Die Abtretbarkeit ist auch nicht aufgrund eines durch die Zession veränderten Leistungsinhalts ausgeschlossen, da ein Gläubigerwechsel den Inhalt der Leistung „Geldforderung“ nicht verändert (§ 399 1. Fall BGB).

4.8.3.2 Abtretungsausschluss nur bei ausdrücklicher Vereinbarung

Durch Vereinbarung mit dem Schuldner kann die Abtretbarkeit einer Geldforderung ausgeschlossen werden (§ 399 2. Fall BGB). Das gilt nicht, sofern das Rechtsgeschäft durch das die Forderung begründet wurde, für beide Teile ein Handelsgeschäft ist (§§ 354a, 343 HGB). Die Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses kann auch stillschweigend erfolgen. Die Rechtsprechung hatte sich allerdings bislang davor gehütet, auf diese Weise den Grundsatz der Verkehrsfähigkeit von Forderungen im Wege einer „schuldnerfreundlichen“ ergänzenden Auslegung zu unterlaufen. Ein generell stillschweigender Abtretungsausschluss ist bei Lohnforderungen daher nicht anerkannt worden⁴⁵.

Demgegenüber hat das OLG Frankfurt/M. die Abtretung von Darlehensrückzahlungsansprüchen durch den Insolvenzverwalter einer Bank wegen Verstoßes gegen das Bankgeheimnis für unwirksam erklärt⁴⁶. Nach Ansicht des Senates enthält das Bankgeheimnis ein stillschweigend vereinbartes Abtretungsverbot i.S. des § 399 BGB. Deswegen soll bereits durch die sich aus § 402 BGB ergebende Auskunftspflicht der zedierenden Bank, deren Verschwiegenheitspflicht verletzt sein. Zudem sollen für die Forderungsabtretungen von Banken dieselben Rechtsgrundsätze wie bei der Abtretung der Honorarforderungen von Rechtsanwälten,

⁴⁴ BGHZ 70, 301; 102, 301.

⁴⁵ BGHZ 23, 53; Roth, in Münchener Kommentar, 3. Aufl., § 399 RdNr. 3 und 26.

⁴⁶ OLG Frankfurt/M., ZIP 2004, 1449 = WM 2004, 1386 = BKR 2004, 330.

Steuerberatern und Ärzten gelten, bei denen die Abtretung nach § 134 BGB unwirksam ist⁴⁷. Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung sind angebracht.

Bedenken begegnet zunächst die Feststellung des Senates, in der auf dem Bankgeheimnis beruhenden Verschwiegenheitspflicht der Kreditinstitute sei „in der Regel ein stillschweigender Ausschluss der Abtretung gem. § 399 BGB enthalten“.

Auch eine stillschweigend getroffene Vereinbarung setzt Anhaltspunkte für einen übereinstimmenden Willen der Parteien voraus. Eine solche Willensübereinstimmung hat der Senat nicht festgestellt. Gegen die Annahme eines stillschweigend vereinbarten Abtretungsausschlusses spricht bereits die in der Kreditwirtschaft herrschende Verkehrssitte, vertragliche Vereinbarungen stets schriftlich zu treffen. Zudem wird weder ein durchschnittlicher Bankkunde noch sein Pendant auf Seiten des Kreditinstitutes bei Abschluss eines Kreditvertrages mit dem Willen handeln, zugleich einen (dinglich wirkenden) Abtretungsausschluss für die Kreditforderung herbeizuführen.

Außerdem wird bei Begründung des Bankgeheimnisses, beispielsweise bei Abschluss eines Kontoeröffnungsvertrages, oftmals gar nicht feststehen, ob der Kunde zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt Kredit in Anspruch nehmen oder ob ihm Kredit gewährt wird. Auch in diesem Fall ist die Annahme, die Parteien hätten den Ausschluss der Abtretbarkeit eines irgendwann in der Zukunft möglicherweise in Anspruch zu nehmenden Kredites bereits im Zeitpunkt der Kontoeröffnung vereinbaren wollen, fern liegend.

Auch die Verbraucherkreditrichtlinie fordert kein generelles Abtretungsverbot. Art 9 und 19 der Richtlinie verlangen lediglich, dass eine Zession seitens der Bank nicht zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung des Verbrauchers führen darf⁴⁸.

Ferner handelt es sich bei der Pflicht, über Angaben des Kunden Stillschweigen zu bewahren (Bankgeheimnis) und der Verpflichtung, die an den Kunden ausgereichten Kredite und Darlehen nicht zu zedieren, um zwei verschiedene Sachverhalte. Einmal geht es um den vertraulichen Umgang mit kundenbezogenen Daten. Zum anderen steht die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Bank, sowie deren damit verbundene Möglichkeit Maßnahmen zur Risiko- und Eigenkapitalsteuerung durchzuführen, in Rede. Zudem ist von einem Abtretungsverbot i.S. des § 399 BGB die nur schuldrechtlich wirkende Verpflichtung, keine Abtretung vorzunehmen, zu unterscheiden⁴⁹. Des OLG Frankfurt/M. hat diese Differenzierungen nicht vorgenommen. Nach Ansicht des BGH stellt die in Nr. 21 Abs. 3 Satz 2 AGB-Banken a.F. enthaltene *ausdrückliche Verpflichtung* der Bank, Grund- und Rentenschulden nur zusammen mit der gesicherten Forderung zu verkaufen, gerade keinen Abtretungsausschluss i.S. von § 399 BGB dar⁵⁰. Der BGH hat in dieser Entscheidung anklingen lassen, dass er einer in den AGB-Banken enthaltenen Verpflichtung, eine Abtretung nicht vorzunehmen, nur schuldrechtlichen Charakter „nicht aber die dingliche Wirkung eines Abtretungsverbotes nach § 399 BGB“ beimisst⁵¹.

⁴⁷ OLG Frankfurt/M., ZIP 2004, 1449 [1451].

⁴⁸ Freitag, EWiR 2004, 741 [742].

⁴⁹ BGH, WM 1982, 839 = NJW 1982, 2768; Roth, aaO., § 399 RdNr. 26 a.E.

⁵⁰ BGH, WM 1982, 839 [840]; vgl. ferner BGH, WM 1972, 853 [854].

⁵¹ BGH, WM 1982, 839 [840].

Und schließlich spricht gegen einen stillschweigend vereinbarten Abtretungsausschluss auch ein Vergleich mit der Rechtslage, die im Falle einer Zwangsvollstreckung durch Gläubiger der Bank besteht. Ein Gläubiger der Bank kann die Darlehensforderung unabhängig von dem Bankgeheimnis und dem daraus vom OLG Frankfurt/M. gefolgerten Abtretungsverbot pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Die Darlehensnehmer müssen in diesem Fall gegenüber dem Pfandgläubiger Auskünfte ungeachtet vom Bestehen des Bankgeheimnisses erteilen. Das ergibt sich daraus, dass eine aufgrund von § 399 BGB nicht übertragbare Kreditforderung gepfändet und dem Pfandgläubiger zur Einziehung überwiesen werden kann (§ 851 Abs. 2 ZPO). Das Bankgeheimnis steht der Pfändung und Überweisung der Kreditforderung nicht entgegen. Sowohl die kreditgewährende Bank (als Schuldnerin) als auch die kreditnehmenden Bankkunden (als Drittschuldner) sind in diesem Fall gegenüber dem Pfandgläubiger zur Erteilung von Auskünften, die zu dessen zweckentsprechender Rechtsverfolgung notwendig sind, verpflichtet. Die Bank und auch der Bankkunde können sich gegenüber dem Pfandgläubiger nicht erfolgreich auf das Bankgeheimnis berufen. Die Verschwiegenheitspflicht tritt hinter den Auskunftsanspruch des Gläubigers zurück⁵². Auch dieser Gesichtspunkt spricht gegen die Annahme eines stillschweigend vereinbarten Abtretungsausschlusses.

Auch soweit das OLG Frankfurt/M. zur Begründung eines stillschweigend vereinbarten Abtretungsausschlusses Bezug auf das verfassungsrechtlich geschützte Recht des Bankkunden auf informationelle Selbstbestimmung nimmt, kann dem nicht gefolgt werden. Zunächst unterliegen die Parteien des Kreditvertrages bei der Anwendung des Privatrechtes nach h.M. keiner unmittelbaren Bindung durch die Grundrechte⁵³. Eine derartige Bindung kann auch nicht mit der überlegenen Machtressource der Bank als Vertragspartner begründet werden⁵⁴. Außerdem zählen die bei einer Zession eines notleidenden Kredites an den neuen Gläubiger zu übermittelnden Daten regelmäßig nicht zur Intim- und Privatsphäre des Kreditnehmers und gehören damit nicht zum absolut und vorbehaltlos geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung⁵⁵.

Dem OLG Frankfurt/M. kann aus den dargelegten Gründen nicht in der Auffassung gefolgt werden, die Vereinbarung einer Verschwiegenheitsverpflichtung enthalte „in der Regel einen stillschweigenden Ausschluss der Abtretung gemäß § 399 BGB“. Richtig ist vielmehr, dass in der schuldrechtlich begründeten Pflicht zur Verschwiegenheit kein Abtretungsausschluss enthalten ist.

