



Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski, Berlin

Berliner Bankenskandal – und was wir daraus lernen könnten

Die Entdeckung des Berliner Bankenskandals liegt bereits einige Zeit zurück. Die Politik / die Regierung in Berlin hat darauf reagiert. Dennoch ist ein Ende, wann Berlin die Folgen verkräftet haben wird, noch nicht in Sicht. Daher sind die Lösungsansätze, die der Autor des vorliegenden Beitrags nach eingehender Beschäftigung mit der Situation (auch zusammen mit anderen Experten) erarbeitet hat, heute nicht minder aktuell.

S. 60

- HFR 7/2005 S. 1 -

1 I. Die Größenordnungen

Am 16. April 2002 hat das Berliner Abgeordnetenhaus zugunsten der Bankgesellschaft Berlin (BGB) ein Risikoabschirmungsgesetz beschlossen¹. Durch dieses Gesetz werden Risiken, die sich möglicherweise in den nächsten Jahren bei der BGB verwirklichen, über den Landeshaushalt in Höhe von 21,6 Milliarden Euro abgesichert. Die Bankgesellschaft Berlin gehört zu mehr als 80 % der Stadt Berlin. Eine Risikoabschirmung in dieser Größenordnung zugunsten einer öffentlichen Bank ist in der Bundesrepublik einmalig – die Größenordnung entspricht etwa zwei Elbe-Flut-Katastrophen. Die Stadt Berlin, die über einen Jahreshaushalt von etwa 21 Milliarden Euro verfügt, müsste ein volles Jahr lang auf sämtliche Leistungen aus ihrem Haushalt verzichten, um den durch die BGB aufgehäuften Schuldenberg abzutragen.

2 Wohlgermerkt – der Schuldenberg droht nur – er ist (noch) keine Realität. Die 21,6 Milliarden Euro werden auch nicht auf einen Schlag auf die Stadt Berlin zurollen, sondern sich über einen Zeitraum von 25 bis 30 Jahren verteilen, wodurch sie allerdings nicht weniger werden. In der Gesamtschuldenlast der Stadt Berlin im Jahre 2004 (ca. 52 Milliarden Euro) sind die aus dem Bankenskandal resultierenden Risiken noch nicht enthalten. Vorsichtige Schätzungen gehen davon aus, dass sich der Schuldenberg Berlins trotz erheblicher Einsparungen bei Personal (500 Mio. Euro jährlich) und Investitionsausgaben (340 Mio. Euro jährlich) bis zum Jahre 2007 auf ca. 67 Milliarden Euro erhöhen wird². Diejenigen, die meinen man könnte die Finanzprobleme der Stadt Berlin durch ein geschicktes Krisenmanagement bei der Bankgesellschaft Berlin lösen, irren sich also leider.

3 Berlin hat – ganz unabhängig vom Bankenskandal – ein strukturelles Finanzproblem, das mit der jahrzehntelangen Teilung der Stadt zu tun hat und der daraus resultierenden Subventionsmentalität auf beiden Seiten der Mauer. Diese Mentalität verhindert bis heute grundlegende Strukturreformen im Bereich der städtischen Behörden, den Anstalten des Öffentlichen Rechts (wie beispielsweise den Universitäten) und den öffentlichen Unternehmen. Das Bewusstsein, dass man eine Stadt wie ein Unternehmen führen muss, dass es auch auf Effizienz und Effektivität ankommt, ist wenig ausgeprägt. Statt dessen lähmt ein riesiger Personalüberhang die Stadt und viele ihrer Institutionen.

4 Allein in der renommierten Humboldt-Universität zu Berlin werden Jahr für Jahr (bis mindestens 2012) 15 Mio. Euro in den Personalüberhang gesteckt. Dieses Geld, das in überflüssige Stellen investiert wird, wird bei der Forschung gespart, wo es dringend

¹ GVBl. Berlin vom 24.04.2002, S. 121 ff.

² Finanzplan des Berliner Senats bis 2007.

nötig wäre. Wir verzichten also Jahr für Jahr allein in der Humboldt-Universität auf Forschungsinnovationen in Umfang von etwa 20 Professuren einschließlich der damit verbundenen wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen, um mit dem auf diese Weise eingesparten Geld Stellen zu finanzieren, die überflüssig sind.

S. 61

- HFR 7/2005 S. 2 -

- 5 Die damit verbundenen Nebenwirkungen sind – neben der finanziellen Enge – von großer Bedeutung. Die Behörden und Organisationen, in denen Menschen arbeiten, die „eigentlich nicht gebraucht werden“, lähmen sich nach innen selbst. Die Angst den Arbeitsplatz zu verlieren, bestimmt das tägliche Geschehen. Jeder der wirklich effizient und effektiv arbeitet, ist automatisch Feind, weil er offen legt, dass die Arbeit innerhalb der Behörde sehr viel einfacher, schneller und bürgerfreundlicher erledigt werden könnte. Überbesetzte Behördenstrukturen schaffen – das gilt natürlich auch in privaten Unternehmen – eine *Mentalität der Bürokratisierung* – man schafft Arbeit durch Bürokratie, auch dort, wo dies nicht nötig ist. Gleichzeitig sinken Leistungsbereitschaft und Innovationskraft – die hochqualifizierten Mitarbeiter/innen wandern dorthin ab, wo man Kompetenz, Innovationskraft und Leistungsbereitschaft schätzt. In den Amtsstuben verbleiben dann diejenigen, für die die bloße Anwesenheit am Arbeitsplatz bereits hinreichende Legitimation für ihre Entlohnung ist. Das Allerschlimmste an diesem sich selbst lähmenden Kreislauf ist, dass diejenigen, die in diesem Kreislauf gefangen sind, nicht einmal die Chance bekommen, ihr eigenes Leben umzusteuern, neu zu orientieren und Fähigkeiten in sich selbst zu aktivieren, die das Leben wieder lebenswert machen, weil man erkennt, dass man tatsächlich gebraucht wird.
- 6 Warum es in Berlin – aber auch anderswo – so schwer ist aus diesen schlichten Wahrheiten praktische Politik zu machen, ist nicht leicht zu erklären. Vielfach wird das Aufrechterhalten von Überkapazitäten als soziale Wohltat verkauft, obwohl jeder weiß, dass als Folge dieser Wohltaten viele wirklich wichtige, in die Zukunft weisende Projekte nicht finanziert werden können und die Probleme derer, denen die Wohltaten kurzfristig zugute kommen, langfristig trotzdem nicht gelöst sind.
- 7 Was hat dies alles mit dem Bankenskandal in Berlin zu tun? Auf den ersten Blick wenig – auf den zweiten aber viel. Natürlich sind die strukturellen Probleme der Stadt Berlin nicht identisch mit den strukturellen Problemen der Bankgesellschaft Berlin. Aber – und das ist der zweite Blick – die Bankgesellschaft war und ist als öffentliche Bank des Landes Berlin eng mit der Berliner Politik verbunden. Viele bekannte Politiker der Stadt waren in maßgeblicher Position in der Bankgesellschaft tätig. Nur so dürfte man erklären können, warum die Bankgesellschaft bereit war, so viele Schrottimmobilien der Stadt Berlin in ihre Immobilienfonds zu übernehmen. Nur so wird man aber auch erklären können, wieso die Bankgesellschaft Berlin über einen langen Zeitraum überhaupt Geschäfte gemacht hat, von denen Insider bereits im Jahre 1995 sagten, dass sie notwendigerweise in den Ruin führen müssen. Und damit wären wir bei den Ursachen für das ganze Desaster.

S. 62

- HFR 7/2005 S. 3 -

8 II. Die Ursachen

Die Geschichte beginnt am 01. Januar 1994. An diesem Tag hat das Land Berlin seine Bankenbeteiligungen an der Berliner Bank AG, der Berliner Hypotheken- und Pfandbriefbank AG sowie der Landesbank Berlin, Anstalt des Öffentlichen Rechts (LBB), unter dem Dach der neugeschaffenen *Bankgesellschaft Berlin AG (BGB)* zusammengeführt. Erstmals in der Konzernrechtsgeschichte wurde damit eine Anstalt des Öffentlichen Rechts (LBB) den Weisungen einer juristischen Person des Privatrechts unterworfen

und so in ein hybrides Konzerngebilde eingefügt³. Das wesentliche Ziel dieser Holding-Konstruktion dürfte, so mutmaßt *Thorsten Fett* in seiner Dissertation, die Privatisierung des Anstaltsvermögens sein. Die angespannte Haushaltslage zwingt die öffentlichen Hände immer mehr ihr *Tafelsilber* zu veräußern.

- 9 Welche desaströsen Folgen diese katastrophale Fehleinschätzung gerade einmal sieben Jahre später haben sollte, war am 01. Januar 1994 sicher kaum vorherzusehen. Eines aber hätte man von Anfang an erkennen können und müssen. Durch die Integration der Landesbank Berlin, Anstalt öffentlichen Rechts (LBB), war eine Bank im Konzernverbund, für deren Verbindlichkeiten das Land Berlin als Gewährträger *uneingeschränkt* haftete (§ 5 Landesbankgesetz). Damit wurde geradezu ein Anreiz geschaffen, problematische Geschäfte über die LBB abzuwickeln, weil man sich bei diesen Geschäften immer auf die Gewährträgerhaftung des Landes Berlin berufen konnte. Umgekehrt konnte die LBB zugunsten des Gesamtkonzerns am internationalen Kapitalmarkt (z. B. in Irland) Kredit in geradezu unbegrenzter Höhe zu besten Konditionen aufnehmen, weil sie als Landesbank Berlin durch Berlin abgesichert war und folglich weltweit AAA-geratet war.
- 10 Diese aus der Natur der Gewährträgerhaftung resultierenden Anreize sollten letztlich die entscheidende Ursache für den Berliner Bankenskandal werden. Die LBB beschaffte über Jahre hinweg Kapital zur Ausfinanzierung der Konzerntöchter und übernahm – weitgehend durch harte Patronatserklärungen – letztlich das gesamte Konzernverlustrisiko. Im Ergebnis bedeutete dies, dass der Berliner Steuerzahler für die Verluste im Gesamtkonzern der Berliner Bankgesellschaft einstand. Abgesichert wurde dies schließlich durch das Gesetz über die Konkursunfähigkeit juristischer Personen des Öffentlichen Rechts des Landes Berlin⁴. Dieses Gesetz beruht auf der Annahme, dass ein öffentliches Unternehmen, für das das Land eine Gewährträgerhaftung übernommen hat, seinem Wesen nach nicht konkursfähig ist. Im Ergebnis wurde durch dieses Gesetz das letzte Schlupfloch, um aus der Gewährträgerhaftung noch herauszukommen, geschlossen. Eines stand jetzt fest: Egal wie viele Schulden man bei der LBB machte – eine Insolvenz drohte in keinem Falle. Die Bürger von Berlin standen vielmehr als Gewährträger für die Schulden des gesamten Konzerns zur Verfügung.
- 11 Es ist wichtig sich klarzumachen, dass in diesen zwei Bausteinen, der Gewährträgerhaftung einerseits und der Insolvenzunfähigkeit andererseits, die entscheidenden Ursachen für den Berliner Bankenskandal liegen. Hätte es diese Möglichkeit der unbegrenzten Schuldenübernahme des Gesamtkonzerns durch die LBB nicht gegeben, so wäre das Gesamtunternehmen sehr viel früher in die Nähe der drohenden Insolvenz gerückt und sehr viel früher saniert worden. Möglicherweise hätte man aber die Immobilienfondsgeschäfte, die das Desaster herbeigeführt haben, gar nicht erst gemacht, weil man das Kreditvolumen für Fonds dieser Art am internationalen Kapitalmarkt ohne Gewährträgerhaftung und damit eine AAA-Bewertung gar nicht bekommen hätte.
- 12 Die eigentliche Ursache des Berliner Bankenskandals liegt also in einem Fehler im Rechtssystem. Landesbanken, die im Eigentum der Öffentlichen Hand stehen, benötigen, wie jede andere Bank auch ein angemessenes Eigenkapital. Sie benötigen aber keine der Höhe nach völlig unbeschränkte *Gewährträgerhaftung des Landes*. Im Gegenteil: eine solche unbeschränkte Gewährträgerhaftung des Landes schafft automatisch Anreize dafür, geschäftliche Risiken einzugehen, die besser nicht eingegangen werden und die man unter marktüblichem Wettbewerbsdruck auch nicht eingehen könnte. Dieser Webfehler des Deutschen Rechts ist von der Europäischen Kommission seit langem erkannt und wird von ihr im Rahmen der Beihilferegeln des EG-Vertrages seit langem kritisiert. Inzwischen ist man dabei, das Gewährträgerhaftungssystem für die öffentlichen Banken in der Republik (dazu gehören auch die Sparkassen) zu refor-

³ Thorsten Fett, Öffentlich-rechtliche Anstalt als abhängiges Konzernunternehmen – dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des „Berliner Modells“ zur Konzernierung der Landesbank Berlin, Duncker&Humblot, Berlin 2000.

⁴ Gesetz vom 27.03.1990, Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin 46. Jahrgang Nr. 18 vom 03.04.1990.

mieren, nicht um diesen Banken das erforderliche Eigenkapital zu nehmen, sondern umgekehrt, um sie im Wettbewerb mit anderen Banken gleichzustellen. Zugleich wird auf diese Weise das Risiko der unbegrenzten Haftung zu Lasten der Bürger des Landes beseitigt.

S. 63

- HFR 7/2005 S. 4 -

13 III. Die Geschäfte

In der Öffentlichkeit werden gewöhnlich die Geschäfte, die später von den Tochtergesellschaften der LBB gemacht wurden, als die eigentlichen Ursachen des Berliner Bankenskandals dargestellt. Natürlich ist es richtig, dass es den gesamten Skandal ohne diese Geschäfte nicht gegeben hätte. Aber – und das ist, wenn man über die Fehler nachdenkt, die man in der Zukunft vermeiden sollte, wichtig – die eigentliche Ursache sind eben nicht die Geschäfte, sondern die ihnen zugrunde liegende Gewährträgerhaftung. Die Geschäfte wurden erst möglich, weil es die Gewährträgerhaftung gab. Alle Beteiligten konnten sich zurücklehnen und sagen, dass die mit den Immobiliengeschäften verbundenen Risiken letztlich ja vom Land Berlin aufgefangen werden. Was genau hat man getan?

- 14 Die Bankgesellschaft Berlin AG hat im Wesentlichen in den 90er Jahren über die Immobilien-töchter der Gruppe in großem Umfang Anteile an geschlossenen Immobilienfonds (LBB-Fonds) verkauft. Es sollen etwa 70.000 Anleger gezeichnet haben, darunter große professionelle Investoren, wie Versicherungsgesellschaften und kleine, wie etwa Politiker, Künstler, Ärzte, Rechtsanwälte oder Hochschullehrer. Die Fonds der LBB-Linie zeichneten sich durch zwei besondere Merkmale aus. Zum einen durch die Sicherheit der Erträge für den Anleger und zum anderen durch die steuerlichen Verlustzuweisungen in den ersten Jahren. Die Sicherheit der Erträge ergibt sich im Wesentlichen aus 25- bis 30-jährigen *Mietgarantien*, aus Generalmietverträgen zugunsten der Fonds sowie aus einem *Andienungsrecht*, das es dem Anleger erlaubt, seinen Anteil kurz vor Ablauf der Garantiezeit zum Nominalwert zurückzugeben. Durch die abgegebenen Garantien sind die Fonds fast als Garantiefond zu bezeichnen, dem Anleger verblieb nur ein geringes Restrisiko. Neben die 25-bis 30-jährige Mietgarantie (die Mieten wurden auf hohem Niveau garantiert: Stand 1998 bis 2000) trat in vielen Fällen eine 10-jährige Mindestverzinsung in Höhe von 7 bis 7,5 % bezogen auf das angelegte Kapital.
- 15 Noch besser wurden Kapitalanleger selten bedient. Die Rückzahlung des angelegten Kapitals ist durch das Andienungsrecht am Ende der Laufzeit gesichert – selbst wenn die Immobilien in den Fonds bis dahin ihren Wert vollständig verloren haben, bekommt der Anleger sein Kapital zurück. Während der Laufzeit der Kapitalanlage (25 bis 30 Jahre) wird das Kapital in den ersten 10 Jahren mit 7 bis 7,5 % verzinst, danach werden Mieteinnahmen auf dem Niveau der Jahre 1998 bis 2000 garantiert. Genau gesehen handelte es sich bei diesen Papieren um Anleihen mit einem Garantiezinssatz auf sehr hohem Niveau, verbunden mit hohen Verlustzuweisungen in den ersten Jahren und darauf resultierenden Steuereinsparungen entsprechend des persönlichen Steuersatzes des Zeichners.
- 16 Es ist klar, dass es nicht gerade schwierig war, die LBB-Fonds am Kapitalmarkt zu platzieren. Im Gegenteil, die Fondanteile wurden den Mitarbeitern der Bank geradezu aus den Händen gerissen. Die Mitarbeiter/innen waren ihrerseits begeistert, denn für den Verkauf der Fondanteile gab es natürlich Provisionen. Umgekehrt war es nun ein Leichtes in diese Fonds Schrottimmobilien zu verschieben. Der Anleger musste bei Erwerb des Fondanteils ja nicht mehr darauf achten, ob die Immobilien im Fond werthaltig waren oder nicht. Er hatte genügend Garantien und er wusste, dass das Land Berlin mit der Gewährträgerhaftung hinter all den Fondsrissen stand.
- 17 Kein Wunder, dass die Geschäfte der Bankgesellschaft Berlin nach außen hin ganz hervorragend liefen. Es wurde ein LBB-Fonds nach dem anderen aufgelegt und kurz nach der Platzierung waren die Anteile auch schon verkauft. Das Volumen reichte nie. Es musste immer an die besonders guten Kunden zugeteilt werden. Umgekehrt hatten alle

anderen Fondanbieter größte Schwierigkeiten ihre Anteile auf dem Markt zu platzieren, weil sie mit dem LBB-Fonds nicht mithalten konnten. Große Bauträger, auch aus der Stadt Berlin, berichten, dass es in jener Zeit praktisch nicht mehr möglich war, Bauvorhaben mit Hilfe von Immobilienfonds zu finanzieren, weil man diese in Konkurrenz zu den LBB-Fonds einfach nicht verkaufen konnte.

- 18 Eines müsste den Vorständen und Aufsichtsräten der Bankgesellschaft ebenso wie den Wirtschaftsprüfern, den Kontrolleuren in der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in jener Zeit aber doch aufgefallen sein: Obwohl die Geschäfte der Bankgesellschaft Berlin durch das extrem starke Aufblähen der Immobilienfonds immer schneller und immer größer wuchsen, machte keiner der am Markt tätigen Wettbewerber – also vor allem die anderen Banken – das Modell der Bankgesellschaft Berlin nach. Das ist im Wettbewerb ungewöhnlich, denn ein erfolgreiches Geschäftsmodell wird im Normalfall sofort kopiert und nachgeahmt, um dem erfolgreichen Innovator Marktanteile abzunehmen. Woran lag es, dass keine andere Bank in Deutschland vergleichbare Fonds auflegte, während doch die BGB Jahr für Jahr exponentielles Wachstum verkünden konnte?

S. 64

- HFR 7/2005 S. 5 -

19 **IV. Die Verluste**

Die Antwort ist einfach. Die Wettbewerber der BGB haben die Geschäftsidee der LBB-Fonds deshalb nicht nachgeahmt, weil sie von Anfang an wussten, dass man damit eine Bruchlandung machen muss. Das hat auch der Wirtschaftsprüfer *Achim Walther* bereits im Frühsommer 1997 bei einer Sonderprüfung der BGB attestiert. Der Walther-Bericht vom 24.07.1997 kommt zu dem Ergebnis, dass die „LBB-Fonds erhebliche steuerliche Risiken enthalten“. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Steuervorteile zu Unrecht erbracht worden sind. Es seien sogar berechtigte Zweifel angebracht, ob überhaupt ein Totalüberschuss auf Dauer erreicht werden könne. Es könne eine Insolvenz der LBB als Folge der Fondsgestaltung nicht ausgeschlossen werden.

