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


This Version is available at:
http://hdl.handle.net/10419/27844

Terms of use:
Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.
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
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 Bekanntwerden 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 notleidener 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 Geheimnisschutz 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)


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.


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


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...


2.2 Marktstruktur und Entwicklungen


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“.
⁴ Roland Berger Strategy Consultants, Distressed Debt in Germany, Austria and Switzerland – The Banks’ Perspective, Trend Study Results, November 2005.
Nehmen wir zunächst den interessanter Ansatz gerade für noch unentschlossene Sparkassen und Genossenschaftsbanken.


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-

---

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 zugespiitzt die Frage: Wann lohnt sich das Investment?

2.3 Servicing


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


2.4 Ausblick


\[Hesdahl\text{Securitisation: \ Die Rahmenbedingungen von Securitisations aus Banken- und Kundensicht in: Anders/Binder/Hesdahl/Schalast/Thöne, a.a.O., S. 41 ff.}\
\[Ein\ Überblick\ zu\ dem\ Forschungs schwerpunkt\ Non\ Performing\ Loans\ der\ HfB-Business\ School\ of\ Finance\ and\ Management\ findet\ sich\ bei\ Schalast,\ Der\ deutsche\ NPL-Markt\ und\ der\ Forschungs schwerpunkt\ Bad\ Debt\ der\ HfB\ in\ Jobe/Stachuletz\ (Hrsg.),\ Work-Out – Management und Handel von Problemkrediten, 2005, S. VII ff.\]
3 Herausforderungen beim Servicing von Immobilien (Klaas Ockens)

3.1 German NPLs Status Quo und Ausblick

3.1.1 Definition Non Performing Loan


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


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 Investoreenseite nicht nur die bekannten Player wie beispielsweise In-

---

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


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


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.


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 Kreditrisiküberwachung 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 Kreditakte
- 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 Kreditakte 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 Kreditakte

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.


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 stechen 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

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 Darlehnsnehmer.


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 Plans 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.


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 Spinn 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 Immobiliensicherheiten, 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**


**Loan Asset Management**


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**


<table>
<thead>
<tr>
<th>Stadt</th>
<th>EFH</th>
<th>ETW</th>
<th>Gewerbe</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Berlin</td>
<td>75</td>
<td>60</td>
<td>45</td>
</tr>
<tr>
<td>Hamburg</td>
<td>77</td>
<td>77</td>
<td>71</td>
</tr>
<tr>
<td>München</td>
<td>78</td>
<td>70</td>
<td>60</td>
</tr>
<tr>
<td>Frankfurt/Main</td>
<td>86</td>
<td>70</td>
<td>86</td>
</tr>
<tr>
<td>Leipzig</td>
<td>51</td>
<td>30</td>
<td>45</td>
</tr>
<tr>
<td>Dresden</td>
<td>70</td>
<td>40</td>
<td>50</td>
</tr>
</tbody>
</table>

### # der Zwangsversteigerungen:  \( n = 60 \)

- VE < 50% des VKW:  \( \sim 23,3\% \)
- VE > 100% des VKW:  \( \sim 3,3\% \)

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**


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


3.3 Ausblick

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.

Banken\(^2\) 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.


Die folgenden Ausführungen setzten 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.

---


\(^2\) Im Folgenden immer auch für Sparkassen stehend.

\(^3\) Vgl. das Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht 28/2005 (BA) vom 04. Mai 2006.
4.2 Situation der Kreditgeber nach dem Bekannt werden der Unternehmenskrise

4.2.1 Krisenarten


4.2.2 Krisenfrüherkennung


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 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.


HfB – Business School of Finance & Management
Working Paper No. 76 | 27

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 Sanierungs konsens 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 Schuldnerunternehmen 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-

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 sein.

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 ziehen.

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 Entscheidungsfreiheit 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


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 aussetzen.\(^9\) 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 ist.\(^10\)


\(^9\) 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 Liquiditätslage 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 erachtet 11.

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 Sanierungsfähigkeit 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


11 Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, RdNr. 5.134 m.w.N.
leiter und die zuständigen Entscheidungsträger zudem wegen eines Untreudeleiks 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.