Nach Ansicht des OLG Frankfurt/M. folgt die Unwirksamkeit der Abtretung der Darlehensrückzahlungsansprüche ferner aus einer Analogie zu der Rechtslage, die bei der Abtretung von Honorarforderungen von Rechtsanwälten, Steuerberatern und ähnlichen in § 203 Abs. 1 StGB genannten Berufsgruppen besteht. Bei diesen Berufsgruppen wird die Abtretung von Forderungen gegen Mandanten und Patienten ohne deren Einwilligung von der h.M. für unzulässig gehalten. Nach Ansicht des Senates hat „diese Regelung aus den gleichen Gründen auch für Banken zu gelten“⁵⁶.

⁵² Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 61. Aufl., § 840 RdNr. 2 a.E.; Wirges, JB 1997, 298; Feurich/Braun, BRAO, 5. Aufl., § 43 a RdNr. 26; Henssler/Prütting, BRAO (1997), § 43a RdNr. 60.

⁵³ BVerfGE 73, 261 [269]; Canaris, AcP 1984, 203 ff.

⁵⁴ Jarass, aaO., Art. 1 RdNr. 24.

⁵⁵ Kümpel, aaO., RdNr. 2.137.

⁵⁶ OLG Frankfurt/M., ZIP 2004, 1449 [1450].

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass privatrechtlich organisierte Kreditinstitute gerade nicht zu den in § 203 Abs. 1 StGB genannten Katalogberufen zählen⁵⁷. Außerdem ergibt sich die Unwirksamkeit der Abtretung von Honorarforderungen der in dieser Vorschrift genannten Berufsgruppen nicht aus einem stillschweigend begründeten vertraglichen Abtretungsverbot, sondern folgt vielmehr aus § 134 BGB in Verbindung mit den einschlägigen berufsrechtlichen Bestimmungen (§ 49b Abs. 4 BRAO, § 64 Abs. 2 StBerG, § 55a Abs. 3 WPO) und § 203 StGB⁵⁸. Eine Analogie scheidet daher aus.

Zudem verbietet sich eine strafbegründende Analogie zu § 203 StGB außerdem aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG. Vorliegend steht zwar nicht eine Strafe, sondern ein gesetzliches Verbot i.S. des § 134 BGB in Rede. Jedoch ist auch hierfür ein Verbotsgesetz erforderlich⁵⁹. Um zu einer Unwirksamkeit der Abtretung zu gelangen, müsste dem nicht kodifizierten Bankgeheimnis daher die Qualität eines Verbotsgesetzes zukommen.

Unabhängig davon, ob es sich bei dem Bankgeheimnis um eine gewohnheitsrechtlich gebildete Norm i.S. des Art. 2 EGBGB handelt, käme Gewohnheitsrecht überhaupt nur dann Verbotsscharakter i.S. des § 134 BGB zu, wenn sich aus ihm unmissverständlich ergibt, dass ein Rechtsgeschäft (hier: die Abtretung der Kreditforderung) verworfen werden soll⁶⁰. Dem Bankgeheimnis kann ein Abtretungsverbot jedoch gerade nicht entnommen werden. Ein solches Verbot lässt sich auch nicht aus dem Sachzusammenhang mit der Verschwiegenheitspflicht des Kreditinstitutes herleiten. Selbst im Falle der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des Bankgeheimnisses, ließe sich aus diesem deswegen kein Verbotsgesetz i.S. des § 134 BGB ableiten.

Auch die Grundrechte vermögen ein derartiges Verbot nicht zu konstituieren. Das dem Bankkunden zustehende, aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung, verfängt als Verbotsnorm nicht. Die Grundrechte wirken nur mittelbar auf das Privatrecht ein. Eine unmittelbare Drittwirkung kommt ihnen nicht zu⁶¹. Außerdem stellt § 134 BGB keine Einbruchsstelle für Grundrechte dar, da in der Vorschrift das Bestehen einer Verbotsnorm gerade vorausgesetzt wird⁶².

Entgegen der vom OLG Frankfurt/M. vertretenen Auffassung stellt das Bankgeheimnis kein Abtretungsverbot von Kreditforderungen i.S. von § 134 BGB dar. Auch eine analoge Anwendung der für die in § 203 StGB genannten Berufsgruppen herausgebildeten Rechtsgrundsätze scheidet aus.

Die neuere Rechtsprechung hat dies anerkannt und entgegen dem OLG Frankfurt/M. die Abtretung von leistungsgestörten Kreditforderungen für zulässig erklärt (vgl. Urteil des Landgerichtes Frankfurt/Main vom 17.12.2004 - 2/21 O 96/02 - sowie Urteil des Landgerichtes Koblenz vom 25.11.2004 - 3 O 496/03 -). Der Gesetzgeber hat zudem in dem Entwurf eines „Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, des Kreditwesengesetzes und anderer Gesetze“ in

⁵⁷ Zur Rechtslage bei öffentlich-rechtlich organisierten Kreditinstituten vgl. nachfolgend unter 8.4.

⁵⁸ *BGH*, NJW 1996, 775 (Arzt); NJW 1993, 1638 [1640] (Rechtsanwalt).

⁵⁹ *Langenbucher*, BKR 2004, 333.

⁶⁰ *Mayer-Maly/Armbüster* in Münchener Kommentar, 4. Aufl., § 134 RdNr. 29.

⁶¹ *Canaris*, AcP 1984, 203 ff.; insoweit problematisch für Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechtes ist die Entscheidung des *BGH*, NJW 2003, 1658, wonach die Grundrechte (Art. 1-19 GG) auf Sparkassen unmittelbare Anwendung finden.

⁶² *Langenbucher*, BKR 2004, 333 [334]; *Palandt/Heinrichs*, 63. Aufl., § 134 RdNr. 4.

Artikel 8 (Änderung des Kreditwesengesetzes zur Verbesserung der Refinanzierungsmöglichkeiten in Deutschland) unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Frankfurt/M. klar gestellt, dass nur einem zwischen Kreditinstitut und Kunden schriftlich getroffenen Abschluss der Abtretbarkeit von Kreditforderungen ein Abtretungsverbot zukommen soll.

4.8.3.3 Zusammenfassung

Somit ist festzuhalten, dass aus dem Bankgeheimnis kein Abtretungsverbot folgt. Die zivilrechtliche Wirksamkeit der Abtretung von Kreditforderungen wird von dem Bankgeheimnis nicht berührt. Eine Verletzung des Bankgeheimnisses als vertragliche Nebenpflicht kann Schadensersatzansprüche nach sich ziehen⁶³ und ein außerordentliches Kündigungsrecht des Kreditnehmers begründen.

4.8.4 Verletzung des Bankgeheimnisses durch Outsourcing der Problemkreditbearbeitung oder Verkauf und Abtretung notleidender Kredite?

Mit der Abtretung der Kreditforderung geht in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung zugleich eine Auskunftspflicht des Zedenten gegenüber dem Zessionar einher. Der Altgläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Auskünfte zu erteilen und die sich in seinem Besitz befindlichen, dem Beweis der Forderung dienenden Unterlagen, auszuhändigen (§ 402 BGB). Bei der Zession von Kreditforderungen durch Kreditinstitute steht diese Informationspflicht des abtretenden Institutes gegenüber dem Neugläubiger in einem Spannungsfeld zu dem Bankgeheimnis⁶⁴. Es stellt sich die Frage, wie die dem Kreditinstitut obliegenden gegenläufigen Verpflichtungen rechtskonform erfüllt werden können. Auch bei der Beauftragung eines externen Dritten mit der Bearbeitung der Problemkredite (*Credit Servicing*) müssen dem Externen regelmäßig unter das Bankgeheimnis fallende kundenbezogene Daten zugänglich gemacht werden. Auch insoweit stellt sich die Frage, ob die Durchbrechung des Bankgeheimnisses ohne Zustimmung des Kreditnehmers erfolgen darf.

4.8.4.1 Grenzen des Bankgeheimnisses

Die Verpflichtung der Bank zur Geheimhaltung kundenbezogener Sachverhalte ist nicht grenzenlos. Sie endet zunächst dann, wenn der Wille des Kunden eine Geheimhaltung nicht oder nicht mehr gebietet. Die Pflicht zur Geheimhaltung wird außerdem begrenzt, soweit gesetzliche Bestimmungen die Weitergabe der Informationen über den Kunden gebieten⁶⁵.

Da der Kunde Geheimnisherr ist, kann er das Kreditinstitut von der Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses entbinden. Die Erklärung des Kunden, mit dem das Kreditinstitut von der Verschwiegenheitspflicht befreit wird, bedarf nicht der Schriftform. Der Kunde kann seinen Willen auch durch konkludentes Verhalten zum Ausdruck bringen⁶⁶.

Die herrschende Meinung hält die Weitergabe von dem Bankgeheimnis unterfallender kundenbezogener Daten auch ohne Einwilligung des Kreditnehmers für zulässig, soweit die Wei-

⁶³ BGH, NJW 1982, 2768.

⁶⁴ Koberstein-Windpassinger, WM 1999, 473 [474].

⁶⁵ Nr. 2 Abs. 1 S. 2 AGB-Banken.