- 20 Die Zweifel und Überlegungen des Walther-Berichtes wurden von einem Sonderprüfbericht nach § 44 KWG vom 14.03.2000 angefertigt und von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft FASSELLT METTE & Partner in vollem Umfang unterstrichen und verstärkt. Damals wurde darauf hingewiesen, dass Verluste in einem Umfang von 19 Milliarden DM in der Bilanz nicht zutreffend ausgewiesen waren.
- 21 Diese Verluste, die durch das hektische Auflegen weiterer, immer größerer LBB-Fonds (wie in einem Schneeballsystem) zunächst noch kaschiert wurden, führten schließlich zum Abschirmungsgesetz vom 16.04.2002. In diesem Gesetz wird der Senat von Berlin ermächtigt, eine Garantie von höchstens 21,6 Milliarden Euro für vertraglich näher zu bestimmende Risiken aus dem Immobiliendienstleistungsgeschäft der Bankgesellschaft Berlin zu übernehmen. Die Laufzeit der Garantie endet spätestens mit Ablauf des Jahres 2032. Die Garantie bezieht sich nicht auf die Risiken, die daraus resultieren, dass nach dem 31.12.2000 Immobilienfonds aufgelegt wurden, und nicht auf Risiken, aus nach dem 31.12.2001 vorgenommenen sonstigen Neugeschäften. Schließlich heißt es in § 1 Abs. 3 des Garantiegengesetzes, dass die Garantie von den begünstigten Gesellschaften nur in dem zwingend notwendigen Ausmaß in Anspruch genommen werden kann. Weiter ist sicherzustellen, dass die Garantie nicht für Leistungen gilt, die *ohne Rechtspflicht* (z.B. Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz von Treu und Glauben) erbracht werden.
- 22 Man kann bezweifeln, ob es überhaupt nötig gewesen wäre, ein solches Garantiegesetz zu verabschieden. Die ohnehin bestehende Gewährträgerhaftung des Landes und die mit ihr verbundene Anstaltslast haben die auf die LBB verlagerten Risiken der gesamten BGB ohnehin aufgefangen. Das Abschirmungsgesetz hat also nur dann zusätzliche Wirkungen entfaltet, wenn Teile der Risiken des Gesamtkonzerns BGB womöglich doch nicht vollständig auf die LBB verlagert gewesen sein sollten. Nach heutigen Erkenntnissen scheint es aber so zu sein, dass die LBB für alle Immobiliengeschäfte des Konzerns

sowieso einstand, sei es über Erklärungen in den Fonds-Prospekten, sei es über harte Patronatserklärungen oder interne Garantien und Konzernverlustübernahmen. Eines hat das Abschirmungsgesetz aber in jedem Falle bewirkt – es hat das Desaster in der Bankgesellschaft Berlin öffentlich gemacht und damit einen politischen Prozess und eine Diskussion ausgelöst, die bis heute nicht abgeschlossen ist.

S. 65

- HFR 7/2005 S. 6 -

23 V. Risikobegrenzung

Was kann man in einer solchen Situation eigentlich tun? Das Kind ist in den Brunnen gefallen – die Riesenverluste sind gemacht – da kann man doch nichts mehr ändern – oder doch?

24 Ein Argumentationspapier vom 27.02.2002, mit dem den Abgeordneten von Berlin die Gründe für die Abschirmung vorgetragen wurden, kommt jedenfalls zu dem Fazit, dass die von der Senatsverwaltung gewählte Form der Risikoabschirmung mit großer Wahrscheinlichkeit der den Haushalt Berlins am wenigsten belastenden Umgang mit der Haftung des Landes darstellt. Eine Risikoabschirmung, so heißt es dort, sei notwendig, um den Bestand des Bankkonzerns zu sichern und würde zu einer Verbesserung der Position der Bank am Geld- und Kapitalmarkt beitragen.

25 Diese Einschätzung wird heute auch vom Untersuchungsausschuss „Bankgesellschaft“, der im April 2001 vom Abgeordnetenhaus eingesetzt wurde, nicht mehr geteilt. Der Vorsitzende dieses Untersuchungsausschusses *Frank Zimmermann (SPD)* schreibt am 30.01.2003: „ Zu Beginn des Jahres (2003) ist der Untersuchungsausschuss zur Aufklärung des Bankenskandals in eine neue Phase eingetreten. Nach den notwendigen Vorermittlungen werden nun detailliert die Entwicklung der Immobilienfonds, die Kreditvergabe, der Ankauf der Vorratsimmobilien und die Bildung des Schattenkonzerns innerhalb der Bankgesellschaft untersucht. Der Milliardenkandal wird systematisch bearbeitet.“

26 „Gegen die Hauptverantwortlichen der Schäden für das Land und die Bank ermittelt die Staatsanwaltschaft unter anderem wegen Untreue und Kapitalanlagebetrugs. Gegen verantwortliche, ehemalige Bank- und Fondsmanager hat die Bankgesellschaft entweder Schadensersatzklage erhoben oder – zur Sicherung der Durchsetzbarkeit – den Verzicht auf die Einrede der Verjährung erwirkt. Auch gegen vermeintliche Zahlungsansprüche ausgeschiedener Bankvorstände geht die Bank vor. In zwei der sieben arbeitsrechtlichen Verfahren wegen fristloser Kündigung liegt ein erstinstanzliches Urteil vor; in diesem Verfahren hat die Bankgesellschaft obsiegt. Darüber hinaus werden juristische Schritte gegen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vorbereitet.“

27 Ferner wird jede geltend gemachte Leistung streng auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft. Es gilt „Forderungen abzuwehren, zu deren Erfüllung das Land nicht verpflichtet ist. Dazu gehört z.B. auch die Rückabwicklung von Fonds, soweit dies rechtlich möglich und wirtschaftlich sinnvoll ist.“ Dieses „Vertragsmanagement“ obliegt der landeseigenen Gesellschaft zum Controlling der Immobilien-Altrisiken, deren Geschäftsführer zum 01.12.2002 seine Tätigkeit aufgenommen hat.

S. 66

- HFR 7/2005 S. 7 -

28 Diese *neue Phase* auf die *Frank Zimmermann* verweist, ist auch Ergebnis einer intensiven öffentlichen Diskussion über die Bankenkrise in Berlin. Als Teil dieser Diskussion hatte sich ein *wissenschaftlicher Arbeitskreis* zur Bankgesellschaft Berlin gegründet und am 28.01.2003 zehn Thesen zur Überwindung der Bankenkrise in Berlin vorgestellt⁵.

⁵ Der Wissenschaftliche Arbeitskreis bestand aus Prof. Dr. Albrecht Dehnhard (Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege), Frau Mathilde Stanglmayr (Dipl. Volkswirtin), Privatdozent Dr. Markus C. Kerber (Technische Universität Berlin), Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski (Humboldt-Universität zu Berlin), Achim Klaiber (Humboldt-Universität zu Berlin), Dr. Frank Rodloff (Fachanwalt für Steuerrecht, Berlin).

Die zehn Thesen zur Überwindung der Bankenkrise in Berlin sind hier im Anhang beige-fügt. Im Kern ging es darum, die Konditionen der Fondsverträge auf das marktübliche Niveau zurückzuführen. Die Fondszeichner sollten so gestellt werden, wie andere Fondszeichner standen und stehen, die vergleichbare Immobilienfonds erworben hatten. Es geht darum, die 25- bis 30-jährigen Mietgarantien auf ein marktübliches Niveau von etwa fünf Jahren zurückzuführen. Das Andienungsrecht am Ende der Laufzeit muss ersatzlos wegfallen. Die Zinsgarantie für die ersten zehn Jahre (7 bis 7,5%) muss auf das marktübliche Niveau zurückgeführt werden. Das bedeutet im Normalfall gar keine zusätzliche Zinsgarantie, allenfalls eine auf dem Niveau von Staatsanleihen (zzt. etwa 3,5%). Vertiefende Argumente finden Sie in Anlage 3.

- 29 Grundgedanke war und ist, dass die Anteilszeichner so behandelt werden, wie dies von steuerrechtlich begünstigten *Unternehmern* erwartet werden kann. Der Steuervorteil wird nämlich dafür gewährt, dass der Anteilszeichner ein mitunternehmerisches Risiko trägt. Wenn er die Steuervorteile generieren will – wie hier – so muss er sich also auch so behandeln lassen wie ein Unternehmer, sprich, die in den Fonds schlummernden Risiken selbst tragen. In einem zweiten, sehr wichtigen Schritt (These 3) hat der wissenschaftliche Arbeitskreis klargestellt, dass die Gewährträgerhaftung des Landes Berlins nur für einen kleinen Teil der Verbindlichkeiten und nur in Höhe des angemessenen Eigenkapitals der Bankgesellschaft Berlin besteht. Das hängt auf der einen Seite mit der *ultra-vires-Doktrin* und auf der anderen Seite mit dem Europäischen Beihilferecht zusammen. Ein Beitrag, der diese beiden Argumentationslinien etwas schärfer untersucht, ist hier als Anlage 2 beige-fügt. Dort werden die entscheidenden juristischen Überlegungen ausgearbeitet und ausgeführt. Der Grundgedanke ist, dass das Land Berlin in Wirklichkeit nur für einen Teil der Verbindlichkeiten der BGB einsteht, nämlich in Höhe eines angemessenen Eigenkapitals. Alle darüber hinaus gehenden Verbindlichkeiten treffen die Stadt nach geltendem Recht nicht, so dass eine Risikoabschirmung, wie sie am 16.04.2002 für erforderlich gehalten wurde, gar nicht nötig gewesen wäre. Letztlich ist diese Risikoabschirmung aber nicht problematisch für die Stadt Berlin, weil ja nur Risiken abgeschirmt werden, die es rechtlich gibt. Die Garantie darf nicht für Leistungen in Anspruch genommen werden, die ohne Rechtspflicht erbracht wurden. Wenn die Gewährträgerhaftung der Stadt Berlin also in Höhe des angemessenen Eigenkapitals der Bankgesellschaft endet, schuldet sie keine weiteren Leistungen aus der Stadtkasse. Das hat das Abschirmungsgesetz sogar ausdrücklich noch einmal bestätigt.
- 30 Neben diesen Risikobegrenzungen innerhalb des Fondsgeschäfts und innerhalb der Gewährträgerhaftung geht es, worauf *Frank Zimmermann* zu Recht hinweist, darum, die Verantwortlichen für das, was sie getan haben, angemessen in Anspruch zu nehmen. Das entspricht auch der Auffassung des Wissenschaftlichen Arbeitskreises. These 5 lautet, dass das geltende Haftungs- und Strafrecht auch das Fehlverhalten jener Personen erfasst, die in der Bankgesellschaft, z. B. im Aufsichtsrat, mitverantwortlich für die Gesamtentwicklung des Konzerns waren. In These 10 wird darauf hingewiesen, dass sich die Haftung der Wirtschaftsprüfer nach dem geltenden Handelsrecht nicht nur auf Vorsatz, sondern auch auf Fahrlässigkeit erstreckt. Die Unfähigkeit des Bundesauf-sichtsamtes für das Kreditwesen (heute BaFin), die Krise der Bankgesellschaft frühzeitig zu verhindern, legt auch die Frage der Haftung des Amtes nahe.

S. 67

- HFR 7/2005 S. 8 -

31 **VI. Was lernen wir daraus?**

Was kann man aus alledem lernen? Kann man überhaupt etwas lernen oder kann man nur resigniert zuschauen oder sich frustriert abwenden? Ich glaube schon, dass wir eine ganze Menge aus dem Bankenskandal lernen können – zunächst und vor allem, dass es sich lohnt sich mit diesen schwierigen und unzugänglichen Fragen öffentlich zu beschäftigen, und dass es keinesfalls so ist, dass der Einzelne keinen Einfluss auf die öffentliche Diskussion nehmen kann. Es kommt allerdings entscheidend auf die Art der Argumente und auf ihre Überzeugungskraft an.

- 32 Was wir auf alle Fälle in Zukunft ändern müssen, ist das System der *Gewährträgerhaftung* des Staates für bestimmte öffentliche Unternehmen. Es darf nicht noch einmal vorkommen, dass der Staat für die Schulden eines öffentlichen Unternehmens unbegrenzt einsteht. Das gilt nicht nur für Sparkassen oder Landesbanken, sondern für jede andere Form staatlicher Gewährträgerhaftung in gleicher Weise. Überall dort, wo der Staat für Verluste eines öffentlichen Unternehmens einsteht, muss gesichert sein, dass es für die Verlustübernahme eine angemessene Verlustobergrenze gibt. Anderenfalls wird das Management des Unternehmens geradezu aufgefordert, das Geld der Steuerzahler zum Fenster hinauszuwerfen.
- 33 Wichtig ist es in diesem Zusammenhang sich klarzumachen, dass unser geltendes Recht eine Begrenzung der Gewährträgerhaftung des Staates auf ein im Einzelfall jeweils *angemessenes Niveau* **zwingend vorschreibt**. Insoweit besteht keine Beliebigkeit. Das hängt mit der Grundkonzeption unserer freien und sozialen Marktwirtschaft zusammen, die es nicht erlaubt, unternehmerische Risiken mir nichts dir nichts einfach auf den Steuerzahler zu verlagern. Damit setzt sich nämlich die Marktwirtschaft selbst außer Kraft.
- 34 Daraus folgt, dass Parlamentarier, die in ihren Gesetzen nicht dafür sorgen, dass unbegrenzt bestehende Gewährträgerhaftungen auf ein angemessenes Niveau zurückgeführt werden, nunmehr für dadurch eintretende Schäden *persönlich mit ihrem Privatvermögenhaften* haften. Das folgt sowohl aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot, an das die gesamte öffentliche Hand gebunden ist, als auch aus dem Grundsatz der persönlichen Haftung der Abgeordneten, wie er in den Verfassungen und Landeshaushaltsgesetzen der Republik verankert ist.
- 35 In einem zweiten Schritt sollten wir der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) den Rücken stärken und dafür sorgen, dass sie bei Schieflagen, die sie Mitte der 90er Jahre bereits in der BGB erkannt hat (insgesamt wurden zwanzig Sonderprüfungen durchgeführt), schneller und radikaler korrigiert. Vor allem muss die BaFin nicht nur Maßnahmen zur Veränderungen im Management vornehmen, sondern auch Produkte aus dem Markt nehmen dürfen, die sich für das Unternehmen als signifikant verlustbringend und damit existenzgefährdend erweisen.
- 36 Schließlich müssen die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften verpflichtet werden, die aus einer formal möglicherweise noch zulässigen Produktkonstruktion auf das Unternehmen zukommenden wirtschaftlichen Risiken nicht nur offen zu legen, sondern bei existenzgefährdenden Risiken den Bestätigungsvermerk nach § 322 HGB zu verweigern und die Konsequenzen der fehlerhaften unternehmerischen Entscheidungen im Prüfungsbericht offen zu legen⁶.
- 37 Schließlich müssen sich die Anteilseigner (also die öffentlichen Hände) ganz erheblich an die eigene Nase fassen. Wie kann es sein, dass sie aus ihren eigenen Reihen sowohl Vorstände als auch Aufsichtsräte entsendet? Genauso ist es aber in der BGB gewesen – wichtige Politiker im Land Berlin waren Mitglied des Vorstands von großen Tochtergesellschaften der BGB und andere sehr wichtige Politiker waren im Aufsichtsrat des Konzerns – wenn auch an anderer Stelle tätig. In einer – bisher noch ausstehenden – Diskussion über die Corporate öffentliche Unternehmen sollten wir klarstellen, dass es solche, die Kontrolle letztlich aushebelnden, Entsendungen nicht mehr geben darf. Die Devise muss anders herum lauten: Öffentliche Unternehmen müssen – genauso wie private Unternehmen – ihrem eigenen Unternehmensinteresse verpflichtet sein. Es geht darum, aus der Perspektive des Unternehmensgegenstandes so effizient und effektiv wie möglich zu arbeiten. Wenn dies gelingt, so kann das öffentliche Unternehmen später anständige Gewinne an die Landeskasse abführen.
- 38 Die Vorstände und Geschäftsführer öffentlicher Unternehmen sind also nicht den (indi-

⁶ vgl. hierzu die vertieften Überlegungen in Anlage 4.

rekten) Weisungen der Anteilseigner ausgesetzt, sondern allein dem Wohl des Unternehmens verpflichtet. Das hat natürlich auch bei der BGB immer und dauerhaft gegolten. Wieso die Vorstände das Unternehmen derart desaströs behandelt haben, ist ein bis heute nicht wirklich geklärtes Geheimnis. Vielfach wurde gemutmaßt, dass sich das eine oder andere Vorstandsmitglied möglicherweise durch die Art der Geschäfte bereichert hat. Anzeichen dafür, dass dieser Vorwurf tatsächlich wirklich zutreffen könnte, haben sich bisher nicht verfestigt. Wenn dem aber so ist, dann ist die Frage, wieso ein Vorstand Produkte im großen Stil verkaufen kann, die sein Unternehmen geradezu zwangsläufig in die Insolvenz führen, umso drängender gestellt.

S. 68

- HFR 7/2005 S. 9 -

39 **A. Anlage 1****Wissenschaftlicher Arbeitskreis zur Bankgesellschaft Berlin⁷****Zehn Thesen zur Überwindung der Bankenkrise in Berlin****Pressegespräch am 28. Januar 2003****Langfassung**40 **Vorbemerkung:**

Der Wissenschaftliche Arbeitskreis Bankgesellschaft Berlin besteht aus einer Reihe von unabhängigen Wissenschaftlern ganz unterschiedlicher Fachrichtungen, die sich zusammengefunden haben, um ihrem Unbehagen an der Bewältigung der Krise der Bankgesellschaft Berlin durch wissenschaftlich fundierte Anregungen Ausdruck zu verleihen. Der Arbeitskreis versteht sich als Sprachrohr jener Menschen in unserer Stadt, die ebenso wie die Mitglieder des Arbeitskreises von der Krise der Bankgesellschaft völlig überrascht wurden und nun praktisch hilflos mit ansehen, wie der Berliner Senat im Wesentlichen unter Ausschluss der Öffentlichkeit versucht, die katastrophalen Folgen der Bankenkrise - es handelt sich möglicherweise um den Gegenwert von zwei Elbe-Flutkatastrophen - mehr schlecht als recht zu lösen. In der Öffentlichkeit drängt sich der Eindruck auf, als würde das Ausmaß der vom Land Berlin letztlich zu tragenden Risiken verschleiert und verniedlicht werden. Darüber hinaus scheint es so, als würden Konzepte zur Bewältigung oder doch zumindest zur Verkleinerung der Krise nicht oder allenfalls höchst zögerlich zur Kenntnis genommen werden. Aus diesem Grund hält es der Wissenschaftliche Arbeitskreis für erforderlich, *zehn Thesen* vorzustellen, mit deren Hilfe es zumindest plausibel erscheint, einen Teil der Probleme, die Berlin durch die Bankenkrise entstanden sind, zu lösen oder doch zumindest zu minimieren.

S. 69

- HFR 7/2005 S. 10 -

41 **These 1:**

Die Fondsverträge sind auf das marktübliche Niveau zurückzuführen.

42 **Begründung:**

Die weit überdimensionierten 25-30-jährigen Mietgarantien sind auf ein *marktübliches* Niveau (5 Jahre) zurück zu führen; das Andienungsrecht am Ende der Laufzeit (Rückgabe des Anteils zum Nominalwert) fällt ersatzlos weg. Diese Korrektur auf vertragsrechtlicher Ebene erfolgt über § 138 BGB unter Rückgriff auf die Wertungen des verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzips, des Übermaßverbotes und des Prinzips der

⁷ Der Wissenschaftliche Arbeitskreis besteht Frau Mathilde Stanglmayr (Dipl.-Volksw.), Priv.-Doz. Dr. Markus C. Kerber (TU), Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski (HU), Achim Klaiber (HU), Herr Dr. Frank Rodloff (Fachanwalt für Steuerrecht) und Prof. Dr. Christoph Paulus (HU), Prof. Dr. C. Rasenack (TU), Prof. Dr. Peter Ries (FHVR), Prof. Dr. Martin Kutscha, Uwe Scharnhorst (Rechtsanwalt und Notar), Percy Mac Lean (Vorsitzender Richter)

angemessenen Lastenteilung. Objektiv handelt es sich zwischen Leistung und Gegenleistung für den einzelnen Fonds um ein *auffälliges Missverhältnis* - der Fondszeichner bezahlt die völlig überdimensionierten Mietgarantien nicht. Damit fließt ihm eine Gegenleistung zu, für die im Ergebnis nicht die Bank, sondern der Steuerzahler einsteht. Hierfür gibt keinerlei Rechtfertigung durch die Rechtsordnung, da Marktrisiken in einer Marktwirtschaft gerade nicht vom Staat, sondern vom Investor selbst (hier dem Fondszeichner), getragen werden. Diese Verschiebung der Risiko- und Lastenverteilung innerhalb der Fondsverträge verletzt das bürgerlich-rechtliche *Äquivalenzprinzip*.

- 43 Man könnte deshalb auch darüber nachdenken, ob als rechtstechnisches Anpassungsinstrument die Lehre von der *Störung der Geschäftsgrundlage* anzuwenden ist. Diese Lehre, die heute in § 313 BGB (sehr ähnlich: § 60 VerwVerfG) verankert ist, sieht eine Vertragsanpassung vor, wenn sich die Umstände, die Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien unter diesen Umständen den Vertrag mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten. So dürfte es hier sein.
- 44 Zu beachten ist, dass die Fondszeichner besser dastehen, wenn sie die Garantien auf das marktübliche Maß zurückführen. Vor allem erhalten Sie sich dann ihre **Steuervorteile**. Außerdem ist nicht ausgeschlossen, dass ein Teil der in den Fonds lagernden Immobilien in den nächsten Jahrzehnten an Wert gewinnt und dass möglicherweise ein Teil der Fondsrisiken auch durch Sanierungsmaßnahmen innerhalb der Fonds beseitigt werden kann.
- 45 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass es erstaunlich ist, dass die Anleger für die von ihnen gezeichneten Anteile überhaupt Steuervorteile bekommen. Sie tragen wegen der langfristigen Mietgarantien praktisch kein unternehmerisches Risiko. Das ändert sich, wenn Mietgarantien und Andienungsrecht auf das marktübliche Niveau zurückgeführt werden, denn dann tragen die Anleger oberhalb von etwa fünf Jahren das Risiko der Miet- und Wertentwicklung der Immobilien selbst. Hiervon ausgehend sind die vom Staat gewährten Steuervorteile nunmehr gerechtfertigt, weil die Anleger tatsächlich ein unternehmerisches Risiko tragen.

S. 70

- HFR 7/2005 S. 11 -

46 **These 2:**

Die Insolvenzunfähigkeit der LBB verstößt gegen elementare Grundsätze der Verfassung und des europäischen Rechts.