Das Sanierungsgutachten sollte von einem externen _brachenkundigen Wirtschaftsfachmann_ erstellt werden, wobei sich insbesondere die Inanspruchnahme eines _Wirtschaftsprüfers_ empfiehlt^{13}. 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 geboten

4.4.5 Insolvenzverschleppung durch faktische Geschäftsführung


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.


14 BGHSt 47, 184.


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 hinauszuschließen, 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 Geschäfts 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 aufzwinge, der Geschäftsgewinn des Schuldnerunternehmens dem Kreditinstitut zufließt, jedoch Verluste von diesem nicht getragen werden.\footnote{OLG Düsseldorf, WM 1985, 1182.}

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


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-
pital überschritten ist oder sofern die Bank einen Anteil am Grundkapital hält, der ihr nach Gesetz oder Satzung einer Sperminorität 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 Eigenkapitalsatzvorschriften 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 Eigenkapitalsatzregeln 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 Verfällt...
gungsberechtiger gilt dabei jeder, der rechtlich oder wirtschaftlich über Mittel, die einem anderen zuzurechnen sind, verfügen kann und als Verfügungsberechtigter auftritt.\footnote{BFH, BStBl. 1991, 284; BStBl. 1980, 526.}

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

### 4.4.10 Konzernhaftung

Das Aktienrecht\footnote{§ 302 f. BGB.} 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 vermutet\footnote{§§ 17, 18 Abs. 1 S. 2 AktG.}, 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 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 Drittgessellschaft) werden zugunsten der Kreditinstitute auf den Sanierungstreuhänder übertragen. Dieser wird im Auftrag der Gesellschafter tätig und hält die Anteile am Schuldner- oder

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.


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.

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 Arbeitseinsparung der Sanierungsabteilungen beitragen, empfehlen sie sich als Sanierungsinstrumentarium für Banken in der Krise gewerblicher Kreditnehmer.

4.6 Aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen bei der Sanierung von Kreditnehmern


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 vorgenommen werden können.

men frühzeitig und damit möglichst Erfolg versprechend eingeleitet werden können (AT 4).

Engagements bei denen sich ein erhöhtes Risiko abzuleiten 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.


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 zu.

---

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


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-
ben, oftmals ein komplexer Vorgang. Das improvisierte und intuitive Vorgehen eines erfahre-
nen 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 In-
anspruchnahme externer Spezialisten mit entsprechenden Fachkenntnissen vor, die im Bedarfs-
fall hinzuzuziehen sind (BTO 1.2.5 Tz. 4).

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

Haftungsprophylaxe: Im Rahmen der durchzuführenden Sanierungswürdigkeitsprüfung ist zu-
nächst festzustellen, ob ein Unternehmenswert aufgebaut werden kann, der die Sanierung und,
wo erforderlich, den Einsatz zusätzlicher Mittel rechtfertigt. Die daran anschließende Sanie-
rungsfähigkeitsprüfung hat sich unter anderem auf die externen Rahmenbedingungen, die inter-
nen 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 weite-
rer, haftungsrechtlich besonders wichtiger Aspekt ist festzustellen, ob beim Schuldnerunter-
nehmen bereits Insolvenzgründe vorliegen.

Werden die Sanierungsmaßnahmen von der Bank begleitet, hat diese die Umsetzung der im
Sanierungskonzept beschriebenen Maßnahmen sowie deren Auswirkungen auf das Schuldner-
unternehmen 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 Maßnahmeaka-
talog enthält, dessen Umsetzung kontrolliert werden kann. Die Verfasser des Sanierungskon-
zeptes, bei denen es sich häufig um externe Berater handeln wird, sind daher anzuhalten, 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 quar-
talsweise zu erstellenden Kredit-Risikoberichtes erfolgen. Davon unabhängig besteht bei risiko-
relevanten Vorgängen jedoch eine unverzügliche Berichtspflicht.

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

Haftungsprophylaxe: Die Offenlegung der Risiken setzt zunächst das Erkennen ihres Bestehens
voraus.Bei komplexeren Engagements empfiehlt sich unter haftungsrechtlichen Gesichtspunk-
ten 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-Fachgremiums\(^\text{25}\) 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 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 25.05.2004\(^\text{26}\) 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 hervorgerufen\(^\text{27}\). Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob das Bankgeheimnis der Abtretung von Kreditforderungen oder dem Outsourcing von Workout-Tätigkeiten entgegensteht.