⁶⁶ Bruchner, aaO., § 39 RdNr. 15.

tergabe der Daten durch ein begründetes überwiegendes Interesse des Kreditinstitutes gerechtfertigt ist und der vertrauliche Umgang mit den Kundendaten vom Datenempfänger gewährleistet wird⁶⁷. Beispiele für eine solche gerechtfertigte Durchbrechung des Bankgeheimnisses bilden Maßnahmen des Kreditinstitutes zur Risiko- und Eigenkapitalsteuerung⁶⁸, zur Auslagerung von Geschäftsbereichen⁶⁹ sowie zur Loslösung von Problemkreditengagements⁷⁰. Die Zulässigkeit der Einschränkung des Bankgeheimnisses in diesen Fällen wird unterschiedlich begründet. Sie wird auf eine stillschweigende oder mutmaßliche Einwilligung des Kunden zurückgeführt⁷¹. Außerdem wird vorgetragen, der Kunde greife im Falle einer Verweigerung der Datenübermittlung bei Vorliegen eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses der Bank in deren Vermögensposition ein, wodurch eine (im Ergebnis zu Gunsten der Bank ausfallende) Interessenabwägung geboten und gerechtfertigt sein soll⁷².

Auch die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Einschränkung des Bankgeheimnisses bei der Verfolgung überwiegender Eigeninteressen der Bank zulässig sein kann. Der BGH hat das berechnete Interesse der Kreditwirtschaft an der Aufrechterhaltung und Funktionsfähigkeit eines übergeordneten Kreditsicherungssystems als schutzwürdiges Ziel anerkannt und die (zulässige) Durchbrechung des Bankgeheimnisses in Form der Übermittlung von Negativmerkmalen über Kunden an die SCHUFA mit dem Rechtsgrundsatz der Wahrung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) begründet⁷³.

Der herrschenden Meinung ist darin beizupflichten, dass in den genannten Fällen die Weitergabe von Kundendaten die dem Bankgeheimnis unterfallen dann zulässig ist, wenn sie zur Erledigung der ordnungsmäßigen Bankgeschäfte erforderlich und der Datenempfänger zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Die Durchbrechung des Bankgeheimnisses ist in diesen Fällen jedoch nicht aufgrund einer gemutmaßten Einwilligung des Kunden zulässig. Da das Bankgeheimnis umfassend ist und der Kunde als Geheimnisherr grundsätzlich selbst bestimmen kann welche Sachverhalte offenbart werden dürfen, scheidet eine mutmaßliche Einwilligung aus⁷⁴. Sie dürfte ohnehin nur erfolgen, wenn der tatsächliche Wille des Kunden, beispielsweise aufgrund seiner Unerreichbarkeit, nicht festgestellt werden könnte. Das wird nur selten der Fall sein.

Auch der zur Begründung einer zulässigen Durchbrechung des Bankgeheimnisses herangezogene Rechtsgedanke der Wahrnehmung berechtigter Interessen ist nicht unproblematisch. Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Grundsatz der Güter- und Interessenabwägung auf dem Gebiet der Ehrverletzungen, der im Zivilrecht nicht als allgemeiner Rechtfertigungsgrund anerkannt ist⁷⁵.

⁶⁷ *Bruchner*, aaO., § 39 RdNr. 14a und 31 m.w.N.

⁶⁸ *Bruchner*, aaO., § 39 RdNr. 31 m.w.N.

⁶⁹ *Bruchner*, aaO., § 39 RdNr. 14a m.w.N.

⁷⁰ *Grundmann* in Ebenroth/Boujong/Joost, BankR, RdNr. I 200 f.; *Bruchner*, aaO., § 39 RdNr. 41 f. m.w.N.

⁷¹ *Bruchner*, aaO., § 39 RdNr. 14a und 31; *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdegen*, aaO., S. 183 ff.; *Früh*, WM 2000, 497 [503] m.w.N.

⁷² *Grundmann*, aaO., RdNr. I 198.

⁷³ BGH, WM 1978, 999.

⁷⁴ *Bunte* in Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, 2. Aufl., § 7 RdNr. 8 und 12.

⁷⁵ *Lenckner* in Schönke/Schröder, StGB, § 193 RdNr. 1 und 8; *Bruchner*, aaO., § 39 RdNr. 41 m.w.N.

4.8.4.2 Erforderlichkeit eines sachlich berechtigten Interesses an der Geheimhaltung

Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungspflicht und Offenbarungsrecht der Bank wie folgt zu lösen: Grundsätzlich unterfallen dem Bankgeheimnis alle Sachverhalte, deren Geheimhaltung der Kunde wünscht und die demnach von seinem Geheimhaltungswillen umfasst werden. Der Kunde muss jedoch ein von seinem Standpunkt aus *sachlich berechtigtes Interesse* an der Geheimhaltung haben⁷⁶. Das folgt aus der Rechtsnatur des Bankgeheimnisses, das sich als eine auf § 242 BGB gründende Nebenpflicht darstellt, die eine umfassende Treuepflicht beinhaltet. Entsprechend der allgemeinen Funktion des § 242 BGB, als Bezugspunkt für eine inhaltlich in keiner Weise eingeschränkte Rechtsentwicklung zu dienen, können aus der Bestimmung auch *Restriktionen* erwachsen. „An sich“ bestehende Rechte können inhaltlich beschränkt oder ausgeschlossen, eine vertragliche Regelung eingeschränkt oder modifiziert werden⁷⁷. Bezüglich des Bankgeheimnisses als Nebenrecht führt die rechtseinschränkende Funktion des § 242 BGB zu dem Ergebnis, dass sich der Kunde nicht willkürlich bei jeder das Bankgeheimnis tangierenden Maßnahme des Kreditinstitutes auf dessen Verletzung berufen kann. Vielmehr muss der Kunde ein „*sachlich berechtigtes Interesse*“ an der Geheimhaltung haben.

An der Zulässigkeit des Kriteriums der sachlichen Berechtigung ändert auch der Umstand, dass das Bankgeheimnis durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, nichts. Zwar sind die zivilrechtlichen Generalklauseln und somit auch § 242 BGB im Lichte der Verfassung auszulegen. Der grundrechtlich verbürgte Schutz des Bankgeheimnisses steht jedoch nicht der Konstituierung des Kriteriums der „sachlichen Berechtigung“ entgegen. Denn die in Rede stehenden Maßnahmen der Bank, wie beispielsweise die Veräußerung notleidender Kredite, werden zu Gunsten des Kreditinstitutes durch das grundrechtlich verbürgte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) bzw. durch die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) geschützt. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Bankkunden wird durch die kollidierenden Normen der Art. 12 Abs.1 und Art. 14 Abs. 1 insoweit beschränkt⁷⁸.

4.8.5 Folgerungen für das Bankgeheimnis beim Servicing und beim Verkauf notleidender Kredite

4.8.5.1 Bankgeheimnis und Kredit-Servicing

Grundsätzlich fehlt dem Kreditnehmer die sachlich berechtigte Befugnis sich auf eine Verletzung des Bankgeheimnisses zu berufen, sofern gesetzliche Bestimmungen die jeweiligen das Bankgeheimnis tangierenden Maßnahmen für zulässig erklären, wie das beispielsweise bei der Auslagerung auch wesentlicher Geschäftsbereiche einer Bank in § 25a Abs. 2 KWG der Fall ist. Da der Gesetzgeber mit der Einführung dieser Bestimmung das Outsourcing von Bereichen, die für die Durchführung der Bankgeschäfte wesentlich sind, für zulässig erklärt hat, verbietet es die gegenüber der Bank bestehende, aus § 242 BGB folgende Treuepflicht des Kreditnehmers, sich in diesen Fällen erfolgreich auf eine Verletzung des Bankgeheimnisses zu berufen.

⁷⁶ Vgl. *Jobe*, ZIP 2004, 2415 [2419] und für das Strafrecht OLG Düsseldorf, JMBINW 90, 153 zu § 203 StGB.

⁷⁷ *Roth* in Münchener Kommentar, 3. Aufl., § 242 RdNr. 43 und 45 m.w.N.

⁷⁸ *Jobe*, ZIP 2004, 2415 [2419]; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 2 RdNr. 38 m.w.N.

Da es sich bei der Erbringung von Service-Leistungen zur Problemerkreditbearbeitung durch einen externen Dienstleister um einen Fall der zulässigen Auslagerung handelt und die aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft der Kreditinstitute (MaRisk) zudem die Hinzuziehung externer Spezialisten bei der Bearbeitung von notleidenden Krediten ausdrücklich vorsehen, steht der Übernahme des *Servicings* von Problemerkrediten durch Externe das Bankgeheimnis nicht entgegen, gleichviel ob es sich um die Bearbeitung ungekündigter oder gekündigter Kredite handelt. Der Kreditnehmer kann sich in diesen Fällen nicht erfolgreich auf eine Verletzung des Bankgeheimnisses berufen, sofern die auslagernde Bank die Anforderungen des § 25a Abs. 2 KWG⁷⁹ erfüllt und der *Servicer* seinerseits zur Verschwiegenheit verpflichtet wird. Dem Kreditnehmer fehlt es in diesem Fall an einem sachlich berechtigten Interesse an der Geltendmachung einer Verletzung des Bankgeheimnisses.