47 **Begründung:**

Welche fatalen Fehlanreize von der Anordnung der Konkursunfähigkeit der Landesbank durch das Gesetz über die Konkursfähigkeit Juristischer Personen des öffentlichen Rechts (GVOBl. Berlin v. 03.04.1990) ausgingen, ist bereits unter ökonomischen Gesichtspunkten dargelegt worden. Die dadurch geschaffene Gefährdung öffentlichen Vermögens veranlasst dazu, die verfassungsrechtliche Problematik derartiger legislativer Risikoübernahmen besonders intensiv zu durchdenken. Dabei geht es um die Frage, ob das formale Erfordernis des Art. 87 I Verfassung von Berlin (VvB) eines Gesetzes für derartig folgenreiche "Sicherheitsleistungen" zugunsten der Gläubiger von öffentlichen Unternehmen einer klaren materiell-rechtlichen Obergrenze bedürfen. Denn die Anordnung der Konkursunfähigkeit der Landesbank führt - neben der systematischen Attraktion für schlechte Risiken- zu einer unbegrenzten Haftung des Landes für die Verbindlichkeiten dieses Kreditinstituts. Unbegrenzte Risikoübernahmen erlaubt das Bundesfinanzverfassungsrecht ausweislich Art. 115 I 1 Grundgesetz (GG) gerade nicht. Dass ein ausdrücklicher Hinweis auf die Bestimmung bzw. Bestimmbarkeit der Risikoübernahme in der VvB fehlt, ist unschädlich für das verfassungsrechtliche Verdikt. Denn aus der verfassungskonkretisierenden Norm des § 39 LHO ergibt sich das strikte Verbot illimitierter Risikoübernahmen. Sie ist wortlautgleich mit der Bestimmung des §

39 BHO, die ihrerseits Art. 115 I 1 GG konkretisiert.

S. 71

- HFR 7/2005 S. 12 -

48 **These 3:**

Die Gewährträgerhaftung des Landes Berlins besteht nur für einen Teil der Verbindlichkeiten und nur in Höhe des angemessenen Eigenkapitals der Bankgesellschaft.

49 **Begründung:**

(1) Nach § 5 des Gesetzes über die Errichtung der Landesbank Berlin⁸ (LBB-G) haftet das Land uneingeschränkt für deren Verbindlichkeiten. Zu klären ist zunächst einmal, welche Verbindlichkeiten eigentlich bei der Landesbank entstanden sind. Eine zuverlässige Beurteilung der Rechtslage setzt eine Kenntnis der von der LBB abgeschlossenen Verträge voraus. Auch ohne eine solche Kenntnis wird man aber wohl von der Geltung folgender Grundsätze ausgehen können:

50 * Verträge zwischen der LBB und der Bankgesellschaft (einschließlich ihren Tochtergesellschaften), die den Zweck verfolgen, eine Haftung der LBB und damit die des Landes Berlin zu begründen ("Patronatserklärungen"), sind ultra vires und damit nichtig. Das Recht, eine konzernweite Verlustausfallgarantie zu begründen, steht weder der LBB noch der Bankgesellschaft zu. Für derartige "Verbindlichkeiten" haftet weder das Land als Gewährträger noch die Landesbank mit ihrem Vermögen. Dies ergibt sich u.a. aus § 65 Abs.1 S.1 Nr.2 der Landeshaushaltsordnung (LHO). Danach soll sich das Land Berlin nur dann an Unternehmen in Privatrechtsform beteiligen, wenn "die Einzahlungspflicht Berlins auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist". Dieser Grundsatz, der in allen Landeshaushaltsordnungen und in der Bundeshaushaltsordnung vorgesehen ist, würde unterlaufen, wenn die Gewährträgerhaftung auch auf den privatrechtlichen Teil der LBB erstreckt würde.

51 * Schließlich dürfte die Gewährträgerhaftung des Landes bei Verbindlichkeiten entfallen, die nicht im Zusammenhang mit den öffentlichen Aufgaben der Landesbank entstanden sind. Der Sinn der Gewährträgerhaftung besteht darin, Risiken, die im öffentlichen Interesse eingegangen worden sind, abzusichern.

52 (2) Darüber hinaus ist die Europäische Kommission seit langem der Auffassung, dass die deutsche Gewährträgerhaftung mit dem europäischen Beihilferecht nicht zu vereinbaren ist. Nun sollen die Steuerzahler in Berlin zum ersten Mal für große Verluste einstehen, die unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen, im Rahmen einer Insolvenz, von den Gläubigern der LBB zu tragen wären. Mit Blick auf diese außergewöhnliche Situation ist zu fragen, ob die auf Berlin lastende Gewährträgerhaftung nicht auch heute schon auf das *europarechtlich zulässige Höchstmaß* begrenzt ist. Dafür spricht, dass die Beihilferegeln des europäischen Vertrages nach allgemeiner Meinung Verbote enthalten, die in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, somit auch in Berlin, *unmittelbare Wirkung* entfalten. Hiervon ausgehend bedeutet das, dass die der LBB unterlegte staatliche Gewährträgerhaftung auch für die Vergangenheit auf das *angemessene Niveau* zu begrenzen ist. Angemessen wäre in dieser Situation eine marktübliche Eigenkapitalausstattung für einen Bankkonzern vergleichbarer Struktur und Größe. Wahrscheinlich liegt die angemessene Eigenkapitalausstattung für einen Konzern in der Größe der Bankgesellschaft, etwa bei 3 bis 4 Mrd. €. Dies wäre zugleich die Höchstgrenze für eine etwaige Gewährträgerhaftung seitens Berlin. Alle darüber hinausgehenden in der Vergangenheit entstandenen Verluste würden somit nicht mehr durch die Gewährträgerhaftung des Landes Berlins aufgefangen werden.

S. 72

- HFR 7/2005 S. 13 -

⁸ GVBl. Berlin v. 23. 12. 1993 (S. 626 ff.)

53 **These 4:**

Das Gesetz über die Ermächtigung des Senats zur Übernahme einer Landesgarantie ("Risikoabschirmungsgesetz") vom 16. 4. 2002 verstößt gegen elementare Grundsätze des Haushaltsrechts und läuft deshalb ins Leere.

54 **Begründung:**

(1) Durch das Gesetz vom 16. 4. 2002⁹ wird der Senat ermächtigt, für bestimmte Risiken "eine Garantie i. S. von § 39 Abs. 1 der Landeshaushaltsordnung zu übernehmen". Solche Garantien dürfen für Projekte gewährt werden, die voraussichtlich erfolgreich sind. Ist ein Projekt bereits gescheitert oder ist mit großer Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass es scheitern wird, ist eine Garantieübernahme nicht mehr möglich. Verbindlichkeiten, die bereits bestehen oder mit denen mit großer Wahrscheinlichkeit gerechnet werden muss, darf der Senat aufgrund des Gesetzes vom 16. 4. 2002 nicht übernehmen. Es wäre dies eine Schuldübernahme. Für eine solche müsste die Ermächtigung Haushaltsgesetz erklärt werden.

55 Das Gesetz vom 16. 4. 2002 **ermächtigt** den Senat daher **nicht, Schulden** der Bankgesellschaft, **die bereits entstanden sind** oder mit hoher Wahrscheinlichkeit entstehen werden, **zu übernehmen**. Die meisten Zahlungsverpflichtungen der Bankgesellschaft, z.B. die aus den Fondsgeschäften, sind aber bereits entstanden oder mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten. Manche Beobachter gehen davon aus, dass auf die Bankgesellschaft voraussichtlich Forderungen in Höhe von 40 Mrd. Euro zukommen. Alle diese Verbindlichkeiten sind keine Risiken, sondern zu erwartende Schulden, für die der Senat keine Garantieerklärung i. S. von § 39 LHO abgeben darf. Sofern der Senat in einer "Detailvereinbarung" dies getan hat, hat er ohne die erforderliche Ermächtigung gehandelt.

56 (2) Der Haftungsrahmen des Gesetzes muss zudem durch **rationale Kalkulation** errechnet werden. Für die im Gesetz vorgesehene "Begrenzung" auf 21,6 Mrd. Euro ist bisher eine solche nachvollziehbare Wirtschaftlichkeitsrechnung nicht bekannt geworden. Solange nicht erkennbar ist, wie die Zahl 21,6 Mrd. Euro zustande gekommen ist, ist das Gesetz auch aus diesem Grund fehlerhaft.

57 (3) Fehlerhaft war ferner das **Verfahren**, da weder der Senat und die Senatsverwaltungen noch das Abgeordnetenhaus und seine Ausschüsse Gelegenheit hatten, den Gesetzentwurf in der seiner Tragweite entsprechenden Sorgfalt zu beraten.

58 (4) Daraus folgt: Vereinbarungen zwischen dem Senat und der Bankgesellschaft zur Übernahme von Schulden, die im April 2002 bereits erkennbar waren, würden gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und daher nichtig sein. Die maßgebliche Verbotsnorm ist Art. 87 Abs. 1 Verfassung von Berlin: "Ohne gesetzliche Grundlage dürfen weder Steuern oder Abgaben erhoben noch ...Sicherheiten geleistet werden." Nach all dem ergibt sich, dass durch die Detailvereinbarung das Land Berlin nicht verpflichtet worden ist, für die Schulden der Bank einzustehen. Das "Risikoabschirmungsgesetz" läuft im wesentlichen ins Leere.

59 (5) Allerdings könnte das Abgeordnetenhaus, auch ohne diese Verpflichtung, die Schulden der Bankgesellschaft im nächsten Haushaltsgesetz übernehmen, etwa im Nachtragshaushalt für 2003. Nach § 38 Abs. 1 LHO könnte dies sogar für mehrere Jahre im Voraus geschehen. Für eine solche Entscheidung müssten Senat und Abgeordnetenhaus jedoch eine nachvollziehbare Wirtschaftlichkeitsberechnung vorlegen. Wegen der extremen Haushaltsnotlage müsste vor allem nachgewiesen werden, dass die Übernahme zusätzlicher Schulden geeignet ist, die Überschuldung des Landes zu mindern; ferner dass es keinen günstigeren Weg zu diesem Ziel gibt. Die Wirtschaftlichkeit einer Schuldübernahme müsste zudem in der mittelfristigen Finanzplanung (Art. 86

⁹ GVBl. Berlin v. 24. 4. 2002 (S. 121 ff.)

Abs. 3 VvB) ausgewiesen sein.

- 60 (6) Das "Risikoabschirmungsgesetz" ist somit weniger ein juristisches als ein sozialpsychologisches Problem: Es suggeriert dem Abgeordnetenhaus, dass es keine Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Gewährung von Zuschüssen für die Bankgesellschaft mehr hat. Die Verantwortung für die 300 Mio. Euro, die 2003 der Bankgesellschaft zufließen sollen, liegt aber nach wie vor beim Abgeordnetenhaus und beim Senat.

S. 73 - HFR 7/2005 S. 14 -

61 **These 5:**

Das geltende Haftungs- und Strafrecht erfasst auch das Fehlverhalten jener Politiker, die in der Bankgesellschaft, z.B. im Aufsichtsrat, mitverantwortlich für die Gesamtentwicklung des Konzerns waren.

62 **Begründung:**

Neben der aktienrechtlichen Klärung der Haftung aller Mitglieder von Vorständen und Aufsichtsorganen im Konzern Bankgesellschaft Berlin erinnert der Hinweis auf die Schadensersatzpflicht öffentlicher Mandatsträger an die Verfassungslage: Art. 91 Verfassung von Berlin (VvB) ordnet diese Schadensersatzpflicht bei allen Verstößen von Mitgliedern des Senats, der Bezirksämter und des öffentlichen Dienstes gegen die vorgenannten Bestimmungen der Finanzverfassung an. Erstaunlich ist, dass diese Pflicht weder von der politischen Klasse noch vom Rechnungshof ernstgenommen worden ist. Dies allein ist bereits ein Verstoß gegen die VvB.

63 **These 6:**

Die mangelhafte Publizität des Problems Bankgesellschaft führt zu erheblichen Defiziten bei der Aufarbeitung des Gesamtkomplexes. - Die in der Öffentlichkeit bekannten Gutachten müssten zumindest gegenüber den Mitgliedern des Wissenschaftlichen Arbeitskreises offen gelegt werden.

64 **Begründung:**

Das Ausmaß der vorher für unvorstellbar gehaltenen Schäden ist auch darauf zurückzuführen, dass eklatante Fehlentscheidungen nicht oder unzureichend kontrolliert wurden. Vorstände und/oder politisch besetzte Aufsichtsräte haben versagt. In der Öffentlichkeit besteht der Eindruck, dass sich dieses Versagen bei dem Versuch, Ursachen und Verantwortlichkeiten aufzuklären, ungebremst fortsetzt. Die Berichterstattung über mangelnde Erfolgsaussichten anhängiger Klagen, vergeblich anmutende strafrechtliche Untersuchungen und die offenbar behinderte Tätigkeit des Untersuchungsausschusses lassen einen anderen Schluss nicht zu. Dem Untersuchungsausschuss sind alle Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die als Beweismittel öffentlich verlesen werden sollten. Die Überwälzung der finanziellen Lasten auf den Steuerzahler verlangt nach einer uneingeschränkten Öffentlichkeit von eingeholten Gutachten und Untersuchungsergebnissen. Gutachten und Berichte müssen Außenstehenden, wie etwa dem wissenschaftlichen Arbeitskreis, zur Verfügung gestellt werden. Das Land Berlin ist auch als Mehrheitsaktionärin aufgefordert, Beschlüsse zur Offenlegung zu unterstützen. Die bisher mit der Sache befassten Gremien sind parteipolitischen Interessenlagen und persönlichen Verflechtungen ausgesetzt. Es besteht ohne eine erweiterte Öffentlichkeit die Gefahr, dass die erforderlichen Konsequenzen für die Zukunft nicht gezogen werden.

S. 74 - HFR 7/2005 S. 15 -

65 **These 7:**

Die Staatsanwaltschaft in Berlin sollte durch kompetente Staatsanwälte/innen aus anderen Bundesländern und/oder der Bundesanwaltschaft unterstützt werden.

66 Begründung:

Die Klagen des Berliner Generalstaatsanwalts und der mit der Ermittlung im BGB Skandal befassten Mitarbeiter wegen Überlastung sollten bei den Justizministern der Länder auf offene Ohren stoßen. Mitarbeiterengpässe in der StA der deutschen Hauptstadt bei einem Sachverhalt, der mittelbar den Länder im Rahmen der Haushaltsnotlagenklage Berlins wieder begegnen wird, muß für diese eine Aufforderung sein, für eine schnelle Aufklärung zu sorgen. Parallelen zur strafrechtlichen Abwicklung des DDR Regime liegen auf der Hand. Die Länder könnten auf diese Weise ihr Engagement für die deutsche Hauptstadt - über den Neubau von Landesvertretungen hinaus- dokumentieren und einen unschätzbaren Beitrag zum Funktionieren des deutschen Gesamtstaates leisten.

67 These 8:

Der Wissenschaftliche Arbeitskreis hat Zweifel, ob die nach dem Risikoabschirmungsgesetz zu schaffende Controlling-Gesellschaft wirklich das leisten kann, was sie leisten soll.

68 Begründung:

Nach § 3 des "Risikoabschirmungsgesetzes" vom 16. April 2002 ist eine Controlling-Gesellschaft zu errichten. Diese muss so aufgestellt werden, dass das Management wirtschaftlich an der Minimierung der Garantieleistungen interessiert ist. Dem Abgeordnetenhaus ist vierteljährlich über die Tätigkeit der Controlling-Gesellschaft zu berichten.

69 Der Wissenschaftliche Arbeitskreis gibt zu bedenken, dass die primäre Verantwortung für die Zukunft der Bankgesellschaft beim Abgeordnetenhaus liegt, die vorgesehene Gesellschaft aber von diesem vermutlich nicht hinreichend kontrolliert werden kann.

s. 75

- HFR 7/2005 S. 16 -

70 These 9:

Zur sachgerechten Erfassung der Risiken aus dem Immobiliengeschäft ist auf in Bankkreisen anerkannte Bewertungsmethoden zurückzugreifen.

71 Begründung:

Die Voraussetzung für eine sachgerechte Bearbeitung und Minimierung der Risiken ist ihre zutreffende Bewertung nach den für Banken und für Sachverständige vorgeschriebenen Bewertungsmethoden. Die Methodenwahl ist vor allem auch deshalb zu überprüfen, um in Zukunft derartige Fehlentwicklungen zulasten der öffentlichen Haushalte und Aktionäre auszuschließen.

72 Im Bereich der Immobilienfinanzierungen verpflichten sich Banken Bewertungsrichtlinien zu beachten, die sicherstellen, dass die Risiken vor einer Kreditzusage erkannt werden und nicht eingegangen werden. Die Risiken im Immobiliendienstleistungsgeschäft, die jetzt das Land Berlin übernommen hat, waren zu mehr als der Hälfte vor der Aufnahme der Immobilien in die Fonds klar erkennbar. Das ergibt sich u. a. allein aus dem hohen Volumen der sog. Verlagerung von Objekten aus Kreditengagements der Banken im BGB AG Konzern in die Fondsgesellschaften. Sie wurden verlagert, weil die jeweiligen Risiken erkannt waren. Gleichzeitig blieben jedoch die Risiken im Konzern, weil die 100%ige Banktochter die langfristige Mietgarantie übernahm.

73 Im Zuge der Verlagerung wurden offensichtlich Bewertungsmethoden angewendet, die eine Neueinschätzung der Risiken ermöglichten. Auf einer sehr abstrakten Ebene wurden Modellrechnungen angestellt, die im Vergleich zu den Bankrichtlinien zur Bewertung von Immobilienrisiken sehr viel unbestimmter sind und eine Unsicherheit durch eine andere ersetzen. Mit denselben Modellrechnungen wurde das haushaltswirksame

Risiko für die Übernahme durch das Land Berlin berechnet.

- 74 **Ein Beispiel:** Ein Paket von 3.500 Wohnungen in sozialen Brennpunkten wird von der Fondsgesellschaft angekauft, 15 % Leerstand, Tendenz steigend. Ein Banker oder Sachverständiger ist verpflichtet zu klären, ob an diesem Standort jemals wieder eine Vollvermietung möglich ist, wenn nicht, muss er den Leerstand auf Dauer berücksichtigen. Eine Modellrechnung - die keine Richtlinie einhält - nimmt z.B. an, dass die Konjunktur sich erholt und der Leerstand nach 5 Jahren aufgeholt ist. Modellrechnungen dieser Art werden zur Grundlage für die Bemessung der Risikovorsorge in Bilanzen, um vorhandene Risiken geringer auszuweisen. Die Risikovolumen, mit denen das Land Berlin jetzt belastet ist, sind mit einer Modellrechnung dieser Art gerechnet. Sie geht davon aus, dass konjunkturelle Erholungen im Verlauf der Garantiezeit Leerstand und Mindermieten ausgleichen. Dies ist jedoch bei Immobilien mit strukturellen Problemen wie Sättigung im Einzelhandel und Leerstand in sozialen Problemlagen, wie sie zuhauf in den Fondsportfolios enthalten sind, nicht der Fall.
- 75 Erst eine zutreffende Bewertung der Risiken schafft die Voraussetzungen für die Entscheidung über Sanierungskonzepte und für angemessenes Handeln im Verlauf der noch 20jährigen Garantiezeit. Sie ist zukünftig ein wirksamer Schutz gegen Risikoanhäufungen in dieser Größenordnung auf Kosten der Gemeinschaft.

S. 76 - HFR 7/2005 S. 17 -

76 **These 10:**

Die Haftung der Wirtschaftsprüfer erstreckt sich nach dem geltenden Handelsrecht nicht nur auf Vorsatz, sondern auch auf Fahrlässigkeit. Die Unfähigkeit des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen, die Krise der Bankgesellschaft zu verhindern, legt auch die Frage der Haftung des Amtes nahe.

77 **Begründung:**

(1) Die tiefgreifende Krise der Bankgesellschaft Berlin ist eingetreten, obwohl das Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen (heute Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) eine Vielzahl von Sonderprüfungen (es sollen über 20 gewesen sein) durchgeführt hat. Daneben haben weltweit renommierte Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die Jahresabschlüsse der Bankgesellschaften enthalten sind, nicht der Fall. Erst eine zutreffende Bewährten Bestätigungsvermerken versehen. Der Wissenschaftliche Arbeitskreis ist der Auffassung, dass es zu solch gravierenden Fehleinschätzungen nicht hätte kommen müssen und nicht hätte kommen dürfen. Es hat eine Vielzahl von objektiven Hinweisen (z.B. den Walther-Bericht) zu einer Zeit gegeben, in der es ohne weiteres möglich gewesen wäre, die heute entstandenen riesigen Verluste der Bankgesellschaft weitgehend abzuwenden oder erheblich zu mindern. Es ist dem Arbeitskreis angesichts der Prüfbefugnisse sowohl des Bundesaufsichtsamtes als auch der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften unerklärlich, wieso aus der Perspektive des Amtes nicht früher und eindeutiger eingegriffen und wieso die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ihre Bestätigungsvermerke nicht mit warnenden Hinweisen versehen haben. Wäre dies alles Mitte der 90er Jahre geschehen, so wäre die Bankgesellschaft nicht in die heute bestehende Schieflage geraten.