---


4.8.1 Inhalt des Bankgeheimnisses

Das Bankgeheimnis ist in Nr. 2 Abs. 1 S. 1 AGB-Banken definiert\(^{28}\). 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 zu\(^{29}\). Sie sollte den bis dahin bestehenden Rechtszustand nicht verändern, sondern ihn nur gegenüber den Bankkunden verdeutlichen\(^{30}\). Vertraulich sind grundsätzlich alle Sachverhalte zu behandeln, deren Geheimhaltung der Kunde wünscht und die demnach von seinem Geheimhaltungswillen umfasst werden\(^{31}\).

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 voraus\(^{32}\). Zu seiner Begründung finden sich verschiedene, privat- und verfassungsrechtliche Ansätze.

4.8.2.1 Zivilrechtliche Verankerung des Bankgeheimnisses


---

\(^{28}\) 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; Fräh, 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.


\(^{36}\) BGHZ 27, 241 [246].

\(^{37}\) Bruchner in Schimansky/Bunte/Lwowksi, BankR-HdB, 2. Aufl., § 39 RdNr. 7; Kümpel, aaO., RdNr. 2.135; und 1.141 a.E.; Sichtermann/Feuerhorn/Kirchherr/Terdegen, 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


4.8.2.3 Bankgeheimnis als Gewohnheitsrecht?


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.

---

39 Kümpel, aaO., RdNr. 2.137.
41 Palandt/Heldrich, 63. Aufl., EGBGB 2 RdNr. 1; Säcker in Münchener Kommentar, 3. Aufl., Einl. RdNr. 78; BVerfGE 28, 28; RGZ 75, 41.
42 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/Servicer 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 unwirksam\(^{44}\). 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


4.8.3.2 Abtretungsausschluss nur bei ausdrücklicher Vereinbarung


Demgegenüber hat das OLG Frankfurt/M. die Abtretung von Darlehensrückzahlungsansprüchen durch den Insolvenzverwalter einer Bank wegen Verstoßes gegen das Bankgeheimnis für unwirksam erklärt\(^{46}\). 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 Auskunftsverpflichtung 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.

Steuerberatern und Ärzten gelten, bei denen die Abtretung nach § 134 BGB unwirksam ist\(^47\). Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung sind angebracht.

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


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 darf\(^48\).


---

\(^47\) 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].


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.


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 zählen\(^{57}\). 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 StGB\(^ {58}\). Eine Analogie scheidet daher aus.

Zudem verbietet sich eine strafbegründende Analogie zu § 203 StGB außerordentlich 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 erforderlich\(^ {59}\). 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 gebilde- te Norm i.S. des Art. 2 EGBGB handelt, käme Gewohnheitsrecht überhaupt nur dann Verbotscharakter i.S. des § 134 BGB zu, wenn sich aus ihm unmissverständlich ergibt, dass ein Rechtsgeschäft (hier: die Abtretung der Kreditforderung) verworfen werden soll\(^ {60}\). 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 zu\(^ {61}\). Außerdem stellt § 134 BGB keine Einbruchstelle für Grundrechte dar, da in der Vorschrift das Bestehen einer Verbotsnorm gerade vorausgesetzt wird\(^ {62}\).

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.


\(^{57}\) 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/Armbrüster in Münchener Kommentar, 4. Aufl., § 134 RdNr. 29.
\(^{62}\) 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 Auschluss der Abtretbarkeit von Kreditforderungen ein Abtretungsverbot zukommen soll.

4.8.3.3 Zusammenfassung


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


4.8.4.1 Grenzen des Bankgeheimnisses


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 wird\textsuperscript{67}. Beispiele für eine solche gerechtfertigte Durchbrechung des Bankgeheimnisses bilden Maßnahmen des Kreditinstitutes zur Risiko- und Eigenkapitalsteuerung\textsuperscript{68}, zur Auslagerung von Geschäftsbereichen\textsuperscript{69} sowie zur Loslösung von Problemkreditengagements\textsuperscript{70}. Die Zulässigkeit der Einschränkung des Bankgeheimnisses in diesen Fällen wird unterschiedlich begründet. Sie wird auf eine stillschweigende oder mutmaßliche Einwilligung des Kunden zurückgeführt\textsuperscript{71}. 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 soll\textsuperscript{72}.