4.8.5.2 Bankgeheimnis und Verkauf notleidender Kredite

Ein sachlich berechtigtes Interesse an der Geltendmachung einer Verletzung des Bankgeheimnisses fehlt dem Kreditnehmer auch beim Verkauf und der Abtretung von notleidenden Kreditengagements. Im Falle des Verkaufs notleidender Kredite können sich die Kreditnehmer gegenüber der Bank deswegen nicht erfolgreich auf eine Verletzung des Bankgeheimnisses berufen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Bank ohne einen Verkauf der notleidenden Kredite nach deren Kündigung nicht durch das Bankgeheimnis daran gehindert wird, in ein gegen den Kreditnehmer geführtes Gerichts- oder Zwangsvollstreckungsverfahren die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Daten und Informationen aus dem Kreditverhältnis einzuführen⁸⁰. Ebenso ist bei notleidenden Krediten deren Verwertung durch die Bank im Wege des Forderungsverkaufs ohne Einwilligung des Kunden zulässig, gleichviel ob es sich um an Privatpersonen oder an Unternehmen ausgereichte Kredite handelt und unabhängig davon, ob sie bereits ausgeklagt, d.h. gerichtlich tituliert sind oder nicht⁸¹. Für den Kunden macht es keinen Unterschied, ob die Bank selbst oder an deren Stelle beispielsweise ein Inkassounternehmen den Forderungseinzug, die Titulierung und die Zwangsvollstreckung betreibt. Die Kreditnehmer sind durch das Bankgeheimnis nicht vor einem Gläubigerwechsel geschützt. Ihrem Geheimhaltungsinteresse wird zum einen dadurch entsprochen, dass § 402 BGB, der ein Auskunftsrecht des neuen Gläubigers bezüglich der Forderung gegenüber der abtretenden Bank enthält, eingeschränkt wird. Andere als die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Daten und Informationen dürfen nicht an den neuen Gläubiger weitergeben werden. Zum anderen ist der neue Gläubiger seinerseits vertraglich zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Darüber hinaus hat die Bank den Forderungskäufer sorgfältig auszuwählen und darf dessen Seriosität nicht zweifelhaft sein. Insoweit ist sicherzustellen, dass der Kaufinteressent mit dem Forderungserwerb keine rechtlich zu missbilligenden Absichten verfolgt (z.B. der Käufer will sich durch den Erwerb der Forderung durch die Hintertür die Mehrheitsverhältnisse an einem von ihm beehrten Unternehmen sichern, dessen Gesellschafter zu einem unmittelbaren Verkauf ihrer Anteile an den Forderungskäufer nicht be-

⁷⁹ In Verbindung mit dem Outsourcing-Rundschreiben 10/2002 der Bankenaufsicht vom 10.05.2002.

⁸⁰ h.M., *Bruchner*, aaO., § 39 RdNr. 42; *Kümpel*, aaO., RdNr. 2.153 und 2.165; *Früh*, WM 2000, 497 [503]; *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdegen*, aaO., S. 183; *Grundmann*, aaO., RdNr. I 200 m.w.N.

⁸¹ *Bruchner*, aaO., § 39 RdNr. 29 und 42; *Grundmann*, aaO., RdNr. I 200 m.w.N.

reit waren)⁸². Bei Verbraucherkreditverträgen ist außerdem zu beachten, dass der Kreditnehmer durch die Abtretung nicht schlechter gestellt werden darf.

Werden die genannten Voraussetzungen gewahrt, scheidet eine erfolgreiche Berufung des Kreditnehmers auf eine Verletzung des Bankgeheimnisses aus, da es ihm an dem hierfür erforderlichen sachlich berechtigten Geheimhaltungsinteresse fehlt.

4.8.6 Das Bankgeheimnis bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten

Die vorstehenden, für Privatbanken gewonnenen Ergebnisse, sind bei öffentlich-rechtlich organisierten Kreditinstituten wie Sparkassen, Landesbanken, Sparkassenzentral-, Staats- und Kommunalbanken um den bei diesen Instituten strafrechtlich gewährleisteten Schutz von Geheimnissen des Bankkunden zu ergänzen.

4.8.6.1 Geheimnisschutz nach § 203 Abs. 2 StGB

Die dem Bankgeheimnis unterfallenden Daten der Kreditnehmer stellen für das öffentlich-rechtliche Institut regelmäßig ein zum persönlichen Lebensbereich des Kunden gehörendes fremdes Geheimnis dar, dessen Offenbarung somit bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten dem Straftatbestand des § 203 Abs. 2 StGB unterfällt.

Der Tatbestand des § 203 Abs. 2 StGB ist dann erfüllt, wenn das öffentlich-rechtliche Kreditinstitut persönliche oder geschäftliche Geheimnisse, die seinen Mitarbeitern in deren Eigenschaft als Amtsträger anvertraut wurden, vorsätzlich offenbaren würde. Der Begriff Amtsträger ist in § 11 Nr. 2c StGB gesetzlich definiert und beurteilt sich danach, ob die handelnde natürliche Person, der Täter, für eine Stelle tätig wird, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt⁸³. Die Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute wird aus der Staatsgewalt abgeleitet und dient öffentlichen Zwecken, sie zählt somit zur öffentlichen Verwaltung im Sinne von § 11 Nr. 2c StGB⁸⁴. Aus dieser Einordnung der Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute folgt, dass die Vorstandsmitglieder Amtsträger im Sinne der §§ 203 Abs. 2 Nr. 1, 11 Nr. 2c StGB sind, und zwar auch dann, wenn sie Aktivitäten im Geschäftsbankbereich wahrnehmen⁸⁵. Die unterhalb des Vorstands tätigen Mitarbeiter eines öffentlich-rechtlichen Kreditinstitutes sind als „für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtete“ Personen im Sinne von § 11 Nr. 4a StGB zu qualifizieren, sodass auch im Falle einer Nichtbefassung des Vorstands die Strafbarkeit dieser Personen nach Maßgabe des § 203 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 11 Nr. 4a StGB in Rede steht⁸⁶.

Die dem Bankgeheimnis unterfallenden Informationen stellen dann dem öffentlich-rechtlichen Kreditinstitut anvertraute oder sonst bekannt gewordene Geheimnisse i.S. von § 203 Abs. 2 StGB dar, wenn sie dem Institut im inneren Zusammenhang mit seiner öffentlichen

⁸² Vgl. dazu auch *LG Lüneburg*, ZVI 2003, 162, das den Verkauf und die Abtretung von Kreditforderungen an einen Geschäftskonkurrenten des Kreditnehmers für unwirksam hält.

⁸³ *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 11 RdNr. 22; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 11 RdNr. 21.

⁸⁴ *Tröndle/Fischer*, aaO., § 11 RdNr. 22; *Wagner*, JZ 1987, 597; *Dingeldey*, NStZ 1984, 504.

⁸⁵ *BGHSt* 31, 269 [271] = *NJW* 1983, 2509 [2512].

⁸⁶ *Schlierbach*, Das Sparkassenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2003, Nr. 5.2 (S. 74); *Rodtke*, in: Münchener Kommentar-StGB, 2003, § 11 RdNr. 45.

Aufgabe zugänglich geworden sind⁸⁷. Insbesondere die Darlehensvergabe an Privatpersonen - beispielsweise zum Zwecke des Erwerbes eines Eigenheims - oder die Vergabe von Krediten an mittelständische Unternehmen zählen in den Sparkassengesetzen (vgl. z. B. § 2 Hessisches SparkG) explizit zu den öffentlichen Aufgaben des Institutes. Damit besteht regelmäßig ein innerer Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Vorstands oder der Mitarbeiter des Instituts und dem Zugang zu den Daten der Kreditnehmer.

4.8.6.2 Befugnis zur Geheimnisoffenbarung beim Servicing und NPL-Verkauf

Damit der Straftatbestand des § 203 StGB erfüllt ist, muss das Offenbaren der dem Bankgeheimnis unterfallender Daten „*unbefugt*“ erfolgen. Das bedeutet, dass nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu prüfen ist, ob das - im Übrigen - tatbestandsmäßige Verhalten straflos bleibt⁸⁸.

Eine Befugnis zur Offenbarung kann sich insbesondere aus behördlichen Genehmigungen, Erlaubnissen und Bewilligungen ergeben. Allerdings reicht das in Nr. 3 AGB-Sparkassen enthaltene Recht zur Erteilung von Bankauskünften zur Rechtfertigung einer befugten Datenweitergabe alleine nicht aus, da nach dieser Bestimmung nur allgemein gehaltene Feststellungen und Bemerkungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden im Rahmen einer Bankauskunft weitergegeben werden dürfen.

Für die Beantwortung der Frage, ob das öffentlich-rechtliche Kreditinstitut auch ohne Einwilligung des Kreditnehmers zur Weitergabe der dem Bankgeheimnis unterfallenden Informationen befugt ist, kann letztendlich auf die insoweit zur Rechtfertigung der Durchbrechung des Bankgeheimnisses bei privaten Kreditinstituten gefundenen Ergebnisse zurückgegriffen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber das strafrechtlich geschützte Bankgeheimnis öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute selbst an einigen Stellen durchbrochen hat. Nachdem KWG ist unter anderem eine Weitergabe von Kundendaten an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die Bundesbank sowie innerhalb eines Bankenverbundes vorgesehen⁸⁹. Ferner ist zu berücksichtigen, dass sowohl die zu Hilfenahme spezialisierter externer Dienstleister zur Unterstützung des Kreditbearbeitungsprozesses von Non Performing Loans, als auch der Forderungsverkauf erhebliche ökonomische Vorteile für das jeweilige Institut mit sich bringen können. Soweit anerkannt ist, dass privatwirtschaftlich organisierte Banken sich diese Vorteile zunutze machen dürfen, folgt aus dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG), dass eine Ungleichbehandlung von privatwirtschaftlich und öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten nicht zulässig ist.