- 78 (2) Der Wissenschaftliche Arbeitskreis ist deshalb der Auffassung, dass sowohl gegenüber der Bundesanstalt als auch gegenüber den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften über die (Mit-)Haftung für die bei der Bankgesellschaft entstandenen Schäden nachzudenken ist. Die rechtlichen Voraussetzungen für eine solche (Mit-)Haftung sind gegeben, insbesondere weil das Bundesaufsichtsamtes gegenüber der Bankgesellschaft und dem Land Berlin im öffentlichen Interesse tätig war und weil die Abschlussprüfer nach § 323 HGB nicht nur für vorsätzliche, sondern auch für fahrlässige Pflichtverletzungen einzustehen haben.

S. 77

- HFR 7/2005 S. 18 -

79 **B. Anlage 2****Grenzen staatlicher Haftung für Schulden öffentlicher Unternehmen –
am Beispiel der Bankgesellschaft Berlin**80 **I. Einleitung**

Am 16. April 2002 hat das Berliner Abgeordnetenhaus zugunsten der Berliner Bankgesellschaft ein Risikoabschirmungsgesetz beschlossen.¹⁰ Durch dieses Gesetz werden Risiken, die sich möglicherweise in den nächsten Jahren bei der Berliner Bankgesellschaft verwirklichen, über den Landeshaushalt in Höhe von 21., Mrd. Euro abgeschirmt. Die Berliner Bankgesellschaft AG gehört zu mehr als 80% der Stadt Berlin. Eine Risikoabschirmung in dieser Größenordnung zugunsten einer öffentlichen Bank ist in der Bundesrepublik einmalig und wirft die Frage nach den Grenzen staatlicher Haftung für Schulden öffentlicher Unternehmen ganz grundsätzlich auf. Die folgenden Überlegungen zeigen, dass sich Grenzen staatlicher Haftung für öffentliche Unternehmen sowohl aus der ultra-vires-Doktrin als auch aus dem europäischen Beihilferecht ableiten lassen.

81 **II. Die ultra-vires-Doktrin**

Der BGH hat bereits am 28. Februar 1956 entschieden, dass "*Rechtsgeschäfte, die eine juristische Person des öffentlichen Rechts durch ihre Organe außerhalb des durch Gesetz oder Satzung bestimmten Wirkungskreises der juristischen Person vornimmt, rechtsunwirksam sind*".¹¹ Das Gericht hat ausdrücklich betont, dass die Vertretungsmacht eines Organs einer juristischen Person des öffentlichen Rechts niemals über den der juristischen Person durch Gesetz, Satzung oder Zweck zugewiesenen Wirkungskreis hinaus gehen kann.¹² Insoweit handelt es sich nicht etwa nur um eine *nach innen* bindende Beschränkung. Vielmehr ist die Rechtslage so, dass gesetz- bzw. satzungswidrige Geschäfte *überhaupt nicht gemacht werden konnten*, weil der juristischen Person des öffentlichen Rechts hierzu das *rechtliche Können* fehlte.¹³

82 Mit diesem Urteil hat der BGH für juristische Personen des öffentlichen Rechts die Anwendbarkeit der *ultra-vires-doktrin*, deren Wurzeln im anglo-amerikanischen Rechtskreis liegen bejaht, und offen gelassen, ob seine Überlegungen auch für juristische Personen des *Privatrechts* zutreffen, wenn deren Satzungen Beschränkungen ihrer Aufgabenbereiche enthalten.¹⁴ Juristische Personen des *öffentlichen Rechts* sind, so der BGH ausdrücklich, nur im Rahmen des ihnen durch Gesetz oder Satzung zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungsbereichs zu einem rechtswirksamen Handeln befugt. Sie können nur innerhalb des durch ihre Zwecke und Aufgaben bestimmten, sachlich und räumlich beschränkten Lebenskreises handeln. Außerhalb ihres Funktionsbereiches liegende Handlungen entbehren schlechthin der Rechtswirksamkeit. Für diese Beurteilung ist allein die objektiv gegebene Rechtslage maßgebend.¹⁵

¹⁰ GVBl. Berlin v. 24.4.2002, S. 121 ff.

¹¹ BGHZ 20, 119 = WM 1956, 567.

¹² BGHZ 20, 119, 123.

¹³ BGHZ 20, 119, 123.

¹⁴ Inzwischen vom BGH im Klöckner-Urteil verneint ZIP 1992, 1542.

¹⁵ Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. S. 374 f.; Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft 1886, S. 92; Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887, S. 630 ff.; Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, 1. Band, 5. Aufl., 1894, S. 111; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 108; Schlegelberger, Grenzen der Rechtsfähigkeit preußischer Wassergenossenschaften, Reichsverwaltungsblatt Bd. 51, 1930, 90 ff.; Lassar, Zur Lehre von der beschränkten Handlungsfähigkeit öffentlich-rechtlicher juristischer Personen nach preußischem Recht, Verw.Arch. 38, 31 ff..

S. 78

- HFR 7/2005 S. 19 -

- 83 Zu dem gleichen Ergebnis ist das Reichsgericht, wenn auch noch mit abweichender Begründung, in der Entscheidung vom 2. Juni 1885 gelangt.¹⁶ Das Reichsgericht hatte entschieden, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts nur insoweit hafte, als ihr Vertreter innerhalb des ihm *überwiesenen Geschäftskreises* gehandelt hat. Ähnlich hat das Reichsgericht in der Entscheidung vom 2. Juli 1907¹⁷ für die Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Handelns auf den dem *Organ zugewiesenen Wirkungskreis* gestellt. Daraus folgt, so der BGH ausdrücklich, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts außerhalb ihres Wirkungskreises nicht rechtlich wirksam handeln kann. Nimmt sie auf einem ihr verschlossenen Gebiet Rechtsakte vor, so sind diese *nichtig*.¹⁸ Für einen Rückgriff auf § 134 BGB ist kein Raum mehr, da die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur innerhalb des ihnen durch staatlichen Hoheitsakt positiv zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungsbereiches rechtswirksam handeln können.¹⁹
- 84 Fragen der Anwendbarkeit der ultra-vires-Lehre im Falle des Überschreitens der gesetzlich begrenzten Aufgaben öffentlicher Kreditanstalten sind Mitte der 90er Jahre erneut diskutiert worden, als die Hessische Landesbank begann, Geschäfte in Finanzinnovationen, insbesondere in Swaps zu machen.²⁰ Die Formulierung der Aufgaben der Bank entsprach fast genau der Formulierung, wie sie das Berliner Gesetz über die Errichtung der Landesbank (LBB) vom 27. September 1990 enthält. Dort heißt es in § 3 Abs. 2: Sie (die Bank) betreibt Bankgeschäfte aller Art und sonstige Geschäfte, die dem Zweck der Bank dienen. Sie ist berechtigt, Pfandbriefe, Kommunalobligationen und sonstige Schuldverschreibungen auszugeben.
- 85 Auf diese Formulierung nimmt § 4 der Satzung der Landesbank vom 14. Dezember 1993 Bezug. Dort heißt es in § 4 Abs. 2: Sie (die Bank) *betreibt Bankgeschäfte aller Art und sonstige Geschäfte, die dem Zweck der Bank dienen*. Ergänzend wird in § 4 Abs. 1 klargestellt, dass die Bank durch "*ihre Geschäftstätigkeit den Gewährträger (das Land Berlin) in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter Berücksichtigung sozialer, ökologischer und strukturpolitischer Grundsätze zu unterstützen hat*". Dies entspricht der Aufgabenzuweisung in § 3 Abs. 1 des Landesbankgesetzes.

S. 79

- HFR 7/2005 S. 20 -

- 86 Ausgehend von diesen Grundsätzen müsste die im Konzern auf die LBB vorgenommene *Gesamtkonzernverlustverlagerung* entweder ein *Bankgeschäft* sein oder aber dem Zweck der Bank (gemeint ist die LBB) dienen. Unabhängig davon, dass die Verlagerung des Gesamtkonzernverlustrisikos von der Muttergesellschaft auf die mit einer Gewährträgerhaftung unterlegten Landesbank kein Bankgeschäft nach § 1 KWG ist, dient eine solche Verlustverlagerung auch nicht dem Zweck der Bank nach § 3 Abs. 2 LandesbankG.
- 87 Der Zweck der Bank ist im LandesbankG wie folgt definiert: "*Die Bank hat durch ihre Geschäftstätigkeit den Gewährträger in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter Berücksichtigung sozialer, ökologischer und strukturpolitischer Grundsätze zu unterstützen*". Dem entspricht die Formulierung in § 4 Abs. 1 der Satzung der Landesbank. Die Verlagerung des Konzernverlustrisikos auf die LBB müsste somit die Geschäftstätigkeit des Gewährträgers (des Landes Berlin) in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter Berücksichtigung sozialer, ökologischer und strukturpolitischer Grundsätze unterstützen haben. Das ist schlechterdings nicht möglich. Im Gegenteil, die Verlagerung des Konzernverlustrisikos auf die LBB führt - wie die jüngsten Ereignisse zeigen - dazu, dass

¹⁶ Seuff. Arch. 40 Nr. 271, S. 389.

¹⁷ Recht 1907, 1059 Nr. 2497.

¹⁸ BGHZ 20, 119, 126.

¹⁹ BGHZ 20, 119, 126.

²⁰ Koenig, Zur Anwendbarkeit der ultra-vires-Lehre im Falle des Überschreitens der gesetzlich begrenzten Aufgaben öffentlicher Kreditanstalten am Beispiel einer Landesbank, WM 1995, 317 f.

das Land Berlin seine sozialen, ökologischen und strukturpolitischen Aufgaben gerade nicht mehr oder nur noch unter großen Einschränkungen erfüllen kann. Das ergibt sich aus dem Wesen der Gewährträgerhaftung wonach das Land Berlin (§ 5 LandesbankG) *uneingeschränkt* für die Verbindlichkeiten der Bank haftet, soweit nicht die Befriedigung aus dem Vermögen der Bank zu erlangen ist. Folglich ist die Konzernverlustverlagerung auf die LBB als solche mit den Zwecken dieser Bank auf gar keinen Fall zu vereinbaren. Das gleiche gilt aber auch für die Einzelgeschäfte, die in den Tochtergesellschaften getätigt wurden und die ursächlich für die Risikoverlagerung sind. Es handelt sich im Wesentlichen um Immobilien - und Immobiliendienstleistungsgeschäfte, wobei die Risiken aus überlangen Mietgarantien und Andienungsrechten resultieren. Solche völlig marktuntypischen Garantien hätte die LBB selbst aufgrund ihrer Zwecksetzung niemals gegeben. Garantien dieser Art sind im tiefsten Kern unsozial, zum einen weil sie den Wettbewerb auf den Märkten für Kapitalanlagen verzerren, zum anderen weil sie einer ganz bestimmten Gruppe von Anlegern das Anlagerisiko vollständig abnehmen und es schließlich über die Gewährträgerhaftung auf den Staat, also den Steuerzahler verlagern. Diese Art der Sozialisierung des Anlegerrisikos ist das Gegenteil von sozialer Verantwortung - widerspricht also dem in § 3 Abs. 1 LandesbankG festgelegten Zweck der Landesbank Berlin diametral.

- 88 Diese Andeutungen mögen genügen, um zu zeigen, dass sich die staatliche Haftung nicht mehr auf solche Geschäfte öffentlicher Unternehmen erstreckt, die außerhalb des durch Gesetz oder Satzung bestimmten Wirkungskreises der juristischen Person liegt.²¹ Solche Geschäfte, die von der Berliner Bankgesellschaft möglicherweise in erheblichem Umfang getätigt wurden, sind folglich *ultra-viris*, also rechtsunwirksam.

S. 80

- HFR 7/2005 S. 21 -

89 **III. Die Perspektive des europäischen Beihilferechts**

Die Übernahme des konzernweiten Verlustrisikos wirkt wie eine *Garantie*, die die LBB und damit das Land Berlin als Gewährträger (§ 5 LandesbankG) für etwaige Verluste der gesamten BGB-Gruppe eintreten lässt. So gesehen könnte es sich bei der nach dem Wortlaut von § 5 LandesbankG *unbegrenzten* Gewährträgerhaftung um eine *staatliche* oder doch zumindest *aus staatlichen Mitteln* gewährte Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG handeln. Die Gewährung einer solchen Beihilfe ist im Grundsatz verboten, es sei denn, die europäische Kommission hat sie nach Anmeldung (Art. 88 EG: Notifikation) ausdrücklich genehmigt. Davon kann vorliegend keine Rede sein. Zwar hat die Kommission in Brüssel in der Vergangenheit für die BGB-Gruppe Übergangsbeihilfen genehmigt. Über die Frage, ob es sich bei der Verlagerung der Gesamtkonzernverlustrisiken auf die LLB um eine staatlich gewährte oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe handeln könnte, ist bisher nicht einmal diskutiert worden.

90 **1. Die Mitteilung der Kommission vom 11. März 2000**

Die Kommission hat am 11. März 2000 eine Mitteilung über die Anwendung der Artt. 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften herausgegeben.²² In dieser Mitteilung stellt die Kommission klar, dass unter Art. 87 Abs. 1 EG sowohl staatliche als auch aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen fallen. Sowohl vom Staat direkt, das heißt vom Zentralstaat oder regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften gewährte Garantien als auch von *"Unternehmen, auf die öffentliche Stellen einen beherrschenden Einfluss ausüben"*, gewährte Garantien können deshalb genau wie andere mögliche Beihilfeformen eine staatliche Beihilfe darstellen" (2.1.4). Dieser Fall ist mit Blick auf die LBB gegeben. Die LBB hat das Gesamtkonzernverlustrisiko in Form einer *faktischen Gesamtgarantie* durch Verlagerung entgegen § 302 AktG praktisch übernommen. Dies beruhte auf dem beherrschenden Einfluss des Landes Berlins, das nach § 5 LandesbankG Gewährträger der Bank ist. Nach §

²¹ BGHZ 20, 119 = WM 1956, 567.

²² KOM 2000/C 71/07.

10 LandesbankG wird die Gewährträgersversammlung vom Berliner Senat bestellt. Sie besteht aus vier Mitgliedern des Senats, die sich durch Staatssekretäre vertreten lassen können. Die Gewährträgersversammlung beschließt (§ 10 Abs. 2) in den durch Gesetz und Satzung bestimmten Fällen, namentlich über (1) die Verwendung des Bilanzgewinns und die Deckung von Verlusten (2) die Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, (3) den Erlass und die Änderung der Satzung und die Veränderung des Grundkapitals (gezeichneten Kapitals), (4) die Bestellung der Abschlussprüfer.

- 91 Darüber hinaus vertritt die Gewährträgersversammlung die Bank nach Maßgabe der Satzung gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern (§ 10 Abs. 3 LandesbankG).
- 92 Hieraus ergibt sich der beherrschende Einfluss des Landes Berlin auf die LBB, denn insbesondere bei der Entscheidung über die Verwendung des Bilanzgewinns und die Deckung von Verlusten hatte die Gewährträgersversammlung darüber zu befinden, ob die Verlagerung von Verlustrisiken auf die LBB zu einer Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats führen durfte. Der beherrschende Einfluss des Landes Berlins ergibt sich darüber hinaus aus dem so genannten "*Berliner Modell*". Danach hat die LBB mit der BBG einen *Vertrag über eine stille Gesellschaft zur Begründung einer einheitlichen Leitung*" abgeschlossen. Ferner haben das Land Berlin als Trägerin der LBB und die BBG einen so genannten "*Interessenwahrungsvertrag*" gezeichnet. Diese beiden Verträge sollen die LBB in die Holding-BBG einfügen.²³

S. 81

- HFR 7/2005 S. 22 -

93 **2. Verlagerung des Gesamtkonzernverlustrisikos auf LBB ist beihilferechtswidrig**

Hiervon ausgehend dürfte die Verlagerung des Gesamtkonzernverlustrisikos auf die LBB einen beihilfepflichtigen Tatbestand im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG darstellen. Das ist auch in sich schlüssig, denn die staatliche Garantie versetzt den Kreditnehmer (hier die Tochtergesellschaften innerhalb der BGB-Gruppe) in die Lage, Gelder zu günstigeren finanziellen Konditionen aufzunehmen als dies normalerweise auf den Finanzmärkten möglich wäre. In gewissen Fällen würden die Kreditnehmer ohne die staatliche Garantie (hier ohne die Gewährträgerhaftung) überhaupt keinen Kredit bekommen. Staatliche Garantien können, so die Kommission ausdrücklich, den Aufbau neuer Unternehmen erleichtern und bestimmte Unternehmen in die Lage versetzen, Gelder aufzunehmen, um ihren Geschäftsbereich auszuweiten oder überhaupt weiter im Geschäft zu bleiben, anstatt umstrukturiert oder aufgelöst zu werden (2.1.1.). Dies verzerrt, so die Kommission in ihrer Mitteilung, den Wettbewerb im Binnenmarkt. Staatliche Garantien (hier die Gesamtkonzernverlustübernahme durch die LBB) fallen daher generell in den Anwendungsbereich von Art. 87 Abs. 1 EG, wenn - wie hier - keine marktgerechte Prämie gezahlt und - wie hier - der Handel zwischen den Mitgliedstaaten (zumindest potenziell) beeinträchtigt wird.

- 94 Staatliche Garantien, so die Kommission weiter, bieten den Vorteil, dass das Risiko, auf das sich die Garantie bezieht, vom Staat getragen wird. Diese Risikoträgerfunktion sollte normalerweise durch eine angemessene Prämie vergütet werden. Verzichtet der Staat auf eine solche Prämie, so ist dies ein Vorteil für das Unternehmen und ein Entzug von Ressourcen des Staats. Selbst wenn im Rahmen einer Garantie keinerlei Zahlungen des Staates erfolgen, kann also trotzdem eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG vorliegen (2.1.2). Die Beihilfe wird bei Übernahme der Garantie gewährt und nicht erst dann, wenn die Garantie in Anspruch genommen wird oder aufgrund der Garantiezahlungen erfolgen. Entscheidend kommt es also auf den Zeitpunkt der Garantieübernahme an (2.1.2).

²³ Zu den Einzelheiten der vertraglichen Gestaltung vgl. Torsten Fett, Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, 2000, Seite 91 ff.

- 95 Die Kommission weist auch darauf hin, unter welchen Voraussetzungen eine Staatsgarantieregelung (wie hier) keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG ist. Die Beihilfevoraussetzungen sind danach *nicht* erfüllt, wenn die Regelung es nicht zulässt, dass Kreditnehmern, die in finanziellen Schwierigkeiten sind, Garantien gewährt werden. Das ist mit Blick auf die Gewährträgerhaftung des Landes Berlin gerade nicht der Fall. Sie wird nach dem Wortlaut des LandesbankG uneingeschränkt gewährt, auch und gerade dann, wenn die Landesbank in finanziellen Schwierigkeiten ist.
- 96 Die Kommission fragt weiter, ob die Kreditnehmer grundsätzlich in der Lage wären, ohne Eingreifen des Staates auf den Finanzmärkten Gelder zu Marktbedingungen aufzunehmen. Auch das ist vorliegend nicht der Fall; die Tochtergesellschaften der BGB-Gruppe hätten auf den internationalen Finanzmärkten keine Kredite zu marktüblichen Bedingungen bekommen. Dies ist der Grund, warum die LBB, die auf die Gewährträgerhaftung verweisen konnte, für sie die Kredite aufgenommen und dann konzernintern weitergereicht hat. Umstände, die das Vorliegen einer Beihilfe ausschließen, sind also nicht erkennbar.

S. 82

- HFR 7/2005 S. 23 -

97 3. Rechtsfolgen

Die Kommission weist in ihrer Mitteilung vom 11. März 2000 auch auf die Rechtsfolgen bei Verletzung von Art. 88 Abs. 3 EG hin. Im Grundsatz ist das der Garantie immanente Beihilfeelement *rechtswidrig*.²⁴ Die Kommission kann, solange die Untersuchung der Vereinbarkeit der Beihilfe noch nicht abgeschlossen ist, vorläufige Maßnahmen erlassen.²⁵ Vorliegend bedeutet dies, dass die auf die LBB verlagerte Gesamtkonzernverlusterübernahme wegen Verstoßes gegen das europäische Beihilferecht nichtig ist.

98 4. Drittwirkung im Ausführungsgeschäft

Darüber hinaus gehen die Beihilfeempfänger auch auf nationaler Ebene ein Risiko ein, da Art 88 Abs. 3 Satz 3 EG *unmittelbare Wirkung* hat.²⁶ Wie der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wiederholt bestätigt hat, sind die nationalen Gerichte verpflichtet, sämtliche Konsequenzen aus der Rechtswidrigkeit von Beihilfen, die in Verletzung des EG-Vertrages gewährt wurden, zu ziehen.²⁷

- 99 Die Frage, ob die Rechtswidrigkeit der Beihilfe das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und dem Dritten (hier das Zivilrechtsverhältnis zwischen LBB und Tochtergesellschaften beziehungsweise Fondszeichnern) berührt, ist nach innerstaatlichem Recht zu prüfen. Zwar hat der EuGH zur Frage der zivilrechtlichen Rechtsfolgen noch nicht ausdrücklich Stellung genommen, in der Rechtssache FNCE²⁸ aber ausgeführt: *"Die nationalen Gerichte müssen zugunsten von Einzelnen, die sich auf eine Verletzung des Beihilferechts berufen können, entsprechend ihrem nationalen Recht sämtliche Folgerungen bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen und eventuell vorläufiger Maßnahmen ziehen"*. In der Bundesrepublik Deutschland wurde vertreten, dass die Rechtswidrigkeit der Beihilfe das zivilrechtliche Ausführungsgeschäft unberührt lässt.²⁹ Andere sind dem mit durchaus beachtlichen Gründen entgegengetreten.³⁰ Begründet wurde dies damit, dass nach § 134 BGB ein Rechtsgeschäft, das gegen ein Verbotsgesetz verstößt, nichtig ist, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Als Verbotsgesetz wird auf Art. 88 Abs. 3

²⁴ Vgl. Art. 1 VO [EG] Nr. 659/1999.