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 berechtigte 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) begründet\textsuperscript{73}.

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 Geheimnisherren grundsätzlich selbst bestimmen kann welche Sachverhalte offenbart werden dürfen, scheidet eine mutmaßliche Einwilligung aus\textsuperscript{74}. 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 ist\textsuperscript{75}.

\begin{flushleft}
\textsuperscript{67} Bruchner, aaO., § 39 RdNr. 14a und 31 m.w.N. \\
\textsuperscript{68} Bruchner, aaO., § 39 RdNr. 31 m.w.N. \\
\textsuperscript{69} Bruchner, aaO., § 39 Rd Nr. 14a m.w.N. \\
\textsuperscript{70} Grundmann in Ebenroth/Boujong/Joost, BankR, RdNr. I 200 f.; Bruchner, aaO., § 39 RdNr. 41 f. m.w.N. \\
\textsuperscript{71} Bruchner, aaO., § 39 Rd Nr. 14a und 31; Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdegen, aaO., S. 183 ff.; Früh, WM 2000, 497 [503] m.w.N. \\
\textsuperscript{72} Grundmann, aaO., RdNr. I 198. \\
\textsuperscript{73} BGH, WM 1978, 999. \\
\textsuperscript{74} Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, 2. Aufl., § 7 Rd Nr. 8 und 12. \\
\textsuperscript{75} Lenckner in Schönke/Schröder, StGB, § 193 RdNr. 1 und 8; Bruchner, aaO., § 39 RdNr. 41 m.w.N.
\end{flushleft}
4.8.4.2 Erforderlichkeit eines sachlich berechtigten Interesses an der Geheimhaltung


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.


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

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 Problemkreditbearbeitung 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 Problemkrediten durchexterne 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 KWG 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 einzuführen. 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 nicht. 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. Insofern 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 begehrten Unternehmen sichern, dessen Gesellschafter zu einem unmittelbaren Verkauf ihrer Anteile an den Forderungskäufer nicht be-

---

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. 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


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 wahrnimmt. 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 StGB. 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 Geschäftsbankenbereich wahrnehmen. 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 steht.

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...

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 unterfallenden 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 bleibt\textsuperscript{88}.

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 auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die insoweit auf die Ins.\textsuperscript{87}

\textsuperscript{87} Cierniak, in: Münchener Kommentar-StGB 2003, § 203 RdNr. 96, 39.
\textsuperscript{88} Tröndle/Fischer, aa.O., § 203 RdNr. 7 mit Verweis auf BayObLGSt 1982, 75.
\textsuperscript{89} Vgl. §§ 10a Abs. 9, 13 Abs. 1, 13a Abs. 1, 13b Abs. 4, 14 Abs. 1 und 4, 24c, 25a Abs. 1 KWG
\textsuperscript{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 sein.\(^\text{91}\)

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes besagt das Willkürverbot, dass weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt werden darf.\(^\text{92}\) 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 ergibt.\(^\text{93}\)


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 Licht 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.


4.8.7 Ergebnis zum Verkauf und dem Outsourcing notleidender Kredite

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


---

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.


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.


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.

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


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


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?


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.


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.