Das verfassungsrechtliche Willkürverbot gilt auch in der Wettbewerbssituation zwischen privatwirtschaftlichen Banken und öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten⁹⁰. Beim Kredit-Servicing und dem Verkauf notleidender Engagements ist das Willkürverbot auf der Ebene des Strafrechts von Bedeutung. Zwar ist der Gesetzgeber im Strafrecht grundsätzlich frei, Straftatbestände zu bilden. Aufgrund des Erfordernisses der präzisen Fassung der Straftatbestände (Art. 103 Abs. 2 GG) ist der Gesetzgeber jedoch zwingend dazu gehalten, zwischen strafrechtlich relevanten, den Tatbestand verwirklichenden und nicht strafbaren Verhalten zu

⁸⁷ Cierniak, in: Münchener Kommentar-StGB 2003, § 203 RdNr. 96, 39.

⁸⁸ Tröndle/Fischer, aaO., § 203 RdNr. 7 mit Verweis auf BayObLGSt 1982, 75.

⁸⁹ Vgl. §§ 10a Abs. 9, 13 Abs. 1, 13a Abs. 1, 13b Abs. 4, 14 Abs. 1 und 4, 24c, 25a Abs. 1 KWG

⁹⁰ BVerfGE 75, 192 [195].

unterscheiden. Bei Sonderdelikten wie § 203 StGB, bei denen sich die Verbotsnorm von vorneherein nur an einen bestimmten qualifizierten Personenkreis richtet, ist des weiteren zwischen den konkreten Normadressaten zu differenzieren. Die Unterschiede, die der Gesetzgeber dabei macht, dürfen nicht willkürlich sein⁹¹.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes besagt das Willkürverbot, dass weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt werden darf⁹². Differenzierungen bei dem Personenkreis der Normadressaten müssen sich am Gerechtigkeitsgedanken orientieren. Eine solche Orientierung ist zu bejahen, wenn sich der Differenzierungsgrund aus der Natur der Sache oder aus sonstigen plausiblen Gründen ergibt⁹³.

Die Einbeziehung eines externen Dienstleisters für das Servicing von notleidenden Krediten bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten einerseits und bei Privatbanken andererseits stellen Sachverhalte dar, die im Wesentlichen gleich sind. Jeweils geht es den betreffenden Instituten darum, unter Zuhilfenahme eines externen Spezialisten den Workflow-Prozess der Kreditbearbeitung im Bereich „Sanierung“ und „Abwicklung“ effizienter zu gestalten, damit den bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen zu entsprechen und im Ergebnis das Risiko eines Kreditverlustes für das Institut zu minimieren.

Dieselben Überlegungen gelten für den Verkauf von notleidenden Krediten. Auch hier ist die Situation öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute - zumal vor dem Hintergrund des Wegfalls der Gewährträgerhaftung - mit derjenigen von Privatbanken vergleichbar.

Da somit sowohl beim Servicing als auch beim NPL-Verkauf im Wesentlichen gleiche Sachverhalte vorliegen, wäre eine Differenzierung zwischen dem Bankgeheimnis bei Privatbanken und demjenigen bei öffentlich-rechtlichen Instituten im Rahmen des § 203 StGB und im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG nur gerechtfertigt, wenn es hierfür einen sachlichen Grund gibt.

Da die von Privatbanken und öffentlich-rechtlichen Instituten angebotenen Kredite sowie die abzuschließenden Kreditverträge weitgehend identisch sind, könnte ein sachlicher Grund zur Differenzierung allenfalls darin liegen, dass der Rechtsverkehr per se unterschiedlicher Erwartungen an den Geheimnisschutz hat, je nachdem, ob ein Kredit bei einem öffentlich-rechtlichen Institut oder bei einer Privatbank aufgenommen wurde.

Für eine derartige Differenzierung fehlt jedoch jeder Anhaltspunkt. Die Vorstellung der Kreditnehmer mache seine Entscheidung beispielsweise für eine Sparkasse oder für eine Privatbank davon abhängig, bei welchem Institut der größere Geheimnisschutz besteht, geht an der Lebenswirklichkeit vorbei. Dem Kunden kommt es entscheidend auf die Konditionen der Kreditvergabe an (Zinssatz, Dauer der Zinsfestschreibung, etc.). Die Behauptung, der Rechtsverkehr habe per se höhere Erwartungen an den Geheimnisschutz bei öffentlich-rechtlich organisierten Kreditinstituten als bei Privatbanken, erweist daher als abwegig.

⁹¹ BVerfGE 50, 142 [162 ff.]; Dreier/Heun, GG, Art. 3 RdNr. 90.

⁹² BVerfGE 86, 81 [87]; BverfGE 1, 14 [52].

⁹³ BVerfGE 68, 237 [250].

4.8.6.3 Zusammenfassung zum Bankgeheimnis bei öffentlich-rechtlichen Instituten

Es bleibt damit festzustellen, dass ein sachlicher Grund für eine unterschiedlich starke Regulierung des Geheimnisschutzes bei Privatbanken und öffentlich-rechtlichen Instituten fehlt.

Sowohl das Outsourcing von Workout-Tätigkeiten auf einen externen Servicer im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages als auch der Verkauf notleidender Kredite von öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten verstoßen nach der hier vertretenen Ansicht nicht gegen § 203 Abs. 2 StGB, da sie befugtermaßen erfolgen. Infolge dessen scheitert weder die Rechtswirksamkeit des Outsourcings noch die eines NPL-Verkaufs bei Sparkassen, Landesbanken und andere öffentlich-rechtliche Kreditinstitute an § 134 BGB i. V. m. § 203 Abs. 2 StGB.

Die Workout-Varianten des Outsourcings oder des NPL-Verkaufs können somit auch von öffentlich-rechtlich organisierten Kreditinstituten rechtswirksam in Anspruch genommen werden.

4.8.7 Ergebnis zum Verkauf und dem Outsourcing notleidender Kredite

Die Verpflichtung der Bank zur Verschwiegenheit (Bankgeheimnis) steht weder dem Outsourcing von Workout-Tätigkeiten, noch dem Verkauf von notleidenden Krediten entgegen. Das Bankgeheimnis beinhaltet keinen Abtretungsausschluss für Kreditforderungen. Eine Verletzung des Bankgeheimnisses kann Schadensersatzansprüche und ein außerordentliches Kündigungsrecht des Kreditnehmers begründen. Der Kreditnehmer kann sich auf eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nur berufen, wenn er ein von seinem Standpunkt aus sachlich berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung hat. Ein solches Interesse ist regelmäßig dann nicht gegeben, soweit im Rahmen der Durchführung ordnungsmäßiger Bankgeschäfte, insbesondere bei der Auslagerung von Workout-Tätigkeiten auf einen externen Servicer, bei Maßnahmen der Risiko- und Eigenkapitalsteuerung oder bei der Refinanzierung kundenbezogene Daten vom Kreditinstitut offenbart werden müssen. Ein sachlich berechtigtes Interesse an einer umfassenden Geheimhaltung fehlt auch, soweit das Kreditinstitut einen Kredit im Wege des Forderungsverkaufs veräußert. Bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten ändert die Bestimmung des § 203 Abs. 2 StGB an der Zulässigkeit der beschriebenen Maßnahmen nichts, da die Offenbarung der dem Bankgeheimnis unterfallenden Daten nicht unbefugt erfolgt.

5 Podiumsdiskussion I. Non Performing Loans – Wann lohnt sich das Investment¹ (Berichterstatter Robert Safran)

Angesichts der hohen Anzahl an NPL-Transaktionen in den letzten Jahren, stellt sich neben rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten insbesondere die Frage, wann sich eine Investition in Non Performing Loans lohnt.

Teilnehmer des Podiums waren:

- Prof. Dr. Christoph Schalast, Moderation
- Dr. Martin P. Arnold, Lone Star Germany GmbH
- Dr. Ulf Bachmann, J.P. Morgan Securities Ltd.
- Günter Gleumes, Citigroup Global Markets Deutschland AG & Co KGaA
- Oliver Kehren, Morgan Stanley & Co. Ltd.
- Jens Georg Nawrath, Commerzbank AG

Herr Nawrath wies zu Beginn der Diskussion darauf hin, dass es bis zum Jahre 2003 keinen eigentlichen Sekundärmarkt für Einzelkredite gegeben habe. Dieser sei vorher ausschließlich durch Trader beherrscht worden. Insbesondere die Forderungsverkäufe um die Unternehmen Karstadt Quelle und Walter Bau hätten den Durchbruch gebracht. Mit Beginn dieses Sekundärmarktes wären ausländische Investoren dazu übergegangen, Banken direkt auf einzelne Forderungen anzusprechen. Daneben gäbe es aber auch eine andere Entwicklung: Da die großen NPL-Bestände bereits veräußert seien, ließe sich eine starke Zunahme bei kleineren Einzelverkäufen feststellen. Teilweise würden neuerdings auch solche Investoren an die Banken herantreten, die in der Vergangenheit die NPL-Transaktionen refinanziert hätten. Dieser Trend würde sich außerdem fortsetzen, da der Kreditverkauf Teil des „normalen“ Kreditgeschäfts werden würde. Aus den größeren Transaktionen sei daher letztlich ein Single-Loan-Markt entstanden. Eine Investition in NPLs lohne sich zudem grundsätzlich für den Investor. Aber auch der Schuldner wäre Nutznießer eines Kreditverkaufs. Da der Investor in dem Darlehensverhältnis „bei Null“ anfangen würde, wäre er mit der Kredithistorie auch nicht belastet. Dies würde dem Schuldner zum Vorteil gereichen.