²⁵ Art. 11 der VO [EG] Nr. 659/1999.

²⁶ EuGH Slg. I-1991, 5505, Rn. 11ff. "FNCE"; EuGH EuZW 1996, 564 Rn. 44 "SFEI".

²⁷ EuGH Slg. 1964, 1253 "Costa/ENEL"; Slg. 1973, 1471 Rn. 4 "Lorenz", Slg. I-1991, 5505, Rn. 11 "FNCE".

²⁸ Slg. I-1991, 5505 Rn. 21.

²⁹ Hopt/Mestmäcker, WM 1996 753, 801 ff.; Altmeyer, Gemeinschaftsrecht wider staatliche Beihilfen 1999, 116 f.

³⁰ Steindorff, EuZW 1997, 7 ff.; Pechstein EuZW 1998, 495, 498.

Satz 3 EG verwiesen, der nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbar geltendes Recht ist.

- 100 Dieser Auffassung ist der BGH mit einem Urteil vom 4. April 2003³¹ gefolgt. Der BGH betont ausdrücklich, dass Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB ist.³² Zwar stellt die unterlassene Notifizierung einen lediglich formellen Verstoß dar, der für sich allein genommen noch nicht die Sanktionen des § 134 BGB auslöst. Doch kommt dem Abschluss beihilfegewährender Verträge ohne vorherige Notifizierung und ohne abschließende (positive) Kommissionsentscheidung materielle Bedeutung zu. Das Durchführungsverbot - so der BGH weiter - des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG soll im Interesse gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen eine solche verfrühte Beihilfegewährung verhindern.³³ Zwar richtet sich das Durchführungsverbot seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, nicht jedoch an die Empfänger staatlicher Beihilfen. Das steht - so der BGH ausdrücklich - der Anwendbarkeit des § 134 BGB jedoch nicht entgegen. Zum einen ist fraglich, ob es sich nach dem Sinn und Zweck der Norm nicht auch noch an die Begünstigten richtet. Denn der Schutz des freien Wettbewerbs als Voraussetzung für einen Gemeinsamen Markt lässt sich ohne Einbeziehung der durch die staatlichen Beihilfen Begünstigten nicht verwirklichen. Jedenfalls ist aber anerkannt, dass § 134 BGB auch dann Anwendung findet, wenn es zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten Verbots geht, wenn aber der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen ist als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung.³⁴

S. 83

- HFR 7/2005 S. 24 -

- 101 Die entscheidende Frage ist also, ob Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG seinem Sinn und Zweck nach eine Nichtigkeit der *Ausführungsgeschäfte* auf privatrechtlicher Ebene erfordert, weil andernfalls das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG womöglich leer läuft.³⁵ Mit Blick auf die Verlagerung des Gesamtkonzernverlustrisikos auf die LBB wird man unter Umständen differenzieren müssen. Wenn und soweit das Land Berlin aus der Gewährträgerhaftung zur Abdeckung der auf die LBB verlagerten Verlustrisiken der Gruppe bereits Zahlungen geleistet hat, müssen diese von jenen zurückgefordert werden, die faktisch - wirtschaftlich in den Genuss dieser Zahlungen gekommen sind, indem ihre zivilrechtlichen Verträge erfüllt wurden. Insoweit muss sich die Rechtswidrigkeit der Beihilfe auch auf die Wirksamkeit etwaiger zivilrechtlicher Drittverträge erstrecken, weil andernfalls die vom Land Berlin bereits gezahlten Beträge nicht zurückfließen würden.
- 102 Soweit das Land Berlin mit der Gewährträgerhaftung nach § 5 LandesbankG für die Verlustübernahme seitens der LBB einsteht, aber noch nichts gezahlt hat, erscheint eine Erstreckung des Rechtsgedankens aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG auf die Drittverträge nicht erforderlich. Es genügt, die Verlagerung des Gesamtkonzernverlustrisikos auf die LBB für beihilferechtswidrig und damit für *nichtig* zu erklären. Infolgedessen würde die LBB für diese auf sie verlagerten Verluste in Zukunft nicht mehr haften - die Gewährträgerhaftung des Landes Berlin müsste folglich nicht in Anspruch genommen werden. Auf diese Weise würde dem Durchführungsverbot in Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG volle Wirksamkeit verschafft werden - einer Fernwirkung auf die zivilrechtlichen Drittverträge bedürfte es folglich nicht mehr.

³¹ EuZW 2003, 444 ff.

³² Ähnlich LG Rostock, VIZ 2002, 632, 636; Mayer-Maly/Armbrüster in: MünchKomm 4. Aufl., § 134 Rn. 38; Zimmermann in: Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR [RVI] 3a AusglLeistG, Rn. 4; Pechstein, EuZW 1998, 495, 497; ders., NJW 1999, 1429, 1432; Purps, VIZ 2001, 401, 407; Rimmert, EuR 2000, 469, 476, 478, 480; Schroeder, ZHR 161 (1997), 805, 811; Steindorff, EuZW 1997, 7, 10; a. A. Meixner, ZOV 1999, 251, 258; Hopt/Mestmäcker, WM 1996, 801, 805.

³³ Generalanwalt Jacobs, Slg. 1991, I-5505 Rn. 28 - FNCE; Grabitz/Hilf/v. Wallenberg, Art. 88 EGV, Rn. 63.

³⁴ BGHZ 46, 24, 26 = NJW 1966, 1507; BGHZ 65, 368, 370 = NJW 1976, 415; BGHZ 88, 240, 253 = NJW 1984, 230; BGHZ 118, 142 = NJW 1992, 2021; BGHZ 139, 387 = NJW 1999, 51, 52.

³⁵ So auch EuGH Slg. 1992, 6613, 6631 "Demoor/Belgien".

103 **IV. Gewährträgerhaftung und Anstaltslast als Problem des Europäischen Beihilferechts**

1. Grundsätze

Allerdings ist nicht nur die Verlagerung des Gesamtkonzernverlustrisikos auf die LBB beihilferechtswidrig, sondern schon das deutsche Konzept der Gewährträgerhaftung und Anstaltslast selbst. Dies ist seit langem die Auffassung der Kommission. So heißt es in der Erklärung zur Schlussakte des Vertrages von Amsterdam im Jahre 1997:

- 104 *"Die Konferenz nimmt die Auffassung der Kommission zur Kenntnis, dass die bestehenden Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft es zulassen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die die in Deutschland bestehenden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute erfüllen mehr haften - die Gewährträgerhaftung des Landes Berlin müssten Lasten gewährte Vergünstigungen voll zu berücksichtigen. Dabei bleibt es der Organisation dieses Mitgliedstaates überlassen, auf welche Weise er insoweit Gebietskörperschaften die Erfüllung ihrer Aufgabe ermöglicht, in ihren Regionen eine flächendeckende und leistungsfähige Finanzinfrastruktur zur Verfügung zu stellen. Die Vergünstigungen dürfen die Wettbewerbsbedingungen nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das über das zur Erfüllung der besonderen Aufgaben erforderliche Maß hinausgeht und zugleich dem Interesse der Gemeinschaft entgegenwirkt"*³⁶ Im Klartext heißt dies, dass Gewährträgerhaftung und Anstaltslast nur in dem Maße zulässig sind, das zur Erfüllung des Daseinsvorsorgeauftrags jeweils erforderlich ist. Daraus aber folgt, dass Gewährträgerhaftung und Anstaltslast nach Umfang und Höhe auf das Maß zu beschränken sind, das mit der Aufgabenerfüllung nach Art. 86 Abs. 2 EG in Einklang steht. Eine über dieses Maß hinaus gehende staatliche Gewährträgerhaftung und Anstaltslast ist somit, wegen Verstoßes gegen die Europäischen Beihilferegeln, rechtswidrig und nichtig. Diese klare Rechtsfolge ergibt sich unmittelbar aus dem Primärrecht des Europäischen Vertrages, nämlich aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG, dem so genannten Durchführungsverbot, das nach allgemeiner Meinung *unmittelbare* Wirkung hat.³⁷

S. 84

- HFR 7/2005 S. 25 -

- 105 An dieser unmittelbaren Primärrechtswirkung ändert auch die Tatsache nichts, dass die Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland bisher kein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG eingeleitet hat. Allerdings hat die Kommission mit Schreiben vom 26. Januar 2001 ein Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet.³⁸ Das Verfahren wird auf Art. 17 der VO Nr. 659/1999 zu Art. 88 EG gestützt, das heißt Anstaltslast und Gewährträgerhaftung werden vorläufig als *"bestehende Beihilfen"* angesehen. Das entspricht der Haltung der Kommission aus dem Jahre 1995.³⁹ In den EU-Nachrichten vom 10. Mai 2001 (Nr. 17) setzt die Kommission Deutschland eine Frist bis 31. März 2002, um das System staatlicher Garantien der Sparkassen mit EU-Recht in Einklang zu bringen, also die Gewährträgerhaftung abzuschaffen. Eine staatliche Bürgschaft für alle Verbindlichkeiten eines Geldinstitutes widerspricht, so die Kommission, den EU-Beihilferegeln. Auch die Anstaltslast, die die wirtschaftliche Grundlage für die öffentlich-rechtlichen Bankinstitute dauerhaft absichert, kann so nicht fortbestehen. Ebenso wenig ein Gesetz, das - wie in Berlin am 27. März 1990 geschehen - die prinzipielle Konkursunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts anordnet.⁴⁰

³⁶ Zitat nach Entwurf des Vertrags von Amsterdam vom 19. Juni 1997; CONF/4001/97; vertiefend Schmid/Vollmöller, Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilfenrecht, NJW 1998, 716, 720.

³⁷ EuGH, EuZW 1996, 564, 569 "SFEI"; BGH v. 4.4.2003 EuZW 2003, 444; dazu Kühling, Das Damoklesschwert der Nichtigkeit bei Missachtung des Durchführungsverbots aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG, ZWeR 2003, 498 ff.

³⁸ Hierzu Martin-Ehlers, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung - Much ado about nothing?, EWS 2001, 263, 264.

³⁹ Hierzu Martin-Ehlers, EWS 2001

⁴⁰ Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, 46. Jahrg. Nr. 18 vom 3. April 1990, S. 682.

106 Dem Vernehmen nach ist diese Frist zwischenzeitlich noch einmal verlängert worden, es ist vom Jahre 2005 die Rede.

107 Mit diesen eher im politischen Bereich liegenden Durchsetzungsstrategien unterstreicht die Kommission die Europarechtswidrigkeit von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast, bekräftigt mithin die aus dem Primärrecht des EG-Vertrages gefilterte partielle Unwirksamkeit von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast de lege lata.

108 2. Begründungen

Zur Begründung wird in der bisherigen Diskussion auf die wettbewerbs-verzerrenden Wirkungen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung hingewiesen. Beides führe zu einer besseren Bewertung durch die Rating-Agenturen und eröffne somit wesentlich günstigere Refinanzierungsmöglichkeiten am Kapitalmarkt.⁴¹

109 Der vorliegend zu beurteilende Fall der BGB-Gruppe zeigt, dass die bisherigen Argumente zur Begründung der Europarechtswidrigkeit von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast in Wirklichkeit zu kurz gegriffen haben. Tatsächlich sind mit einer unbeschränkten Gewährträgerhaftung drei weitere Gefahren verbunden, die bisher in der Diskussion vernachlässigt wurden.

110 (1) Zum einen eröffnet die Gewährträgerhaftung und Anstaltslast einen Anreiz dafür, das Konzernverlustrisiko, das nach § 302 AktG die Konzernmutter (hier Bankgesellschaft Berlin AG) trägt, auf die Anstalt des öffentlichen Rechts (hier LBB) zu verlagern. Dieser Anreiz besteht in einem Konzern, dem keine Anstalt des öffentlichen Rechts angehört, nicht, weil die Verlagerung von Verlustrisiken innerhalb des Konzerns für die Konzernmutter keinen Vorteil bringt. Die *Konzernverlustverlagerung* ist also eine spezifisch der Gewährträgerhaftung innewohnende Besserstellung für die Landesbanken und Sparkassen im Wettbewerb.

S. 85

- HFR 7/2005 S. 26 -

111 (2) Zum zweiten bewirkt die *Anstaltslast* schleichende, quasi unbemerkte Kapitalerhöhungen, ohne dass über die Frage der Angemessenheit und Erforderlichkeit solcher Maßnahmen überhaupt nachgedacht werden kann. Die Anstaltslast, die seit einem Urteil des Preußischen Obergerichtes aus dem Jahre 1897 als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechtes anerkannt ist⁴², sichert die wirtschaftliche Basis der Anstalt durch finanzielle Zuschüsse oder auf andere geeignete Weise.⁴³ Dabei stellt der Gewährträger (vorliegend das Land Berlin) sicher, dass die Landesbank (hier LBB) ihre Aufgaben erfüllen kann.⁴⁴ Dies bedeutet ganz praktisch, dass der Gewährträger über die auf ihm ruhende Anstaltslast jeden finanziellen Zuschussbedarf der von ihm getragenen Landesbank ausgleicht, ganz gleich worauf dieser Zuschussbedarf beruht. Es wird in einigen Sparkassengesetzen⁴⁵ vorgesehen, dass Sparkassen nach Anhörung des Verwaltungsrates durch Beschluss ihres Gewährträgers aufgelöst werden können. Eine vergleichbare Möglichkeit sieht das Gesetz zur Errichtung der Landesbank Berlin vom

⁴¹ Koenig, Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EGV? EuZW 1995, 595; Hopt/Mestmäcker, Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischem und deutschem Recht - am Beispiel staatlicher verbürgter Kredite, WM 1996, 753 (Teil I), WM 1996, 802 (Teil II); Schmid/Vollmöller, Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute und EU-Beihilfenrecht, NJW 1998, 716; Schneider/Busch, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV?, EuZW 1995, 602; Gruson, Noch einmal zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für die Sicherung von Anleihen der Landesbanken, EuZW 1997, 429; Koenig/Sander, Zur Beihilfenaufsicht über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nach Art. 93 EGV, EuZW 1997, 363; Andrés Martin-Ehlers, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung - Much ado about nothing?, EWS 2001, 263; Immenga/Rudo, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht, Studien zum Bank- und Börsenrecht Bd. 35, 1997.

⁴² PrOVBl. Nr. 12 (1897/1898), 280, 281.

⁴³ Wettbewerbsenquete BT-Drucks. V/3500, S. 47.

⁴⁴ § 5 LandesbankG vom 27. September 1990.

⁴⁵ Zum Beispiel § 35 Abs. 1 SparkG Nordrhein-Westfalen:

27. September 1990 nicht vor. Im Gegenteil, das Abgeordnetenhaus hat am 27. März 1990 beschlossen, dass über das Vermögen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die - wie hier - der Staatsaufsicht Berlins unterliegt, ein *Konkursverfahren nicht* stattfindet.⁴⁶ Folglich ist das Land Berlin über die Anstaltslast verpflichtet praktisch jeden Fehlbetrag bei der LBB auszugleichen, ganz gleichgültig, auf welchen Ursachen er beruht. Dies widerspricht diametral den Grundsätzen des europäischen Wettbewerbs- und Beihilferechts. Nach diesen Grundsätzen ist eine Beihilfe dann und nur dann zulässig, wenn auch ein *privater Investor* den Fehlbetrag - zum Beispiel durch eine Kapitalerhöhung - deshalb ausgeglichen hätte, weil das jeweils betroffene Unternehmen mittel- und langfristig eine *positive Fortbestehensprognose* im Wettbewerb hat. Dieser so genannte *Private-Investor-Test* findet wegen der Wirkung der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung nicht statt, so dass eine Entscheidung über eine *positive* oder aber auch *negative Fortbestehensprognose* nicht getroffen werden kann. Vielmehr zahlt der Gewährträger in jedem Fall und verzerrt damit die Marktbedingungen in einem für den Gemeinsamen Markt nicht mehr zu vereinbarem Maße.

112 (3) Schließlich und drittens lehrt der vorliegende Fall, dass die Gewährträgerhaftung im Falle der Krise der jeweiligen Unternehmensgruppe praktisch zu einer Sozialisierung der Marktrisiken führt - nicht das Unternehmen, seine Gesellschafter/Aktionäre, Arbeitnehmer und Gläubiger tragen das Risiko der Insolvenz, wie dies für eine Marktwirtschaft typisch und notwendig ist. Vielmehr wird dieses Insolvenzrisiko über die Gewährträgerhaftung auf den Staat und damit auf den Steuerzahler verlagert mit der Folge, dass der einer Insolvenz innewohnende Marktreinigungsprozess nicht stattfindet. Eine solche Sozialisierung der Marktrisiken ist weder mit dem europäischen Wettbewerbsrecht noch mit dem europäischen Beihilferecht noch mit dem in Art. 4 EG verankerten Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt zu vereinbaren. Es muss deshalb nicht mehr vertieft untersucht werden, ob eine solche Verlagerung von Marktrisiken auf den Staat und damit auf den Steuerzahler gegen die Grundprinzipien der im Grundgesetz verankerten deutschen Wirtschaftsverfassung verstößt, denn diese Wirtschaftsverfassung ist bei aller aner kennenswerter *Neutralität* doch dem Leitbild der funktionsfähigen *sozialen Marktwirtschaft* verpflichtet. Eine solche soziale Marktwirtschaft funktioniert aber nicht mehr, wenn Risiken, denen keine soziale Bedürftigkeit zugrunde liegt, die vielmehr im Rahmen marktwirtschaftlicher Prozesse entstanden sind, auf den Staat und damit auf den Steuerzahler verlagert werden dürfen. Dies ist mit den Grundsätzen der angemessenen Lastenverteilung zwischen den Akteuren am Markt, dem Sozialstaatsprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht mehr zu vereinbaren.

113 Für den vorliegenden Fall genügt es auf diese Zusammenhänge hinzuweisen, insbesondere klarzumachen, dass es drei weitere, bisher nicht beachtete, Argumente gibt, die zeigen, dass die in Deutschland gebräuchliche unbeschränkte Anstaltslast und Gewährträgerhaftung weder mit den Regeln des Grundgesetzes noch mit denen des europäischen Wettbewerbs- und Beihilferechts zu vereinbaren sind. Daraus ergeben sich Schlussfolgerungen, die einerseits den Umfang und andererseits die Höhe der Gewährträgerhaftung, und zwar *de lege lata*, begrenzen.

S. 86

- HFR 7/2005 S. 27 -

114 3. Begrenzung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Höhe nach

Gewährträgerhaftung und Anstaltslast sind aber nicht nur ihrem sachlichen Umfang nach, sondern vor allem auch der *Höhe nach* europarechtlich begrenzt. Auch dies ergibt sich aus dem Zusammenspiel des Durchführungsverbot (Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG) mit Art. 86 Abs. 2 EG und dem in Art. 4 EG verankerten Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt. Insoweit ist noch einmal auf die Amsterdamer Erklärung hinzuweisen, wonach durch Gewährträgerhaftung und Anstaltslast die

⁴⁶ Gesetz-Verordnungsblatt für Berlin 46. Jahrgang Nr. 18, 3. April 1990, S. 682.

Wettbewerbsbedingungen nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden dürfen, das über das "zur Erfüllung der besonderen Aufgaben erforderliche Maß hinaus geht". Die hiernach entscheidende Frage ist also, in welchem Maße Anstaltslast und Gewährträgerhaftung benötigt werden, um der LBB die Erfüllung der ihr zugewiesenen besonderen Aufgaben zu ermöglichen. Erneut ist zur Beantwortung dieser Frage auf die der Bank zugewiesenen gesetzlichen Aufgaben zu verweisen. Die Bank hat durch ihre Geschäftstätigkeit den Gewährträger (das Land Berlin) in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter Berücksichtigung sozialer, ökologischer und strukturpolitischer Grundsätze zu unterstützen. Sie betreibt Bankgeschäfte aller Art und sonstige Geschäfte, die dem Zweck der Bank dienen (§ 3 Abs. 1/2 LandesbankG).