<table>
<thead>
<tr>
<th>No.</th>
<th>Author/Title</th>
<th>Year</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>75.</td>
<td>Abrar, Kamyar/Schalast, Christoph Finnventionskontrolle in dynamischen Netzsektoren am Beispiel des Breitbandkabelsektors</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>74.</td>
<td>Schanz, Kai-Michael/Schalast, Christoph Wertpapierprospekte – Markteinführungspublizität nach EU-Prospektverordnung und Wertpapierprospektgesetz 2005</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>70.</td>
<td>Löchel, Horst /Baumann, Stefan The Endogeneity Approach of the Theory of Optimum Currency Areas - What does it mean for ASEAN + 3?</td>
<td>2006</td>
</tr>
<tr>
<td>69.</td>
<td>Heidorn, Thomas /Trautmann, Alexandra Niederschlagsderivate</td>
<td>2005</td>
</tr>
<tr>
<td>67.</td>
<td>Weber, Christoph Kapitalerhaltung bei Anwendung der erfolgsneutralen Stichtagskursmethode zur Währungsumrechnung</td>
<td>2005</td>
</tr>
<tr>
<td>66.</td>
<td>Schalast, Christoph /Daynes, Christian Distressed Debt-Investing in Deutschland - Geschäftsmodelle und Perspektiven</td>
<td>2005</td>
</tr>
<tr>
<td>65.</td>
<td>Gerdesmeier, Dieter / Polleit, Thorsten Measures of excess liquidity</td>
<td>2005</td>
</tr>
<tr>
<td>64.</td>
<td>Hölscher, Luise /Harding, Perham /Becker, Gernot M. Financing the Embedded Value of Life Insurance Portfolios</td>
<td>2005</td>
</tr>
<tr>
<td>63.</td>
<td>Schalast, Christoph Modernisierung der Wasserwirtschaft im Spannungsfeld von Umweltschutz und Wettbewerb – Braucht Deutschland eine Rechtsgrundlage für die Vergabe von Wasserversorgungskonzessionen?</td>
<td>2005</td>
</tr>
<tr>
<td>62.</td>
<td>Bayer, Marcus /Cremers, Heinz /Kluß, Norbert Wertversicherungsstrategien für das Asset Management</td>
<td>2005</td>
</tr>
<tr>
<td>61.</td>
<td>Löchel, Horst /Polleit, Thorsten A case for money in the ECB monetary policy strategy</td>
<td>2005</td>
</tr>
<tr>
<td>58.</td>
<td>Heimer, Thomas /Köhler, Thomas Auswirkungen des Basel II Akkords auf österreichische KMU</td>
<td>2004</td>
</tr>
<tr>
<td>57.</td>
<td>Heidorn, Thomas /Meyer, Bernd / Pietrowiak, Alexander Performanceeffekte nach Directors Dealings in Deutschland, Italien und den Niederlanden</td>
<td>2004</td>
</tr>
<tr>
<td>56.</td>
<td>Gerdesmeier, Dieter /Roffia, Barbara The Relevance of real-time data in estimating reaction functions for the euro area</td>
<td>2004</td>
</tr>
<tr>
<td>55.</td>
<td>Barthel, Erich /Gierig, Rauno /Kühn, Ilmhart-Wolfram Unterschiedliche Ansätze zur Messung des Humankapitals</td>
<td>2004</td>
</tr>
<tr>
<td>53.</td>
<td>Polleit, Thorsten The Slowdown in German Bank Lending – Revisited</td>
<td>2004</td>
</tr>
<tr>
<td>52.</td>
<td>Heidorn, Thomas /Siragusano, Tindaro Die Anwendbarkeit der Behavioral Finance im Devisenmarkt</td>
<td>2004</td>
</tr>
<tr>
<td>51.</td>
<td>Schütze, Daniel /Schalast, Christoph (Hrsg.) Wider die Verschleuderung von Unternehmen durch Pfandversteigerung</td>
<td>2004</td>
</tr>
<tr>
<td>50.</td>
<td>Gerhold, Mirko /Heidorn, Thomas Investitionen und Emissionen von Convertible Bonds (Wandelanleihen)</td>
<td>2004</td>
</tr>
</tbody>
</table>
49. Chevalier, Pierre / Heidorn, Thomas / Krieger, Christian
Temperaturderivat 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
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
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 Kapitalmarktheorie? 2001
30. Biswas, Rita / Löchel, Horst
Recent Trends in U.S. and German Banking: Convergence or Divergence? 2001
29. Löchel, Horst / Eberle, Günter Georg
Die Auswirkungen des Übergangs zum Kapitaldeckungsverfahren in der Rentenversicherung auf die Kapitalmärkte 2001
28. 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
### HfB – Working Paper Series
#### Centre for Practical Quantitative Finance

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

### HfB – Sonderarbeitsberichte der HfB - Business School of Finance & Management

<table>
<thead>
<tr>
<th>No.</th>
<th>Author/Title</th>
<th>Year</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>01.</td>
<td>Nicole Kahmer / Jürgen Moormann Studie zur Ausrichtung von Banken an Kundenprozessen am Beispiel des Internet (Preis: € 120,--)</td>
<td>2003</td>
</tr>
</tbody>
</table>

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