Nach Ansicht von *Herr Gleumes*, lohne sich ein Investment in NPLs, wenn es Investoren gelingen würde, im Vergleich zu traditionellen Banken einen Mehrwert im Work Out und Servicing zu erzielen. Ausschlaggebend sei dabei insbesondere auch der Servicer. Kernanforderungen an einen Servicer, mit dessen Hilfe diese Mehrwertschaffung gelinge könne, wäre zum einen, dass er über eine wesentlich bessere Infrastruktur verfüge. Neben einer moderneren und speziell auf die Abwicklung ausgerichteten IT-Ausstattung, umfasse dies insbesondere auch Leistungsanreizsysteme, die die Mitarbeitermotivation erhöhen würden und positive Effekte auf die Work Out-Ergebnisse hätten. Zudem handele es sich bei der Kreditsanierung und -abwicklung nicht um das Kerngeschäft der Banken. Diese könnten zwar einfache Probleme im Kreditengagement bewältigen, sie würden sich jedoch ungleich schwerer tun, den Work Out mit dem gleichen Fokus und der gleichen Professionalität anzugehen, wie dies den auf Work Out spezialisierten Servicern möglich sei. Ein weiterer Erfolgsfaktor sei, dass In-

¹ Non Performing Loans werden in dem Diskussionsverlauf als NPL bezeichnet, soweit der Begriff aus Gründen der Verständlichkeit nicht ausgeschrieben sein sollte.

vestoren auf den Barwert eines jeden Kreditengagements fokussieren würden und nicht – wie bei einer Bank – auf den Buchwert; dies ermögliche erst einen nachhaltig ökonomisch ausgerichteten Vergleich der sich bietenden Work Out-Optionen. *Herr Dr. Arnold* bestätigte Herrn Gleumes These, insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein eigener Servicer essenziell für den Investor sei, um professionell und erfolgreich im deutschen NPL-Markt zu agieren.

Auch *Herr Kehren* betonte die Bedeutung der Servicer im NPL-Markt. So könnten etwa beim Einkauf erzielte Gewinne durch ein schlechtes Servicing aufgezehrt werden. *Herr Prof. Schalast* entgegnete dem, ob der Gewinn angesichts der gezahlten Preise tatsächlich im Einkauf liege. Dies wurde von *Herrn Dr. Bachmann* nicht uneingeschränkt geteilt. Seiner Ansicht nach wurden in der jüngeren Vergangenheit teilweise sehr hohe Preise für einzelne Portfolios gezahlt, so dass erst im Laufe der Zeit zu beweisen wäre, dass die Käufer Portfolios tatsächlich zu realistischen Preisen erworben haben.

Grundsätzlich schätzt *Herr Gleumes* das Umfeld des deutschen NPL-Marktes sehr positiv ein. Zurzeit würden sich Investoren nur wenige Möglichkeiten anbieten, in höher rentierliche Anlageformen zu investieren. Daher ließe sich auf dem Markt auch eine hohe Liquidität feststellen. Aus diesem Grunde seien bis dato auch noch keine wesentlichen Verbriefungsaktivitäten zu beobachten gewesen, da die Fremdkapitalaufnahme im Bankenmarkt zu sehr attraktiven Konditionen möglich sei. Auch *Herr Dr. Arnold* hat diese Auffassung vertreten. Seiner Ansicht nach sei der deutsche Markt momentan sehr begehrt. Dies würde sich vor allem dadurch auszeichnen, dass zurzeit sehr stark ausländisches Kapital auf dem deutschen Markt investiert werde. Die Investoren hätten zudem auch ein langfristiges Interesse an Deutschland.

Angesichts der großen Transaktionen in der Vergangenheit wollte *Herr Prof. Schalast* wissen, ob jetzt letztlich die Zeit der kleineren Transaktionen eingeleitet und ob sich dies für Investoren lohnen würde. *Herr Nawrath* gab zu bedenken, dass viele Investoren nicht zum Zuge gekommen seien, aber trotzdem ein sehr starkes Interesse an NPLs hätten. Dieses Interesse würde gerade von Bankenpools sehr positiv eingeschätzt, um kleinere Darlehensvolumina zu verkaufen. *Herr Dr. Arnold* betonte, dass grundsätzlich auch kleinere Investments mit einem Transaktionsvolumen ab EUR 20 Mio. interessant sein könnten.

Welches Volumen NPL-Transaktionen in der Zukunft haben werden, wurde von den Teilnehmern nicht einheitlich eingeschätzt. *Herr Gleumes* geht davon aus, dass bei den Einzelforderungen Transaktionen ab einem Volumen von EUR 1 Mio. bis EUR 2 Mio. stattfinden würden, wohingegen bei Portfolios sich die Mindestgrößenordnung je nach Assetklasse und Anzahl der Forderungen auf EUR 15 Mio. und EUR 20 Mio. bewegen dürfte. *Herr Dr. Bachmann* schätzt das durchschnittliche Volumen zukünftiger Transaktionen auf EUR 50 Mio. bis EUR 250 Mio. ein. Transaktionen mit einem Nominalwert von über EUR 1 Mrd. würden ab 2007 nur noch in Ausnahmefällen stattfinden. Er gab jedoch zu bedenken, dass sich eine Abnahme werthaltiger Sicherheiten feststellen ließe. Diese Tatsache würde sich dann auch im Bereich des Servicing auswirken, da beispielsweise die Anforderungen an die Mitarbeiter andere sein würden.

Herr Prof. Schalast wies darauf hin, dass gerade so genannte „öffentlich-rechtliche“ Banken mit dem Darlehensverkauf sehr zurückhalten seien. Er wollte daher von den Teilnehmer wissen, ob hier nicht ein neues Potential für Investoren entstehen würde.

Laut *Herrn Kehren* würden auch Sparkassen einzelne Darlehen veräußern, ohne dies übermäßig Publik zu machen. Es sei jedoch zu bedenken, dass sich deren Kundschaft regional im Einzugsbereich der Sparkassen befänden. Würden einzelne Sparkassen den Kreditverkauf forcieren, würde letztlich ein erheblicher Teil des Kundenstammes verloren gehen. *Herr Nawrath* wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich die Sparkassen regelmäßig der NPL-Plattform bedienen würden, die durch die NordLB, die WestLB und die Shinsei Bank betrieben würde. Ein Verkauf seitens der Sparkassen ließe sich daher durchaus feststellen.

Zum Abschluss der Diskussion wurde aus dem Publikum die Frage gestellt, wie ein NPL zu definieren sie und welche Renditeerwartung die Investoren hätten.

Einigkeit bestand dabei unter den Teilnehmern, dass es letztlich nicht auf die Frage ankommen würde, ob es sich bei dem Darlehen um ein NPL im eigentlichen Sinn handeln würde, sondern vielmehr auf die einhergehenden Cash-Flows. *Herr Dr. Bachmann* verwies in diesem Zusammenhang auf die Bewertung der Rating-Agenturen. Ausgehend von deren Bewertungsskala wäre dann von einem Sub Performing Loan (SPL) auszugehen, wenn eine Rating-Agentur das Darlehen mit einem BB bewerten würde.

Zur Renditeerwartung äußerte sich *Herr Gleumes*. Die aktuellen Zielrenditen, zu denen Transaktionen „geprict“ würden, belaufen sich auf $7\frac{1}{2}$ bis $8\frac{1}{4}$ % Prozent auf Basis einer reinen Eigenkapitalfinanzierung. Durch entsprechende Leverage-Aktivitäten würden sich diese Ergebnisse in zweistellige Zielrenditen auf das eingesetzte Eigenkapital schrauben lassen. Eine Beurteilung der tatsächlichen Ergebnisse und der Frage, ob diese Zielrenditen denn nun auch wirklich erreicht oder gar übertroffen würden, ließe sich erst in 12-18 Monaten anstellen. *Herr Dr. Bachmann* wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Anleger im Zusammenhang mit SPLs/NPLs in den letzten Jahren sehr attraktive Renditen hätten erzielen können. Ferner würde diese Anlagekategorie mit den Aktien- und Rentenmärkten auch relativ niedrig korrelieren.

6 Podiumsdiskussion II. Non Performing Loans – Outsourcing vs. Workout¹ (Berichterstatter Robert Safran)

Thema der zweiten Podiumsdiskussion war die Frage, ob das Outsourcing der Kreditabwicklung dem klassischen Workout der Bank vorzuziehen ist.

Teilnehmer des Podiums waren:

- Prof. Dr. Christoph Schalast, Moderation
- Andreas Binder, DekaBank Deutsche Girozentrale
- Udo Brückner, CPM Creditreform Portfolio Management GmbH
- Dr. Andreas Gotthard, GFKL Financial Services AG
- Reiner Guthier, MHB-Bank AG
- Dr. Steffi Habermeier, Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG
- Dr. Jörg Keibel, arvato-infoscore Gruppe

Die Frage, ob ein Outsourcing der Kreditabwicklung dem bankinternen Workout vorzuziehen sei, wurde kontrovers diskutiert. *Herr Prof. Schalast* hat zum Anfang der Diskussion darauf hingewiesen, dass sowohl das Outsourcing als auch das bankinterne Workout bereits zum Beginn des Bankwesens etabliert waren. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts im Rahmen des Workouts sei ein klassisches Outsourcing und würde durch die Banken praktisch seit deren Bestehen praktiziert. Aber auch das Workout blicke auf eine lange Geschichte zurück, da es schon immer mit dem Bankgeschäft verbunden gewesen sei.