- 115 Hauptzweck der Bank ist es also durch ihre Geschäftstätigkeit das Land Berlin in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu unterstützen. Ganz unabhängig davon, auf welchen Tätigkeitsfeldern sich die Bank jeweils bewegt, ist die Grenze ihrer Aufgabe immer dann erreicht, wenn sie ihren Gewährträger (das Land Berlin) durch ihre Geschäftstätigkeit bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht mehr unterstützt, sondern die Erfüllung öffentlicher Aufgaben womöglich behindert oder gar ganz verhindert. Die Grenze des der Bank gesetzlich zugewiesenen Aufgabenkreises ist immer dann erreicht, wenn die finanzielle Unterstützung des Landes gegenüber der Bank ein Ausmaß erreicht, das den Nutzen, den das Land aus der Tätigkeit der Bank zieht, finanziell signifikant übersteigt. In einem solchen Fall, in dem zwischen der Leistung des Gewährträgers (Land Berlin) und der Gegenleistung der Bank (LBB) ein dauerhaftes *strukturelles Ungleichgewicht* vorliegt, endet zugleich die der Bank gesetzlich zugewiesene Aufgabenermächtigung. Damit begrenzt die gesetzliche Aufgaben- und Zwecksetzung in § 3 LandesbankG die Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Höhe nach auf ein Ausmaß, das Leistung und Gegenleistung zwischen Gewährträger und Bank mittel- und langfristig im Ausgleich hält. Entwickeln sich - wie zur Zeit - die Geschäfte innerhalb der Gruppe und damit rückwirkend auch innerhalb der LBB so, dass ein *strukturelles Ungleichgewicht* zwischen der Leistung des Gewährträgers (Land Berlin) und der Gegenleistung der Bank (LBB) entsteht, endet zugleich mit Eintreten dieser Situation, die Gewährträgerhaftung und Anstaltslast nach europäischem Beihilfe- und Wettbewerbsrecht. Denn durch Eintreten eines *strukturellen Ungleichgewichts* erbringt die Bank nicht mehr die Aufgaben, die ihr als besondere im öffentlichen Interesse zugewiesen wurden, sondern offenbar Aufgaben, die, weil nicht mehr finanzierbar, nicht mehr im öffentlichen Interesse liegen können. Das gilt sowohl aus der Perspektive der Haushaltspolitik, als auch aus der Perspektive der Sozial- und Wirtschaftspolitik als schließlich auch unter strukturpolitischen und ökologischen Gesichtspunkten. Finanzierungen, die dem Land Berlin als Gewährträger keine entsprechende Gegenleistung bringen, widersprechen dem öffentlichen Interesse des Landes prinzipiell.

S. 87

- HFR 7/2005 S. 28 -

- 116 Diese aus der Funktion und den Aufgaben der Landesbank Berlin gefilterte Höhenbegrenzung der Gewährträgerhaftung und Anstaltslast lässt sich ohne weiteres der Höhe nach konkretisieren. Zu fragen ist, in welchem Umfang dem Land Berlin aus der Aufgabenzuweisung an die LBB Vorteile erwachsen sind, die den Haushalt entlastet haben. In Höhe dieser Vorteile sind Gewährträgerhaftung und Anstaltslast europarechtlich legitimiert - übersteigt dagegen die Gewährträgerhaftung und Anstaltslast die dem Land Berlin zufließenden Vorteile dauerhaft und signifikant, so dass ein *strukturelles Ungleichgewicht* entsteht, so begrenzt dies zugleich die Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Höhe nach.
- 117 Zur Umsetzung dieses Konzeptes kann man den *Private-Investor-Test* anstellen. Ein privater Investor lässt das von ihm eingesetzte Eigenkapital in einem Unternehmen, wenn es sich angemessen, also im Marktdurchschnitt, verzinst. Bei entsprechender positiver Prognose erhöht der private Investor im Zweifel das Kapital. Würde also ein privater Investor eine Landesbank betreiben, so würde er dieser ein Eigenkapital zur Verfügung stellen, mit dessen Hilfe die Landesbank ihre Aufgaben bewältigen und Überschüsse in einer Weise erwirtschaften kann, die es dem Investor ermöglicht, das Ei-

genkapital dem Unternehmen zu belassen. Ersetzt man nun den Begriff des angemessenen Eigenkapitals gegen den der Gewährträgerhaftung und Anstaltslast, so ändert sich am Ergebnis für den privaten Investor nichts. Für ihn ist es nämlich gleichgültig, ob er Kapital investiert oder eine entsprechende Garantie gibt. Folglich kann man umgekehrt sagen, dass ein Gewährträger seiner Landesbank Eigenkapital in dem Umfang zuführen muss, das erforderlich ist, um die Aufgaben, die die Landesbank erfüllen soll, durchzuführen. Die Art. 86 Abs. 2 EG entsprechende angemessenen Höhe der Gewährträgerhaftung und Anstaltslast ist somit definiert durch eine angemessene Eigenkapitalausstattung einer vergleichbaren Landesbank am Markt. Eine darüber hinaus gehende Eigenkapitalausstattung würde ein privater Investor nicht durchführen, auch wenn er im Vorfeld bereit gewesen wäre, die öffentlichen Aufgaben und die daraus resultierende Gewinn-Begrenzung, zu akzeptieren. Er würde seine Landesbank also so lange mit Eigenkapital versorgen und dieses auch erhöhen, als dies zur Erfüllung der der Landesbank zugewiesenen Aufgaben erforderlich ist. Er würde die Landesbank aber nicht mehr mit Eigenkapital versorgen, wenn die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben dadurch mehr kostete, als würde man das Kapital gleich direkt zur Durchführung der öffentlichen Aufgaben investieren.

- 118 In diesem Sinne hat übrigens das Bundesverfassungsgericht am 23. September 1994 entschieden.⁴⁷ Zwar hat das Gericht die Gleichsetzung von haftendem Eigenkapital im Sinne des KWG mit der kommunalen Gewährträgerhaftung und Anstaltslast - zu Recht - zurückgewiesen aber ausgeführt, dass das Gesetz "*keine normativen Restriktionen kenne, was die Höhe des haftenden Eigenkapitals angehe*".⁴⁸ Folglich stehe es den Gewährträgern offen, den Handlungsspielraum der Sparkassen durch eine "*Erhöhung der präsenten Eigenkapitalbasis*" zu verbessern. Dies zeigt, dass das Gericht zwar zwischen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung einerseits und Eigenkapital andererseits formal differenziert, dass es aber für die Aufgabenerfüllung der einzelnen Institute - genau wie hier vorgeschlagen - an eine angemessene Eigenkapitalausstattung im Sinne des KWG anknüpft. Hiervon ausgehend ist im vorliegenden Fall die Frage der Angemessenheit der Eigenkapitalausstattung der LBB für den Stichtag (18. Juli 2001) zu bestimmen und damit der Höhe nach entsprechend zu begrenzen. Die Vorstellung von einer unbegrenzten auf dem Land Berlin lastenden Gewährträgerhaftung und Anstaltslast ist somit zu korrigieren.

S. 88

- HFR 7/2005 S. 29 -

119 C. Anlage 3

Risikoprüfung im Sinne von § 1 Abs. 3 Risikoabschirmungsgesetz

vom 16. April 2002 zugunsten der Bankgesellschaft Berlin

120 I. Das Konzept des Risikoabschirmungsgesetzes

Durch das Risikoabschirmungsgesetz vom 16. 4. 2002 wird der Berliner Senat ermächtigt für vertraglich näher zu bestimmende Risiken aus dem Immobiliendienstleistungsgeschäft der BGB-Gruppe eine *Garantie* im Sinne von § 39 Abs. 1 der Landeshaushaltsordnung zu übernehmen (§ 1 Abs. 1 AbschirmungsG). Der Haftungsrahmen ist (§ 1 Abs. 2 AbschirmungsG) auf eine Summe von höchstens 21,6 Milliarden Euro begrenzt. Die Laufzeit der Garantie endet spätestens mit Ablauf des Jahres 2032. In der Garantievereinbarung (Detailvereinbarung) muß sichergestellt werden (§1 Abs. 3 AbschirmungsG), dass die Garantie von den begünstigten Gesellschaften nur in dem *zwingend notwendigen Ausmaß* in Anspruch genommen werden kann. Weiter ist sicherzustellen, dass die Garantie nicht für Leistungen gilt, die *ohne Rechtspflicht* (zum Beispiel Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz von Treu und Glau-

⁴⁷ WM 1994, 1971.

⁴⁸ WM 1994, 1972.

ben) erbracht werden.

- 121 Die begleitend zu errichtende Controllinggesellschaft stellt konzeptionell sicher (§ 3 Abs. 1 AbschirmungsG) dass das *Management wirtschaftlich an der Minimierung der Garantieleistungen* interessiert ist.
- 122 Die inzwischen vorliegende Detailvereinbarung enthält dieses in § 1 Abs. 3 und in § 3 Abs. 1 geforderte *Risikominimierungssystem* nicht, Statt dessen wird auf die Anforderungen des AbschirmungsG nur an ganz versteckter Stelle, nämlich in Art. 46 Abs. 4 DV hingewiesen. Dort heißt es, "*dass insbesondere keine Leistungen an Dritte auf Kulanzbasis oder sonst ohne Bestehen einer Rechtspflicht erbracht werden dürfen*". Ein Risikominimierungssystem im Sinne des AbschirmungsG ist dies nicht. Darauf ist auch in der Hauptversammlung der BGB-Gruppe am 19. Juli 02 öffentlich hingewiesen worden. Allerdings erlauben es dieser Satz der DV, ihr Sinn und Zweck und die landesgesetzlichen Vorgaben im AbschirmungsG nun ein *Risikominimierungssystem* zur Ausfüllung und Ergänzung der DV zu entwickeln und dem Abgeordnetenhaus zur Kenntnis zu geben. Dieses Risikominimierungssystem müsste aus folgenden Bausteinen bestehen:
- 123 (1) Entlastung der BGB-Gruppe von Geschäften, die ultra vires sind
- (2) Entlastung der BGB-Gruppe, die beihilferechtswidrig sind
- (3) Rückführung der landesrechtlichen Gewährträgerhaftung und Anstaltslast auf das beihilferechtlich zulässige Maß (angemessenen Eigenkapitalausstattung)
- (4) Anpassung der privatrechtlichen Immobilienfondsverträge auf das *marktübliche* Niveau
- (5) Haftungsrechtlicher Rückgriff
- 124 Dieses Risikominimierungskonzept ist, soweit es die Positionen (1) bis (3) angeht in der Anlage 2 (Grenzen staatlicher Haftung für Schulden öffentlicher Unternehmen - am Beispiel der Bankgesellschaft Berlin entwickelt worden. Die folgenden Überlegungen vertiefen das Konzept auf der Ebene der Position (4), also mit Blick auf die Anpassung der Fondsverträge auf das marktübliche Niveau. Fragen des haftungsrechtlichen Rückgriffs (Ziffer 5) werden, soweit es die Wirtschaftsprüfer betrifft, in der Anlage 4 erörtert.

S. 89

- HFR 7/2005 S. 30 -

125 **II. Verfassungsrechtliche Vorgaben - Grundprinzipien der deutschen (Privat-)Rechtsordnung**

Die unbegrenzte Verlagerung allgemeiner Marktrisiken für unternehmerisches Tun auf den Steuerzahler verstößt, wie oben im Einzelnen gezeigt wurde, gegen die europäische Beihilfe- und Wettbewerbsordnung, aber auch gegen nationales Verfassungsrecht. Das Übermaßverbot ist ebenso verletzt wie das Sozialstaatsprinzip, das Rechtsstaatsprinzip, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und Art. 14 GG. Vor allem verstößt die unbegrenzte Verlagerung allgemeiner Marktrisiken auf den Steuerzahler gegen das Prinzip einer angemessenen und ausgewogenen verfassungsrechtlichen Lastenverteilung zwischen Bürger, Staat und Unternehmen in einer Marktwirtschaft. In einer Marktwirtschaft wird die Lastenverteilung auf der einen Seite durch Steuern, auf der anderen Seite durch Gebühren und Abgaben und schließlich durch eine ausdifferenzierte Risikoverteilung im Vertragsrecht einerseits und im Insolvenzrecht andererseits realisiert. Die unbegrenzte Verlagerung von Marktrisiken auf den Steuerzahler verletzt die im Insolvenzrecht angelegten Risikotragungsregeln unserer Verfassung. An die Stelle des Marktrisikos, das nach allgemeiner Meinung der Gläubiger (hier der Anleger) trägt tritt eine Staatshaftung. Auf diese Weise werden Marktrisiken sozialisiert und gleichzeitig wird die *Marktwirtschaft außer Kraft* gesetzt. Dies ist ein prinzipieller Systemfehler, der durch verfassungskonforme Reduktion der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast

auf das verfassungsrechtlich vertretbare und angemessene Maß zurückzuführen ist. Angemessen wäre hier eine den Aufgaben der LBB adäquate Ausstattung mit Eigenmitteln. Die entscheidende Frage würde lauten, in welchem Umfang ein privater Investor bei gleicher Aufgabenzuweisung die LBB mit Eigenkapital ausgestattet hätte.

126 Die deutsche Rechtsordnung korrigiert *strukturelle Ungleichgewichtslagen* aber nicht nur auf der Ebene des Europa-, des Verfassungs- und des Insolvenzrechts, sondern in besonders gravierenden Fällen auch direkt auf der Ebene des Privatrechts. Das Bundesverfassungsgericht hat die Gemeinschaftsgebundenheit und -bezogenheit des einzelnen Bürgers auch mit Blick auf das Privatrecht immer wieder betont (BVerfGE 4, 15; 8, 329; 27, 344). Am 18. Juli 1972 hat der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichtes entschieden, dass es auf ein Missverständnis von Freiheit hinausliefe, wenn verkannt würde, dass sich persönliche Freiheit auf die Dauer nicht losgelöst von Funktionsfähigkeit und Gleichgewicht des Ganzen verwirklichen lässt und dass ein "*unbegrenztes subjektives Anspruchsdenken auf Kosten der Allgemeinheit unvereinbar mit dem Sozialstaatsgedanken ist*" (NJW 1972, 1564 f.). Auch in einer Entscheidung des Bay.VerfGH (ES Bd. 8 II 1 ff.) wird darauf hingewiesen, dass der Sozialstaat auf die Verpflichtung des Einzelnen an der Gesamtaufgabe zur gemeinsamen Lebensbewältigung hinzielt. In BVerwGE 1, 161 ff. wird auf die Sozialbereitschaft und Sozialverantwortung des Einzelnen abgestellt (vertiefend *Roth-Stilow*, Verträge, unerlaubte Handlung und Sozialstaatsprinzip JR 1973, 185, 187 ff.).

127 Geradezu selbstverständlich ist die Korrektur im Privatrecht dann, wenn es sich um Fälle vorsätzlichen sittenwidrigen Verhaltens (§ 826 BGB) oder um Störungen der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder um Gesetzesverstöße (§ 134 BGB) oder um sittenwidrige Rechtsgeschäfte (§ 138 BGB) oder um Verstöße gegen Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB handelt. Die folgenden Überlegungen zeigen, dass mit Hilfe dieses Instrumentariums ein Teil der die Immobilienfonds belastenden Geschäfte rückgängig gemacht und ein anderer Teil auf marktübliches Niveau zurückgeführt werden kann.

S. 90

- HFR 7/2005 S. 31 -

128 **III. Kollusives Verhalten**

Es sprechen einige Anhaltspunkte dafür, dass es vor allem beim Erwerb von Immobilien für die aufgelegten Fonds zum *Missbrauch der Vertretungsmacht* gekommen sein könnte. Es handelt sich um Formen der Kollusion, bei der Vertreter (hier Vertreter der BGB-Gruppe) und Vertragsgegner (hier: Verkäufer) *bewusst zum Nachteil des Vertretenen* (Immobiliengesellschaft) zusammenwirken. Ein solches kollusives, den Vertretenen schädigendes, Verhalten verstößt nach allgemeiner Auffassung gegen § 138 BGB und ist folglich nichtig (RGZ 136, 356; BGHZ 113, 315, 320; BGH NJW 1995, 250; BAG NJW 1997, 1940). Wenn und soweit in der Vergangenheit sogenannte *Schrottimmobilen* in kollusiver Absicht für die Fonds erworben wurden, so sind diese Erwerbsvorgänge, weil nichtig, nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) rückabzuwickeln.

129 Darüber hinaus ist zu prüfen, ob auch beim Erwerb einzelner Fondsanteile kollusives Verhalten mitgewirkt haben kann. Das könnte bei Personengruppen, die selbst sach- und fachkundig waren, der Fall gewesen sein. In Betracht kommen etwa Banker oder professionelle Anleger, denen klar gewesen sein muss, dass in Zeiten zusammenbrechender Immobilienmärkte eine 25- bis 30-jährige Mietgarantie verbunden mit einem Andienungsrecht vor Vertragsablauf praktisch nur zu einem Schaden der Immobilien-gesellschaft führen konnte. Es ist aber, wie unten im Zusammenhang mit § 138 BGB noch vertieft zu zeigen ist, durchaus nicht abwegig über die Frage nachzudenken, ob nicht alle Fondszeichner zumindest *die Augen davor verschlossen haben*, dass die von ihnen gezeichneten LBB-Fonds praktisch risikolos waren, so dass sich ihnen die Frage aufdrängen musste, wer denn eigentlich das den Fonds innewohnende Marktrisiko trägt. Diese Frage musste sich auch den durchschnittlichen Anleger aufdrängen, weil er

ein essentielles Interesse an der Beantwortung der Frage hatte, ob der in Betracht kommende Risikoträger in der Lage war, die mit dem *Sicherheitszertifikat* verbrieften Garantien auf Dauer zu tragen. So gesehen kann es auch dem durchschnittlichen Anleger nicht verborgen geblieben sein, dass der eigentliche Risikoträger weder er selbst, aber auch nicht die BGB-Gruppe, sondern die hinter dieser Gruppe stehende staatliche Gewährträgerhaftung und damit letztlich der Steuerzahler war. Dieses dürfte der eigentlich ausschlaggebende Grund dafür gewesen sein, dass der Anleger bereit gewesen ist, die Fondsanteile zu zeichnen, ohne sich im geringsten über die Qualität und Werthaltigkeit der Immobilien in den Fonds oder um die irrealen Grundannahmen der Fondskonstruktion (z.B. durchschnittliche jährliche Mietsteigerung von 3 %) auch nur Gedanken zu machen. Mit dem *Sicherheitszertifikat*, mit dem die Fondszeichner erworben wurden, erwarben sie ein "*Rundum-sorglos-Paket*", das es am deutschen Immobilienfondsmarkt bisher so nicht gegeben hat und dass es (hoffentlich) auch in Zukunft so nicht mehr geben wird. Damit aber war jedem Fondszeichner klar, dass es sich beim Erwerb nicht etwa nur um ein besonders günstiges *Schnäppchen* handelte, sondern dass es in Wirklichkeit um eine *Schenkung zulasten des Steuerzahlers* ging, jedenfalls von dem Moment an, wo die Bonität der BGB-Gruppe die Erfüllung der versprochenen Garantien nicht mehr aus eigenem Vermögen zuließ. Damit aber hat praktisch jeder Anteilszeichner die mögliche Schädigung der Bank und damit zugleich des Steuerzahlers bei Abschluss des Vertrages zumindest im Sinne eines *dolus eventualis* in Kauf genommen und somit kollusiv gehandelt. Das schädigende und zugleich kollusive Element wird durch das Außerkraftsetzen der geltenden Insolvenzordnung verstärkt. Im Normalfall sind unentgeltliche Leistungen des Schuldners, die in den letzten vier Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurden, nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar. Darin kommt das Prinzip des deutschen Rechts zum Ausdruck, wonach die Bestandskraft unentgeltlichen Erwerbs schwächer ist als die entgeltlichen Erwerbs (*Paulus* in: Kübler/Prütting InsO - Loseblatt, Bd. II § 134 Rn. 1). Dieser Gedanke ist aber nicht nur Grundlage von § 134 InsO, sondern kommt auch in den §§ 528, 816 Abs. 1 S. 2, 988 BGB zum Ausdruck. Hinter all diesen Normen steckt der Billigkeitsgedanke, dass niemand auf Kosten seiner Gläubiger freizügig sein soll (BGH NJW 1964, 1960; ZIP 1992, 1089, 1092; vertiefend Paulus/Schröder WM 1999, 253, 257). Durch die zufällige Einbindung einer Anstalt des öffentlichen Rechts in die BGB-Gruppe und durch die Verlagerung der Marktrisiken auf diese Anstalt (hier: LBB) wird nun mit Blick auf die BGB-Gruppe dieser Grundsatz des deutschen Privatrechts außer Kraft gesetzt. Die Marktrisiken, die bei unentgeltlichen Zuwendungen - wie hier - über das BGB und über die InsO vom Anleger oder allgemeiner vom Gläubiger getragen werden, sind vorliegend wegen der Zwischenschaltung der LBB als Anstalt des öffentlichen Rechts auf den Staat und damit auf den Steuerzahler verlagert. Durch diese Risikoverlagerung wird das Marktrisiko einzelner Fondszeichner sozialisiert, während andere, die innerhalb derselben Gruppe keine vergleichbaren Garantien bekommen haben - auch das hat es in erheblichem Umfang gegeben - leer ausgehen. Allein diese Ungleichbehandlung zwischen den begünstigten Fondszeichnern und jenen, die das Marktrisiko selbst zu tragen haben, gleichwohl aber mit der BGB-Gruppe kontrahiert haben, müsste nachdenklich stimmen. Es kann in einer Marktwirtschaft nicht hingenommen werden, dass einige wenige Gläubiger sich auf Kosten Dritter und insbesondere auf Kosten des Steuerzahlers quasi selbst bedienen. Lässt die Rechtsordnung eine solche Selbstbedienung auch nur ansatzweise zu, so zerstört sie die Grundlagen, auf die denen sie beruht. So gesehen sprechen viele gute Gründe dafür, dass bereits der Gesichtspunkt des *kollusiven* Verhaltens zu einer Korrektur der überlangen Mietgarantien auf ein *marktübliches Niveau*, und damit auf etwa *fünf Jahre* bei Wegfall des *Andienungsrechts* zu führen hat.