Ausgangspunkt der Diskussion war die von *Prof. Schalast* aufgeworfene Frage, warum Banken ihre Forderungen verkaufen. Erfolgt dies vor dem Hintergrund, dass Servicer in der Abwicklung effektiver seien?

Frau Dr. Habermeier wies darauf hin, dass diese Frage nur differenziert beantwortet werden könne. Banken würden ihre Forderungen aus mehreren Gründen verkaufen. Ausschlaggebend hierfür seien strategische, politische und auch wirtschaftliche Gründe. Die Frage, ob Servicer in der Abwicklung der Kreditengagements effektiver seien, wäre daher bei der Verkaufentscheidung auch nicht von Bedeutung.

Dieser Standpunkt wurde letztlich auch durch *Herrn Binder* bestätigt, da zurzeit nicht ausschließlich Non Performing Loans, sondern auch Sub Performing und Performing Loans durch Banken angeboten würden.

Herr Dr. Keibel wies darauf hin, dass der Vorteil eines Servicers insbesondere auf drei Gründen beruhe. Zunächst würden die Sachbearbeiter in einem vorher festgelegten Umfang am Erfolg ihrer Tätigkeit beteiligt, was sich positiv auf die Motivation des Sachbearbeiters auswirke. Darüber hinaus hätte der Servicer im Rahmen seiner Tätigkeit den Economic Scope, also wirtschaftliche Gesichtspunkte, im Auge. Letztlich würden einige Servicer über derart

¹ Non Performing Loans werden in dem Diskussionsverlauf als NPL bezeichnet, soweit der Begriff aus Gründen der Verständlichkeit nicht ausgeschrieben sein sollte.

umfangreiche und detaillierte Personen- und Firmendatenbanken verfügen, dass bereits vor dem eigentlichen Workout der Erfolg auf diese Weise abgeschätzt werden könne.

Dieser These hat *Prof. Schalast* widersprochen. Zum einen wäre es auch innerhalb einer Bank möglich, die Workout-Abteilung am Erfolg ihrer Tätigkeit partizipieren zu lassen. Überdies würde auch eine Bank über ausreichend Informationen verfügen, die den Erfolg des Workouts zumindest teilweise planbar machen. Die Einführung eines Bonussystems und die Nutzung bereits vorhandener Kreditnehmerdaten wären daher kein wesentliches Unterscheidungskriterium.

Herr Brückner differenziert bei der Frage des Outsourcing des Workouts dahingehend, ob es sich um das Massengeschäft oder komplexe Darlehensverhältnisse handeln würde. Im ersten Fall würden die Darlehen effektiver durch Servicer abgewickelt werden. Gründe hierfür seien nicht etwa die mangelnde Fachkompetenz der in der Workout-Abteilung beschäftigten Sachbearbeiter, sondern der hohe Arbeitsaufwand, der bei der Abwicklung eines Kreditengagements entstände. Bei komplexen Darlehensverhältnissen hingegen sieht er die Banken im Vorteil. Gerade dort wäre es einem Servicer mangels ausreichender Kenntnis des Kreditengagements nicht möglich, dieses effektiv abzuwickeln. Die Nähe der Bank zum komplexen Sachverhalt wäre ein Vorteil, den ein Servicer nicht nutzen und bedienen könne.

Nach Ansicht von *Herrn Dr. Gotthard* handelt es sich bei dem Workout gerade nicht um das Kerngeschäft einer Bank. Dieser Umstand würde sich im Rahmen der Kreditabwicklung bemerkbar machen. Zudem würden bei der Frage des Outsourcing keine rechtlichen, sondern ausschließlich wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgeblich sein. Jede Zeitverzögerung bedeute letzten Endes Geldverlust. Der Mehrwert des Servicers würde daher auch darin bestehen, dass der in dem Darlehensverhältnis innewohnende wirtschaftliche Wert schneller realisiert werden könne. *Frau Dr. Habermeier* widersprach dieser These insoweit als die Kreditabwicklung sehr wohl Kerngeschäft einer Bank sei. Dies würde sich aus dem Umstand ergeben, dass Forderungsausfälle zum Tagesgeschäft einer Bank und somit zu deren Kernbereich gehören würden.

Die Frage des Kernbereichs wurde auch von dem Publikum aufgegriffen. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass die Kreditabwicklung nicht das Kerngeschäft der Banken sei, was sich auch in der Struktur der Mitarbeiter einer solchen Abteilung widerspiegeln würde. Bei der Abwicklung würden diese gerade nicht den Barwert eines jeden Darlehens einschätzen, was aber für eine effektive Abwicklung notwendig sei. Die Kreditabwicklung würde vielmehr einem starren Schema folgen, das die Bankmitarbeiter auch entsprechend anwenden würden. Ein Servicer hingegen würde ein Kredit gerade nicht schematisch, sondern individuell abwickeln. Zu beachten sei auch, dass einige Kreditengagements nicht für die Workout-Abteilungen geeignet seien, da sie Ressourcen binden würden, ohne dass dem ein entsprechender Ertrag entgegenstünde. Dass Servicer effektiver seien, wurde an anderer Stelle des Publikums wiederum bezweifelt, da diesen letztlich die gleichen Mittel zur Verfügung stünden, derer sich auch die Bank bedienen könne.

Herr Binder erläuterte, dass die Workout-Abteilungen ursprünglich stiefmütterlich durch die Bankinstitute behandelt worden seien. Erst durch den Anstieg der Forderungsausfälle wäre man sich deren Bedeutung bewusst geworden. Zudem wies er darauf hin, dass nur durch den Verkauf eines Kreditengagements die Workout-Abteilung endgültig entlastet werde. Würden hingegen lediglich Dritte mit der Abwicklung beauftragt, müsste durch die Workout-

Abteilung ein Controlling erfolgen. Bei speziellen rechtlichen Problemen schalten die Banken in der Regel Dritte ein. Dabei handelt es sich um eine derart spezielle Materie, dass entsprechende Fachkräfte nur in großen Banken auf Grund der Anzahl der vorhanden Fälle vorgehalten werden können.

Nach *Herrn Guthiers* Ansicht, sei die Frage eines möglichen Outsourcing für Banken nicht mehr von erheblicher Bedeutung. Seit dem Jahre 2003 hätten die Bankinstitute angefangen, ihre großen und umfangreichen Kredite anzubieten und abzuverkaufen. Im Rahmen der bis heute durchgeführten Verkaufsprozesse sei daher auch der wesentliche Anteil des NPL-Marktes veräußert und abgearbeitet worden. Ausschlaggebend sei vielmehr, ob und vor allem wie die Banken ihre Kreditstrategie in der Zukunft ändern werden.

HfB – WORKING PAPER SERIES

No.	Author/Title	Year
75.	Abrar, Kamyar/Schalast, Christoph Fusionskontrolle in dynamischen Netzsektoren am Beispiel des Breitbandkabelsektors	
74.	Schanz, Kai-Michael/Schalast, Christoph Wertpapierprospekte – Markteinführungspublizität nach EU-Prospektverordnung und Wertpapierprospektgesetz 2005	
73.	Dickler, Robert A. /Schalast, Christoph Distressed Debt in Germany: What's Next? Possible Innovative Exit Strategies	2006
72.	Belke, Ansgar / Polleit, Thorsten How the ECB and the US Fed set interest rates	2006
71.	Heidorn, Thomas / Hoppe, Christian / Kaiser, Dieter G. Heterogenität von Hedgefondsindizes	2006
70.	Löchel, Horst / Baumann, Stefan The Endogeneity Approach of the Theory of Optimum Currency Areas - What does it mean for ASEAN + 3?	2006
69.	Heidorn, Thomas / Trautmann, Alexandra Niederschlagsderivate	2005
68.	Heidorn, Thomas / Hoppe, Christian / Kaiser, Dieter G. Möglichkeiten der Strukturierung von Hedgefondsportfolios	2005
67.	Weber, Christoph Kapitalerhaltung bei Anwendung der erfolgsneutralen Stichtagskursmethode zur Währungsumrechnung	2005
66.	Schalast, Christoph / Daynes, Christian Distressed Debt-Investing in Deutschland - Geschäftsmodelle und Perspektiven -	2005
65.	Gerdemeier, Dieter / Polleit, Thorsten Measures of excess liquidity	2005
64.	Hölscher, Luise / Harding, Perham / Becker, Gernot M. Financing the Embedded Value of Life Insurance Portfolios	2005
63.	Schalast, Christoph Modernisierung der Wasserwirtschaft im Spannungsfeld von Umweltschutz und Wettbewerb – Braucht Deutschland eine Rechtsgrundlage für die Vergabe von Wasserversorgungskonzessionen? –	2005
62.	Bayer, Marcus / Cremers, Heinz / Kluß, Norbert Wertsicherungsstrategien für das Asset Management	2005
61.	Löchel, Horst / Polleit, Thorsten A case for money in the ECB monetary policy strategy	2005
60.	Schanz, Kai-Michael / Richard, Jörg / Schalast, Christoph Unternehmen im Prime Standard - „Staying Public“ oder „Going Private“? - Nutzenanalyse der Börsennotiz -	2004
59.	Heun, Michael / Schlink, Torsten Early Warning Systems of Financial Crises - Implementation of a currency crisis model for Uganda	2004
58.	Heimer, Thomas / Köhler, Thomas Auswirkungen des Basel II Akkords auf österreichische KMU	2004
57.	Heidorn, Thomas / Meyer, Bernd / Pietrowiak, Alexander Performanceeffekte nach Directors Dealings in Deutschland, Italien und den Niederlanden	2004
56.	Gerdemeier, Dieter / Roffia, Barbara The Relevance of real-time data in estimating reaction functions for the euro area	2004
55.	Barthel, Erich / Gierig, Rauno / Kühn, Ilmhart-Wolfram Unterschiedliche Ansätze zur Messung des Humankapitals	2004
54.	Anders, Dietmar / Binder, Andreas / Hesdahl, Ralf / Schalast, Christoph / Thöne, Thomas Aktuelle Rechtsfragen des Bank- und Kapitalmarktrechts I : Non-Performing-Loans / Faule Kredite - Handel, Work-Out, Outsourcing und Securitisation	2004
53.	Polleit, Thorsten The Slowdown in German Bank Lending – Revisited	2004
52.	Heidorn, Thomas / Siragusano, Tindaro Die Anwendbarkeit der Behavioral Finance im Devisenmarkt	2004
51.	Schütze, Daniel / Schalast, Christoph (Hrsg.) Wider die Verschleuderung von Unternehmen durch Pfandversteigerung	2004
50.	Gerhold, Mirko / Heidorn, Thomas Investitionen und Emissionen von Convertible Bonds (Wandelanleihen)	2004

49.	Chevalier, Pierre / Heidorn, Thomas / Krieger, Christian Temperaturderivate zur strategischen Absicherung von Beschaffungs- und Absatzrisiken	2003
48.	Becker, Gernot M. / Seeger, Norbert Internationale Cash Flow-Rechnungen aus Eigner- und Gläubigersicht	2003
47.	Boenkost, Wolfram / Schmidt, Wolfgang M. Notes on convexity and quanto adjustments for interest rates and related options	2003
46.	Hess, Dieter Determinants of the relative price impact of unanticipated Information in U.S. macroeconomic releases	2003
45.	Cremers, Heinz / Kluß, Norbert / König, Markus Incentive Fees. Erfolgsabhängige Vergütungsmodelle deutscher Publikumsfonds	2003
44.	Heidorn, Thomas / König, Lars Investitionen in Collateralized Debt Obligations	2003
43.	Kahlert, Holger / Seeger, Norbert Bilanzierung von Unternehmenszusammenschlüssen nach US-GAAP	2003
42.	Beiträge von Studierenden des Studiengangs BBA 012 unter Begleitung von Prof. Dr. Norbert Seeger Rechnungslegung im Umbruch - HGB-Bilanzierung im Wettbewerb mit den internationalen Standards nach IAS und US-GAAP	2003
41.	Overbeck, Ludger / Schmidt, Wolfgang Modeling Default Dependence with Threshold Models	2003
40.	Balthasar, Daniel / Cremers, Heinz / Schmidt, Michael Portfoliooptimierung mit Hedge Fonds unter besonderer Berücksichtigung der Risikokomponente	2002
39.	Heidorn, Thomas / Kantwill, Jens Eine empirische Analyse der Spreadunterschiede von Festsatzanleihen zu Floatern im Euroraum und deren Zusammenhang zum Preis eines Credit Default Swaps	2002
38.	Böttcher, Henner / Seeger, Norbert Bilanzierung von Finanzderivaten nach HGB, EstG, IAS und US-GAAP	2003
37.	Moormann, Jürgen Terminologie und Glossar der Bankinformatik	2002
36.	Heidorn, Thomas Bewertung von Kreditprodukten und Credit Default Swaps	2001
35.	Heidorn, Thomas / Weier, Sven Einführung in die fundamentale Aktienanalyse	2001
34.	Seeger, Norbert International Accounting Standards (IAS)	2001
33.	Stehling, Frank / Moormann, Jürgen Strategic Positioning of E-Commerce Business Models in the Portfolio of Corporate Banking	2001
32.	Strohhecker, Jürgen / Sokolovsky, Zbynek Fit für den Euro, Simulationsbasierte Euro-Maßnahmenplanung für Dresdner-Bank-Geschäftsstellen	2001
31.	Roßbach, Peter Behavioral Finance - Eine Alternative zur vorherrschenden Kapitalmarkttheorie?	2001
30.	Heidorn, Thomas / Jaster, Oliver / Willeitner, Ulrich Event Risk Covenants	2001
29.	Biswas, Rita / Löchel, Horst Recent Trends in U.S. and German Banking: Convergence or Divergence?	2001
28.	Löchel, Horst / Eberle, Günter Georg Die Auswirkungen des Übergangs zum Kapitaldeckungsverfahren in der Rentenversicherung auf die Kapitalmärkte	2001
27.	Heidorn, Thomas / Klein, Hans-Dieter / Siebrecht, Frank Economic Value Added zur Prognose der Performance europäischer Aktien	2000
26.	Cremers, Heinz Konvergenz der binomialen Optionspreismodelle gegen das Modell von Black/Scholes/Merton	2000
25.	Löchel, Horst Die ökonomischen Dimensionen der ‚New Economy‘	2000
24.	Moormann, Jürgen / Frank, Axel Grenzen des Outsourcing: Eine Exploration am Beispiel von Direktbanken	2000
23.	Heidorn, Thomas / Schmidt, Peter / Seiler, Stefan Neue Möglichkeiten durch die Namensaktie	2000

22.	Böger, Andreas / Heidorn, Thomas / Graf Waldstein, Philipp Hybrides Kernkapital für Kreditinstitute	2000
21.	Heidorn, Thomas Entscheidungsorientierte Mindestmargenkalkulation	2000
20.	Wolf, Birgit Die Eigenmittelkonzeption des § 10 KWG	2000
19.	Thiele, Dirk / Cremers, Heinz / Robé, Sophie Beta als Risikomaß - Eine Untersuchung am europäischen Aktienmarkt	2000
18.	Cremers, Heinz Optionspreisbestimmung	1999
17.	Cremers, Heinz Value at Risk-Konzepte für Marktrisiken	1999
16.	Chevalier, Pierre / Heidorn, Thomas / Rütze, Merle Gründung einer deutschen Strombörse für Elektrizitätsderivate	1999
15.	Deister, Daniel / Ehrlicher, Sven / Heidorn, Thomas CatBonds	1999
14.	Jochum, Eduard Hoshin Kanri / Management by Policy (MbP)	1999
13.	Heidorn, Thomas Kreditderivate	1999
12.	Heidorn, Thomas Kreditrisiko (CreditMetrics)	1999
11.	Moormann, Jürgen Terminologie und Glossar der Bankinformatik	1999
10.	Löchel, Horst The EMU and the Theory of Optimum Currency Areas	1998
09.	Löchel, Horst Die Geldpolitik im Währungsraum des Euro	1998
08.	Heidorn, Thomas / Hund, Jürgen Die Umstellung auf die Stückaktie für deutsche Aktiengesellschaften	1998
07.	Moormann, Jürgen Stand und Perspektiven der Informationsverarbeitung in Banken	1998
06.	Heidorn, Thomas / Schmidt, Wolfgang LIBOR in Arrears	1998
05.	Jahresbericht 1997	1998
04.	Ecker, Thomas / Moormann, Jürgen Die Bank als Betreiberin einer elektronischen Shopping-Mall	1997
03.	Jahresbericht 1996	1997
02.	Cremers, Heinz / Schwarz, Willi Interpolation of Discount Factors	1996
01.	Moormann, Jürgen Lean Reporting und Führungsinformationssysteme bei deutschen Finanzdienstleistern	1995

HfB – WORKING PAPER SERIES
CENTRE FOR PRACTICAL QUANTITATIVE FINANCE

No.	Author/Title	Year
02.	Boenkost, Wolfram / Schmidt, Wolfgang M. Cross currency swap valuation	2004
01.	Wallner, Christian / Wystup, Uwe Efficient Computation of Option Price Sensitivities for Options of American Style	2004

HfB – SONDERARBEITSBERICHTE DER HfB - BUSINESS SCHOOL OF FINANCE & MANAGEMENT

No.	Author/Title	Year
01.	Nicole Kahmer / Jürgen Moormann Studie zur Ausrichtung von Banken an Kundenprozessen am Beispiel des Internet (Preis: € 120,--)	2003

Printed edition: € 25.00 + € 2.50 shipping

Download: <http://www.hfb.de/Navigator/Fakultaet/Publikationen/Arbeitberichte/Show>

Order address / contact

HfB □ Business School of Finance & Management
Sonnemannstr. 9–11 □ D–60314 Frankfurt/M. □ Germany
Phone: +49 (0) 69 154 008–734 □ Fax: +49 (0) 69 154 008–728
eMail: biemer@hfb.de
Further informations about HfB - Business School of Finance & Management
may be obtained at: <http://www.hfb.de>