S. 91

- HFR 7/2005 S. 32 -

130 IV. Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht

Im Jahre 1993 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass eine Bindung des Richters an die Grundrechte auf dem Gebiet des Privatrechts nicht unmittelbar, wohl aber so weit in Betracht kommt, als das Grundgesetz *Elemente einer objektiven Ord-*

nung aufgerichtet hat, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung haben, mithin auch das Privatrecht beeinflussen (ZIP 1993, 1775, 1779). Ähnlich hatte das Gericht bereits im Jahre 1994 entschieden, dass aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie und dem Sozialstaatsprinzip für die Zivilrechtsordnung folgt, dass dort korrigierend eingzugreifen ist, wo eine typisierende Fallgestaltung eine *strukturelle Unterlegenheit* und eine Fremdbestimmung des unterlegenen Vertragsteils erkennen lässt (NJW 1994, 2749). Damit kommt ein Verstoß gegen die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie und des Sozialstaatsprinzips dann in Betracht, wenn das Problem gestörter Vertragsparität gar nicht gesehen oder seine Lösung mit untauglichen Mitteln versucht wird (NJW 1996, 2021; BVerfGE 89, 214, 231). Zuvor bereits hatte der Erste Senat am 7. Februar 1990 für das Handelsvertreterrecht klargestellt, dass Art. 12 Abs. 1 EG es gebieten kann, dass der Gesetzgeber im Zivilrecht Vorkehrungen zum Schutz der Berufsfreiheit gegen vertragliche Beschränkungen schafft, namentlich wenn das annähernde *Kräftegleichgewicht* der Beteiligten fehlt (NJW 1990, 1469). In der neueren Literatur wird zu Recht gesagt, dass die Wertungen des Grundgesetzes innerhalb der zivilrechtlichen Normen schon deshalb etwas ganz Selbstverständliches sind, weil Vorschriften des einfachen Rechts (zum Beispiel die §§ 138, 313 BGB) nicht die übergeordneten verfassungsrechtlichen Gebote außer Kraft setzen oder modifizieren können (Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373, 376). Der entscheidende Gedanke ist, dass im Grundgesetz Elemente einer *objektiven Ordnung* aufgerichtet sind, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung haben, mithin auch das Privatrecht beeinflussen. Diese Erkenntnis hat bereits mehrfach im Rahmen von § 138 BGB zu einer Korrektur Anlass gegeben.

131 **1. § 138 BGB im Lichte des verfassungsrechtlichen Wertesystems**

Über § 138 BGB wirkt das im Grundgesetz verankerte Wertesystem in das Privatrecht ein (so bereits BVerfGE 7, 206; 24, 251; NJW 1990, 1420; 1994, 38; BGHZ 70, 324). Zu den Wertentscheidungen die den Rechtsbegriff der Guten Sitten mitbestimmen, gehört auch die in Art. 20, 28 GG verankerte Sozialstaatsklausel (BVerfGE 8, 329; NJW 1994, 38). Bei einem Konflikt zwischen außerrechtlichen moralischen Anschauungen und der im Recht verkörperten Wertordnung hat die letztere, sofern sie sich im Rahmen der Verfassung hält, den Vorrang. Inzwischen ist anerkannt, dass auch Grundsätze des Europarechts zur Konkretisierung des § 138 BGB herangezogen werden dürfen (BGHZ 138, 55).

132 Nicht nur der Inhalt, sondern vor allem auch der *Gesamtcharakter* des Rechtsgeschäftes kann dieses sittenwidrig machen. In einem solchen Fall geht es um die zusammenfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Geschäftes (BGHZ 86, 88; 107, 97; NJW 1990, 704; 2001, 1127). Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit und eine Schädigungsabsicht sind nicht erforderlich (BGH NJW 1993, 1588). Es genügt, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen sich letztlich die Sittenwidrigkeit ergibt (BGH NJW 1988, 1374). So hat der BGH eine wertvolle Schenkung unter offensichtlicher Verletzung von Haushaltsvorschriften für sittenwidrig und somit nichtig erachtet (BGHZ 36, 398). Auch Verträge zur Förderung oder Ausnutzung strafbarer Handlungen, sind sittenwidrig (BGH NJW-RR 1990, 1522). Dies gilt etwa beim Verkauf von Grundstücken oder Filmrechten unter Wert (BGH 1 StR 34/70 v. 1. 12. 1970, S. 42; BGH 2 StR 253/65 v. 30. 7. 1965 zitiert nach *Schünemann* in Leipziger Kommentar § 266 Rn 141). Hierhin gehören auch Fälle der Haushalts- oder Amtsuntreue, das heißt die pflichtenwidrige Verausgabung von Mitteln der öffentlichen Hand (*Schünemann* in Leipziger Kommentar § 266 Rn 143).

133 Auch Rechtsgeschäfte zum Schaden der *Sozialhilfeträger* und damit zum Schaden der *Allgemeinheit* verstoßen grundsätzlich gegen die Guten Sitten, wenn nicht ganz besondere Rechtfertigungsgründe vorliegen (BGHZ 86, 82, 86; NJW 1985, 1835, 1836; BGHZ 111, 36, 40; NJW 1991, 913, 914; 1992, 3164, 3165; VGH Mannheim NJW 1993, 29, 53). So ist beispielsweise ein Unterhaltsverzicht in einer Scheidungsvereinbarung immer sittenwidrig, wenn er geschlossen worden ist, um den dadurch begüns-

tigten Ehegatten auf Kosten des Sozialhilfeträgers zu entlasten (BGHZ 86, 82, 86; 111, 36, 41). Das gilt auch dann, wenn eine Schädigung des Trägers der Sozialhilfe nicht bezweckt war (BGH 86, 82, 88; NJW 1992, 3164; 1994, 248, 250). Auch Testamente, die darauf zielen, Vermögensverhältnisse zum Schaden der Sozialhilfe und damit auf Kosten der Allgemeinheit zu regeln sind grundsätzlich sittenwidrig, wenn sie bewusst durch Enterbung die Sozialbedürftigkeit eines gesetzlichen Erben herbeiführen wollen (VGH Mannheim NJW 1993, 2953 m.w.N.).

S. 92

- HFR 7/2005 S. 33 -

- 134 Aus alledem lässt sich schlussfolgern, dass Verträge *zulasten des Steuerzahlers* jedenfalls dann sittenwidrig und nichtig sind, wenn es an einer dem Steuerzahler (auch indirekt) zugute kommenden Gegenleistung fehlt.
- 135 Betrachtet man in diesem Zusammenhang die 25- bis 30-jährigen Mietgarantien und das Andienungsrecht zum Nominalwert vor Vertragsablauf, so wird man zunächst einmal sagen können, dass es sich für jeden Anleger um ein höchst ungewöhnlich abgesichertes Anlagegeschäft gehandelt hat - vergleichbare Garantien hat es auf Immobilienfondsmärkten, ebenso wie auf den ihnen verwandten Wertpapierfondsmärkten, nie gegeben. Sie wären auch nicht finanzierbar gewesen, denn Hedging über einen derart langen Zeitraum auf derart hohem Niveau mit einem Andienungsrecht zum Nominalwert vor Vertragsablauf kostet derart viel, dass ein Fondsanbieter im Wettbewerb mit solchen Anteilen nicht bestehen kann. Tatsächlich sind die Immobilienfondsanteile der BGB-Gruppe auch nicht etwa teurer gewesen im Marktvergleich, sie enthielten nur völlig atypische Garantien in einem Umfang, der jeden Anleger unter normalen Umständen hätte misstrauisch werden lassen. Unter normalen Bedingungen hätte der Anleger zunächst einmal gefragt, warum der Anbieter völlig atypische, extrem günstige, Konditionen bietet, ob er möglicherweise etwas zu verbergen hat, ob die in den Fonds angesammelten Immobilien vielleicht minderwertig sind. Dieser Frage wäre der Anleger akribisch nachgegangen, weil die Werthaltigkeit der Immobilien für einen Immobilienfonds von essentieller Bedeutung ist. Darüber hinaus hätte der Anleger im Normalfall gefragt, welches Unternehmen mit welchem Grundkapital und welchem Geschäftsfeld für die Garantie eigentlich einsteht. Üblicherweise gehen nämlich die Garantiegesellschaften im Immobiliengeschäft als erste Pleite, ohne dass die den Immobilienfonds selbst tragenden Unternehmen dafür einzustehen haben. Diese Zusammenhänge, die jedem auch nicht vorgebildeten Fondsanleger bekannt sind, führen gewöhnlich zu einer besonders großen Zurückhaltung, wenn die Garantien über das marktübliche Maß, also über maximal fünf Jahre - ohne Andienungsrecht - hinausgehen. Mit Blick auf die Fondsanteile, die die BGB-Gruppe vertrieben hat, war das alles deshalb anders, weil die Fondsverkäufer auf die Garantien der LBB einerseits und vor allem auf die staatliche Gewährträgerhaftung und Anstaltslast verwiesen haben. Die daraus am Markt entstehende Sorglosigkeit war praktisch grenzenlos, da alle Zeichner davon ausgingen, dass die zugrunde liegende Staatshaftung im Zweifel für die Erfüllung der Garantien sorgen wird. Dies war auch allen Beteiligten bewusst, denn andernfalls hätten sie die Fonds und ihren Inhalt untersucht und dabei festgestellt, dass viele Fonds mit Immobilien belastet waren, die man heute unter dem Stichwort *Schrottimmobilien* zusammenfasst. Auf die Frage, wieso eigentlich die Tochtergesellschaften der BGB-Gruppe völlig überdimensionierte, atypische Garantien gaben, wurde nicht gestellt, obwohl den Fondszeichnern klar bewusst war, dass sie für diese 5- bis 6-mal längeren Garantien als marktüblich, keine Gegenleistung bezahlten, dass sie also beschenkt wurden. Auch insoweit war allen Beteiligten klar, dass Fragen über diese überdimensionierte Laufzeit entbehrlich waren, weil im Zweifel der Staat und damit der Steuerzahler für die Garantien einsteht. Ob man angesichts dieser Beweggründe und Zwecke womöglich davon sprechen kann, dass alle Fondszeichner mit den Veräußerern der Anteile *kollusiv* zusammenwirkten, müsste vertieft untersucht werden. Jedenfalls aber muss den Anlegern bewusst gewesen sein, dass derart günstige, am Markt sonst nicht erhältliche, völlig atypische Garantien ohne jede Gegenleistung im Zweifel nur einen belasten konnten, nämlich den Staat und damit den Steuerzahler. Dieses Bewusstsein genügt, um den Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu erheben, wie insbesondere die Rechtsprechung

des BGH, insbesondere in den Fällen des Unterhaltsverzichts zu Lasten der Sozialhilfe (dazu *Schwarz JZ 1997, 545*) besonders eindrucksvoll belegt. In diesem Bewusstsein, dass auf der Seite der Fondsanbieter möglicherweise den Treuebruchtatbestand (§ 266 StGB) erfüllt, haben die Fondszeichner nicht nur dann gehandelt, wenn sie - wie üblich - auf die Gewährträgerhaftung des Staates ausdrücklich, im Sicherheits-Zertifikat, hingewiesen worden sind, sondern auch dann, wenn dieses im Einzelfall möglicherweise unterblieb. Denn ihnen war, wie allen anderen Immobilienfondskäufern klar, dass sie in einer Zeit zusammenbrechender Immobilienmärkte Anteile erwarben, die völlig risikolos waren. Damit musste sich ihnen die Frage aufdrängen, wer denn eigentlich in diesem Fall das Risiko trägt, eine Frage, die die Anteilszeichner schon deshalb vor Erwerb beantworten mussten, um herauszufinden, ob sie womöglich selbst Risikoträger sind. Ihnen muss nach Prüfung dieser Frage klar gewesen sein, dass letztlich der Staat für die von ihnen gezeichneten Risiken einsteht, weil sie sonst nicht bereit gewesen wären Immobilienanteile von Fonds zu erwerben, die zu einem großen Teil schlechte Immobilien in sich vereinigten.

S. 93

- HFR 7/2005 S. 34 -

- 136 Damit aber liegen die Tatbestandsvoraussetzungen von § 138 BGB sowohl objektiv als auch subjektiv vor. Auf der einen Seite besteht zwischen Leistung und Gegenleistung ein *auffälliges Missverhältnis* - die Anteilszeichner haben für die atypischen Garantien nichts bezahlt. Auf der anderen Seite war ihnen bewusst, dass für diese Garantien der Staat, beziehungsweise der Steuerzahler letztlich einsteht, das heißt Verkäufer und Käufer kannten die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen, wobei es im Einzelfall genügt, wenn sie sich dieser Kenntnis grob fahrlässig verschlossen haben sollten (BGH NJW 1990, 568, 1992, 310). Es kann also keine Rede davon sein, dass mit der vorliegenden Argumentation etwa durch die Hintertür die durch das BGB - zu Recht - überwundene Lehre von der *laesio enormis* (hierzu vertiefend *Harald Siems, Wucher und Handel im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen, 1992, S. 764 ff.*) wiederbelebt würde.
- 137 Allerdings ist in diesem Zusammenhang noch einmal auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinzuweisen, wonach das Grundgesetz Elemente einer *objektiven Ordnung* aufgerichtet hat, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung hat, mithin auch das Privatrecht beeinflusst (ZIP 1993, 1775, 1779). Damit ist der Privatrechtsordnung die Aufgabe gestellt, die verfassungsrechtlich gebotenen, aus der objektiven Werteordnung abgeleiteten, Korrekturen durchzuführen und dabei im Zweifel Tatbestandsanforderungen im Lichte der Werteordnung der Verfassung auszudeuten. Dies gebietet es beispielsweise den Grad des Bewusstseins über die tatsächlichen Voraussetzungen des sittenwidrigen Tuns im Sinne der Anforderungen der Rechtsordnung normativ zu interpretieren, also davon auszugehen, dass die der Rechtsordnung immanenten Schranken auch dem Bürger und dem durchschnittlichen Anleger im Allgemeinen bewusst sind. Nur mit einer in dieser Weise normativierten Interpretation der subjektiven Anforderungen in § 138 BGB gelingt es, den Wertungen der Verfassung letztlich im Privatrecht zum Durchbruch zu verhelfen. Das ist im übrigen nichts Neues, sondern entspricht der historischen Genese des § 138 BGB. Bereits in der 1. Kommission hieß es: "*Es müssen auch solche Rechtsgeschäfte, durch welche eine sittenwidrige Leistung nicht versprochen wird, deren Inhalt aber mit den guten Sitten sich in Widerspruch setzt, nichtig sein. ... Neben den guten Sitten ist die öffentliche Ordnung erwähnt, weil der Inhalt eines Rechtsgeschäftes nicht bloß gegen die moralischen, sondern auch gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstoßen kann und ein Verstoß gegen die Letzteren nicht immer einen Verstoß gegen die Ersteren enthält*" (*Mugdan, Motive zum BGB, Bd. 1 Mot. 469, Prot. S. 725 und Bericht 12. Komm. S. 969*).
- 138 Dass dies auch heute nichts Ungewöhnliches ist zeigt beispielsweise die Rechtsprechung des BGH zu den höchstzulässigen Laufzeiten bei langfristigen Bierbezugsverträgen. Die Rechtsprechung lässt seit langem Laufzeiten bis 15 Jahre, äußerstenfalls bis 20 Jahre zu (BGHZ 74, 293, NJW 1992, 2145). Längere Bindungen werden nach § 139

BGB auf das *angemessene Maß* zurückgeführt (BGH NJW 1972, 1459; NJW-RR 1990, 816), ohne dass die Leistungspflichten der Brauerei reduziert werden (BGH NJW 1992, 2145). Noch kürzer sind die höchstzulässigen Vertragslaufzeiten innerhalb vertikaler Lieferverhältnisse mit Alleinbezugsbindung nach der neuen europäischen SchirmgruppenfreistellungsVO. Das europäische Recht lässt im Normalfall eine maximale Vertragslaufzeit von *fünf Jahren* zu - Verträge die über dieses Maß hinausweisen sind nichtig (Art. 81 Abs. 2 EG). Schaut man sich die Rechtsprechung des BGH zur Höchstlaufzeit von Bierbezugsverträgen etwas genauer an, so stellt man fest, dass sich die Sittenwidrigkeit allein aus der Laufzeit des Vertrages selbst ergibt. Zusätzliche subjektive Anforderungen an die Tatbestandsverwirklichung stellt der BGH nicht. Das ist in sich schlüssig und konsequent, wenn man sich klarmacht, dass jeder vertragsschließenden Partei prinzipiell bewusst ist, einen Willen über einen Zeitraum von 15 bis 20 Jahren praktisch nicht wirksam entwickeln zu können. Genau besehen missbrauchen die Parteien den Grundsatz der Privatautonomie indem sie so tun, als sei es ihnen möglich "*in die Zukunft zu schauen*". Der BGH unterstellt also, dass den vertragsschließenden Parteien die Grenzen der in Art. 2 GG garantierten wirtschaftlichen Handlungsfreiheit bewusst sind und folgert aus diesen Grenzen die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB. Mit Blick auf die hier gegebenen überlangen Fondsgarantien bedeutet dies, dass den Fondszeichnern, ebenso wie den Gastwirten, bewusst ist, dass die Rechtsordnung innere verfassungsrechtliche Schranken enthält, insbesondere diejenige, dass Verträge zu Lasten des Steuerzahlers prinzipiell nichtig sind. Das ergibt sich übrigens auch aus § 528 BGB wonach bei Verarmung des Schuldners (hier LBB) für den Unterhalt nicht etwa auf den Steuerzahler sondern auf den Beschenkten (hier: Fondszeichner/Gläubiger) zurückgegriffen wird. Verträge, die dessen ungeachtet dennoch geschlossen werden sind, ebenso wie es der BGH bei den Bierbezugsverträgen anknüpfend an § 139 BGB tut, nicht vollständig nichtig, sondern auf das Maß zurückzuführen, das verständige Vertragsparteien in Kenntnis aller Umstände unter Berücksichtigung der Werteordnung der Verfassung äußerstenfalls ihrem Vertrag zugrunde gelegt hätten. Dies wäre im vorliegenden Fall ein *marktübliches Niveau von etwa fünf Jahren*.

S. 94

- HFR 7/2005 S. 35 -

139 **2. Korrektur über § 134 BGB**

Zu sehr ähnlichen Ergebnissen kommt man, wenn man über den Verstoß gegen ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB nachdenkt. Als ein solches Verbotsgesetz kommt zunächst einmal Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG in Betracht. Darüber hinaus liegt aber auch ein Verstoß gegen § 1 VO PR Nr. 30/53 analog nahe (Text bei *Ebisch/Gottschalk*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 7. Aufl., 2001). Nach § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 dürfen "*für Leistungen aufgrund öffentlicher Aufträge höhere Preise nicht gefordert, versprochen, vereinbart, angenommen oder gewährt werden, als nach dieser Verordnung zulässig ist*". Bei diesen Preisen handelt es sich grundsätzlich um *Marktpreise* (§ 1 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53).

140 Es ist sicher unstrittig, dass es sich bei der Veräußerung der Fondsanteile nicht um *Leistungen aufgrund öffentlicher Aufträge* gehandelt hat. Allerdings liegt eine Analogie vorliegend nahe, weil es für die Definition des öffentlichen Auftrags *maßgeblich auf die Herkunft der Finanzmittel* für die Zahlung ankommt (*Ebisch/Gottschalk* § 1 VO PR Nr. 30/53 Rn 17). Immerhin wird in der Literatur die Frage vertieft, ob die VO PR Nr. 30/53 auch dann schon anwendbar ist, wenn rein erwerbswirtschaftlich tätige juristische Personen des öffentlichen Rechts (wie hier) als Auftraggeber in Erscheinung treten (*Wallerath*, Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart, Baden-Baden 1988 480 f; *Rittner*, Festschrift für Benich, 1989, 111). Dabei darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Grenzen der *rein* erwerbswirtschaftlichen Betätigung äußerst fließend sind, so dass zum Beispiel bei *Sparkassen* (wie hier) schon Zweifel entstehen können (*Ebisch/Gottschalk*, § 1 VO PR Nr. 30/53 Rn26). Es empfiehlt sich, so *Ebisch/Gottschalk*, daher dringend, bei der großen Masse der zweifelhaften Fälle den von der VO PR Nr. 30/53 vorgezeichneten Weg zu gehen und bis zu einer Befreiung nach § 2 Abs. 2 die Anwendbarkeit des Preisrechts zu bejahen. Eine Befreiung durch

den Bundesminister für Wirtschaft § 2 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53 hat es für die Preisbildung der Fondsanteile nach hiesigem Kenntnisstand nie gegeben.

141 Dies spricht zumindest für eine analoge Anwendung von § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 auf den vorliegenden Fall, jedenfalls soweit es darum geht, Garantien auf das *marktübliche Maß* deshalb zurückzuführen, um den Durchgriff auf den Steuerzahler und damit die Finanzierung aus der Staatskasse zu unterbinden. Denn genau darum geht es den Schutzziele der VO PR Nr. 30/53, nämlich zu verhindern, dass die öffentliche Hand durch Teilnahme am Marktwettbewerb womöglich allgemeine Risiken dieses Wettbewerbs auf den Steuerzahler überwälzt. Ganz in diesem Sinne liegt eine Entscheidung des OVG Greifswald vom 25. Februar 1998 vor (Monatszeitschrift des Städte- und Gemeindetages Mecklenburg-Vorpommern 1998, 518, 528). Auch in den Fällen, in denen ein Entgelt in einem Vertrag zwischen einer kommunalen Körperschaft und einer *privaten Gesellschaft* **nicht** aufgrund einer Ausschreibung nach Wettbewerbspreisen festgesetzt ist, neigt das Gericht zu der Annahme, dass sich die Verträge an den Bestimmungen des Preisprüfungsrechtes nach der VO PR Nr. 30/53 messen lassen müssen. Damit betont das Gericht den Grundsatz des *Marktpreisvorranges* selbst dann, wenn eine Kommune den Vertrag mit einem privaten Unternehmen schließt. Dies rechtfertigt es, das öffentliche Preisbestimmungsrecht auch im vorliegenden Fall zumindest analog anzuwenden, da ein öffentliches Unternehmen Anteile an Private veräußert hat und dabei den Grundsatz des Marktpreisvorrangs eklatant verletzt hat.

142 Als *Rechtsfolge* ist seit einer BGH-Entscheidung vom 3. Juni 1953 (LM Nr. 8 zu § 134 BGB) anerkannt, dass der Veräußerer von Handelsgütern (hier Fondsanteile) am Vertrag festgehalten wird und zwar *mit dem dafür nach den jeweiligen Vorschriften zulässigen Preis*. Diese Anpassung auf das *marktübliche Maß* führt, ebenso wie bei den Überlegungen zu § 138 BGB, zu einer Reduktion der Garantien auf etwa fünf Jahre bei Wegfall des Andienungsrechtes.

S. 95 - HFR 7/2005 S. 36 -

143 3. Korrektur und Anpassung nach § 313 BGB

Nahezu identische Erwägungen und Konsequenzen würde die Anwendung von § 313 Abs. 1 BGB bewirken. In § 313 BGB hat der Gesetzgeber seit 1. Januar 2002 die von Oertmann in seiner Habilitationsschrift aus dem Jahr 1923 entwickelte *Lehre von der Geschäftsgrundlage* erstmals zum Gegenstand des Gesetzes gemacht. Eine *Anpassung des Vertrages* kann verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und der gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Im vorliegenden Fall ist die *vertragliche Risikoverteilung* für die BGB-Gruppe unzumutbar weil die Garantien nicht mehr aus dem Gesellschaftsvermögen, sondern nur noch über Rückgriff auf den Steuerzahler finanziert werden können. Eine solche Risikoübernahme zu Lasten des Steuerzahlers ist mit den Grundwertungen unserer Rechts- und Verfassungsordnung nicht mehr in Einklang zu bringen und folglich unzumutbar. Infolgedessen sind die geschlossenen Fondsverträge anzupassen; das maßgebliche Kriterium für die Anpassung ist die Zumutbarkeit (*Palandt-Heinrichs*, SchModG § 313 Rn 28). Zumutbar ist vorliegend eine Rückführung auf das *marktübliche Niveau*, also auf eine Verkürzung der Garantiezeiten auf etwa fünf Jahre unter Wegfall des Andienungsrechts von Vertragsablauf.

S. 96 - HFR 7/2005 S. 37 -

144 D. Anlage 4

Die Haftung des Wirtschaftsprüfers

- am Beispiel der Bankgesellschaft Berlin -

145 **I. Einführung**

Wirtschaftsprüfer sind ins Gerede geraten. Die Zusammenbrüche von Enron und WorldCom in den USA wurden von zweifelhaften Bilanzierungspraktiken begleitet, die von den Abschlussprüfern entweder nicht entdeckt oder nicht beanstandet wurden. Die Insolvenzen haben in der Öffentlichkeit eine massive Kritik an den Wirtschaftsprüfern ausgelöst. Der politische Druck in den USA war so groß, dass der Gesetzgeber mit dem *Sarbanes-Oxley Act of 2002* stark regulierend in die Berufsausübung der Wirtschaftsprüfer eingegriffen hat. Auch deutsche Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die Leistungen für in den USA börsennotierte Unternehmen erbringen, werden zur Einhaltung der Bestimmungen verpflichtet. Insofern entfaltet das Gesetz extraterritoriale Wirkung⁴⁹.

146 Die Krise wird durchaus als global empfunden. Der 64. Deutsche Juristentag, der in Berlin vom 16. bis 20. September 2002 tagte, empfiehlt, *"effektive Maßnahmen zu ergreifen, um die Korrektheit der Abschlussprüfestate sicherzustellen, insbesondere, um die Unabhängigkeit der Abschlussprüfer zu stärken und um die Durchsetzung des Bilanzrechts zu gewährleisten (Enforcement)*.⁵⁰ Damit erteilt der Deutsche Juristentag der in Deutschland auf der Wirtschaftsprüferordnung beruhenden Qualitätskontrolle schlechte Noten⁵¹. Ein Übriges tun Fälle wie der der *Bankgesellschaft Berlin*. Die Misswirtschaft in diesem hybriden Konzern⁵² hat nicht nur zum Scheitern einer Berliner Koalition, sondern zur Abwendung einer drohenden Insolvenz zur Verabschiedung eines hochumstrittenen *Risikoabschirmungsgesetzes vom 16. April 2001*⁵³ geführt, mit dem das ohnehin hoch verschuldete Land Berlin eine Garantie über 21,6 Mrd. C für Altrisiken über einen Zeitraum von 30 Jahren übernommen hat.

147 Die daraus resultierenden Fragen liegen auf der Hand. Wie kann es sein, dass renommierte Wirtschaftsprüfungsgesellschaften jahrelang gegenüber den Einzelabschlüssen und dem Konzernabschluss keine Einwendungen erheben, obwohl der Konzern, wie sich seit 2001 zeigt, offensichtlich schon seit Mitte der 90er Jahre in eine beträchtliche, seine Existenz bedrohende Schieflage hineinschlittert.

148 Könnte es sein, dass das *Haftungskonzept für Wirtschaftsprüfer*, wie wir es im § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB verankert haben, möglicherweise nicht oder nicht hinreichend greift? Bei genauerem Hinsehen wird sich zeigen, dass dieses Konzept mit seinen weiten, generalklauselartigen Rechtsbegriffen eine ganze Reihe von Fragen offen und damit die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zu einem nicht gerade kleinen Teil auch im Regen stehen lässt. Darüber hinaus ist es aber nach meiner Einschätzung nicht nur das Haftungskonzept, das zu wünschen übrig lässt. Wir brauchen in Deutschland - und wohl auch in Europa - flankierende Maßnahmen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Wirtschaftsprüfer und eine Gebührenordnung, die den Gesellschaften ein angemessenes und hinreichendes Honorar für die Abschlussprüfung sichert.

s. 97 - HFR 7/2005 S. 38 -

149 **II. Die Fakten****1. Ausgangslage**

Die Bankgesellschaft hat in den 90er Jahren über die Immobilientöchter der Gruppe in großem Umfang Anteile an *geschlossenen Immobilienfonds* (LBB-Fonds) verkauft. Es sollen etwa 70.000 Anleger gezeichnet haben. Die Fonds der LBB-Linie zeichnen sich durch die besondere Sicherheit der Erträge aus. Diese Sicherheit ergibt sich aus 25- bis

⁴⁹ Wiesner, BB 2002, Heft 35 - 1. Seite -.

⁵⁰ Die Empfehlung wurde angenommen mit: 58: 02 vgl. DB 2002, 2037.

⁵¹ Vertiefend Sahner/Clauß/Sahner, Qualitätskontrolle in der Wirtschaftsprüfung, 2002, S. 27 ff.

⁵² Zur Entstehung und Struktur des Konzerns vgl. Torsten Fett, Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, 2000, passim.

⁵³ Gesetzes- und Verordnungsblatt für Berlin vom 24.04.2002, A3227A.

30-jährigen Mietgarantien, aus Generalmietverträgen zugunsten der Fonds, sowie aus einem Andienungsrecht, das es dem Anleger erlaubt, seinen Anteil kurz vor Ablauf der Garantiezeit zum Nominalwert zurückzugeben. Durch die abgegebenen Garantien kann man die Fonds fast als Garantiefonds bezeichnen, dem Anleger verbleibt nur ein geringes Restrisiko.

- 150 Das den Fonds immanente Ausfallrisiko ist durch Gesetz vom 16. April 2002⁵⁴ durch das Land Berlin abgeschirmt, das heißt im Sinne einer Landesbürgschaft übernommen worden. Die Abschirmung durch das Land Berlin ist auf einen Höchstbetrag von 21,6 Mrd. ? begrenzt. Wenn und soweit sich Risiken aus der Erfüllung der Generalmietverträge, der Mietgarantien und des Andienungsrechtes bis Ende 2032 realisieren, wird dafür das Land Berlin, und damit letztlich der Steuerzahler, eintreten.

151 **2. Der Walther-Bericht**

Die LBB-Fonds sind vom Wirtschaftsprüfer Achim Walther im Frühsommer 1997 einer Sonderprüfung unterzogen worden. Der Walther-Bericht vom 24. Juli 1997 kommt zu dem Ergebnis: *"Die IBG ist durch Mietgarantien über 25 Jahre und die angebotenen Andienungsrechte so hohe wirtschaftliche Risiken eingegangen, die sie aus heutiger Sicht vielleicht nicht aus eigener Kraft bewältigen kann"*.

- 152 Der Walther-Bericht schließt damit, dass *"wichtige Arbeitsbereiche der Fondsverwaltung und der Produktkalkulation konzeptionell und organisatorisch kurzfristig neu zu gestalten sind. In der Vergangenheit hat es hier an einer ausreichenden gestalterischen Führung gefehlt, sodass sich ein vermeidbares, zusätzliches Administrationsrisiko gebildet hat"* (S. 34, Walther-Bericht).

153 **3. Bericht der Fides-Treuhandgesellschaft vom 12. November 1997**

Am 12. November 1997 legte die "Fides"-Treuhandgesellschaft einen Bericht über die Prüfung des Geschäftsbetriebes der Landesbank Berlin - Girozentrale - Berlin nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 KWG vor. Ebenso wie der Walther-Bericht wird auch hier bestätigt, dass Mietgarantien über 25 Jahre gewährt wurden (Rn. 249). Daneben wird über eine Beteiligungs-KG auf die Dauer von 10 Jahren ein jährlicher Durchschnittsertrag aus den Wertpapieranlagen von jeweils 6,5 % bis 7,5 % garantiert (Rn. 241). Auf die Risiken aus den gesondert vereinbarten *Andienungsrechten* der Anteilseigner nach jeweils 25 bzw. 30 Jahren wird in Rn. 267, 284 ff. verwiesen.

- 154 In Konsequenz dessen wird darauf hingewiesen, dass *Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften* zu bilden sind⁵⁵. In den Schlussbemerkungen heißt es, dass ein wirksames Beteiligungscontrolling bei der LBB nicht vorliegt (Rn. 305), dass die Beachtung des § 18 KWG im Zusammenhang mit Beteiligungsengagements nicht sichergestellt ist (Rn. 306), dass Zweifel an der Angemessenheit von Rückstellungen für Risiken auf Mietgarantien und Anteilsandienungsrechten sowie an der zutreffenden Höhe der Rechnungsabgrenzungsposten im Jahresabschluss der IBG bestehen (Rn. 309).

155 **4. Sonderprüfbericht von Fasselt-Mette & Partner vom 14. März 2000**

Ein weiterer Sonderprüfbericht nach § 44 KWG wurde von Fasselt-Mette & Partner - Wirtschaftsprüfungsgesellschaft - am 14. März 2000 vorgelegt. Band IV betrifft das Immobilien- und Baumanagement der Bankgesellschaft Berlin GmbH. Ab S. 48 setzt sich der Bericht mit künftigen Risiken aus den Mietgarantieverträgen auseinander.

- 156 In den Schlussbemerkungen (ab S. 112) heißt es: *"Die IBG, hat umfangreiche Garan-*

⁵⁴ BGVB. v. 24. April 2002, 3227 A, S. 121.

⁵⁵ ähnlich Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 5. Aufl., Anm. 80 zu § 249 HGB.

ten für die von ihr initiierten Fondsgesellschaften gewährt. Die größte Bedeutung haben dabei die im Allgemeinen über 25 Jahre laufenden Mietgarantien und Generalmietverträge gegenüber den Fonds sowie die Andienungsgarantien für die Fondszeichner. Der Umfang der abgegebenen Mietgarantien belief sich zum 31. 12. 1999 auf 19,206 Mrd. DM. Hierin sind die in 1999 neu aufgelegten Fonds nicht enthalten".

S. 98

- HFR 7/2005 S. 39 -

157 5. Schlussfolgerungen

Aus allen drei Sonderprüfberichten ergibt sich, dass die Probleme der Bankgesellschaft im Bereich des Immobiliengeschäftes im Wesentlichen zwei Ursachen haben. Auf der einen Seite werden den Fondszeichnern ungewöhnlich lange Mietgarantien (25 bis 30 Jahre), verbunden mit einem Andienungsrecht, kurz vor Ablauf der Laufzeit zum Nominalwert gegeben. Daneben steht in den ersten 10 Jahren eine Garantieverzinsung zwischen 6,5 % und 7,5 %. Auf diese Weise nimmt die Bankgesellschaft den Anlegern nahezu das gesamte unternehmerische Eigenrisiko ab. Der Immobilienfondsanteil gleicht in seiner Struktur und Ausgestaltung eher einem langfristig festverzinslichen Wertpapier, z. B. einem Bundesschatzbrief.

158 Reduziert man die Probleme der Bankgesellschaft Berlin im Immobiliengeschäft auf den eigentlichen Kern, so liegen diese im *Gewähren von langfristigen Sicherheiten weit oberhalb des marktüblichen Niveaus*. In Konsequenz dessen musste sie sich bilanziell "schönrechnen", um - zumindest zeitweise - die finanziellen Folgen der viel zu hohen Garantien zu verdecken, also so zu tun, als könne man am Markt das Geld wirklich verdienen, das man den Fondszeichnern versprochen hatte. Aus der Perspektive der Wirtschaftsprüfung ist damit die Frage gestellt, wie es angesichts dieser Daten und Fakten kommen konnte, dass die Abschlüsse der Tochtergesellschaften und der Konzernabschluss der Bankgesellschaft bis zum Jahre 2000 unbeanstandet testiert wurden und weder im Bestätigungsvermerk noch in den Lageberichten die heute bekannten Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt wurden. Erst Anfang des Jahres 2001 änderte sich die Lage, als die KPMG die Prüfung des Jahresabschlusses der Berlin-Hyp für das Jahr 2000 vornahm. Während der Jahresbericht der Berlin-Hyp 1990 einen Aufwandssaldo für die Risikovorsorge des Kreditgeschäftes von 125,6 Mio. € auswies, werden nach dem Jahresbericht 2000 Wertberichtigungen in Höhe von 657,9 Mio. € notwendig und in 2001 weitere Wertberichtigungen in Höhe von 296,4 Mio. €⁵⁶.

159 III. Die Problemkreise

I. Die Pflichten des Wirtschaftsprüfers

Der Abschlussprüfer, seine Gehilfen und die bei der Prüfung mitwirkenden gesetzlichen Vertreter der Prüfungsgesellschaft sind nach § 323 Abs. 1 HGB der Kapitalgesellschaft, und, wenn ein verbundenes Unternehmen geschädigt worden ist, auch diesem zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie ihre *Pflichten* vorsätzlich oder fahrlässig verletzen. Gemeint sind damit nach Auffassung des BGH und- eines Großteils der Literatur *alle Berufspflichten* des Abschlussprüfers⁵⁷. Dies ist zutreffend, weil die zur Haftung führende Verletzung der Pflicht zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung die *gesamte Prüfungstätigkeit* im Sinne von § 316 HGB und damit die Tätigkeit umfasst, die erforderlich ist, um eine Prüfung als die gesetzlich vorgesehene Abschlussprüfung anzuerkennen⁵⁸. Dazu gehört die gesetzlich vorgeschriebene Untersuchung der Prüfungsobjekte ebenso wie die korrekte Berichterstattung und die Erteilung des Bestätigungsvermerks.

⁵⁶ Jahresberichte der Berlin-Hannoverschen Hypothekenbank AG 1999, S. 37; 2000, S. 20; 2001, S. 23.

⁵⁷ BGHZ 16, 17, 26 f.; MüKo HGB-Ebke § 323 Rn. 19; Baumbach/Hopt, 30. Aufl., § 323 Rn. 7; enger: Beck-Bil.Komm/Budde/Hense § 323 Rn. 101 HdR 3-Puckler, § 323 Rn.8; Koller/Roth/Morck, § 323 Rn.6

⁵⁸ Zimmer, in Großkomm. Bilanzrecht, § 323 Rn. 26.

- 160 Auch die Tatsache, dass der Wortlaut des § 317 HGB durch das KonTraG⁵⁹ eine gewisse Neubeschreibung der Prüfungstätigkeit erfahren hat, ändert nach allgemeiner Meinung an den Pflichten des Abschlussprüfers vor oder nach 1998 nichts. Heute wird in § 317 Abs. 1 Satz 3 HGB der selbstständige Inhalt der Abschlussprüfung gesetzlich festgeschrieben, also der in der Vergangenheit regelmäßig angewandte Prüfungsmaßstab⁶⁰. Auch in dem neu angefügten § 317 Abs. 2 Satz 2 HGB, demzufolge zu prüfen ist, ob die Risiken der künftigen Entwicklung im Lagebericht zutreffend dargestellt sind, wird nur etwas auch vorher schon Selbstverständliches verlangt. Die nach Abs. 2 Satz 1 vorzunehmende sachgerechte Beurteilung, ob der Lagebericht eine zutreffende Vorstellung von der Unternehmenslage vermittelt, impliziert die Prüfung der *Entwicklungsrisiken*. Der Prüfungsteil umfasst folglich bereits die Überprüfung dieser Risikodarstellung, sodass die zusätzliche Betonung keinen eigenen Regelungsgehalt hat⁶¹.
- 161 Gegenstand der Abschlussprüfung sind somit der Jahresabschluss (bestehend aus GuV und Bilanz sowie dem Anhang), die Buchführung und das Inventar und der Lagebericht. Die Geschäftsführung selbst ist dagegen nicht Gegenstand der Prüfung. Der Abschlussprüfer ist folglich nicht berechtigt, im Rahmen der Prüfung *Sinn und Zweckmäßigkeit von Entscheidungen des Vorstands oder der Geschäftsführung zur Wirtschaftlichkeit und zur Rentabilität zu begutachten*⁶². Bei der Prüfung des Jahresabschlusses ist darauf zu achten, ob die *Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (GoB)* eingehalten sind, da nach § 243 Abs. 1 HGB der Jahresabschluss unter ihrer Berücksichtigung aufzustellen ist. Dazu gehören neben den kodifizierten GoB auch die so genannten nichtkodifizierten GoB⁶³. Es ist aber nicht Aufgabe des Prüfers, festzustellen, ob sämtliche Vorschriften, etwa des Steuerrechts im Zusammenhang mit Immobilienfinanzierungen, beachtet wurden. Sofern sich jedoch aus diesen Gesetzen *mittelbare Auswirkungen* auf den Jahresabschluss oder aus ihrer Nichtbeachtung Risiken ergeben, denen im Jahresabschluss Rechnung zu tragen ist, erstreckt sich die Abschlussprüfung auch auf die Einhaltung solcher Vorschriften⁶⁴. Ganz generell ist nach § 317 Abs. 1 Satz 3 HGB darauf abzustellen, ob die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens möglicherweise *unrichtig* dargestellt ist. Unrichtigkeiten sind insbesondere Fehler im Rahmen der Rechnungslegung⁶⁵. Unrichtigkeiten dieser Art liegen immer dann vor, wenn Risiken, die aus den vom Unternehmen getätigten Geschäften resultieren nicht oder nicht zutreffend im Jahresabschluss abgebildet werden.

S. 99

- HFR 7/2005 S. 40 -

- 162 Genau dies scheint aber nach den drei oben dargestellten Prüfberichten im Konzern der Bankgesellschaft in den Jahren 1997 bis 2000 der Fall gewesen zu sein. Die Risiken aus den langfristigen Mietgarantien und dem Andienungsrecht wurden, so der Vorwurf der Prüfberichte, nicht zutreffend abgebildet. Die dafür gebildeten *Drohverlustrückstellungen* waren zu niedrig und fehlerhaft abgezinst. Die der Risikobewertung zugrunde liegende Inflationsrate war zu hoch ebenso wie die prognostizierte jährliche Mietmehreinnahme. Konzerninterne Erträge aus Mietgarantieeinnahmen hätten nicht als Gewinn verbucht werden dürfen. Treffen diese Vorwürfe zu, so handelt es sich um *Unrichtigkeiten* im Rahmen der Rechnungslegung mit der Folge, dass der Jahresabschluss jedenfalls nicht uneingeschränkt hätte testiert werden dürfen.
- 163 Auch der *Lagebericht* ist darauf zu prüfen, ob er mit dem Jahresabschluss, sowie mit den bei der Prüfung gewonnenen Erkenntnissen des Abschlussprüfers, in Einklang steht, ob er insgesamt eine zutreffende Vorstellung von der Lage des Unternehmens vermittelt und ob die Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt sind. Die

⁵⁹ vom 27. 4. 1998, BGBl. 1 786.

⁶⁰ Moxter BB 1997, 724; Dörner/Schweegler DB 1997, 286; Zimmer in Großkomm. Bilanzrecht, § 317 Rn. 2.

⁶¹ Moxter BB 1997, 724; Zimmer a.a.O. § 317 Rn. 3.

⁶² Zimmer a.a.O. § 317 Rn. 7.

⁶³ HdR-Baetge/Fischer § 317 Rn. 22 f.; ADS § 317 Rn. 26; Zimmer a.a.O. Rn. 10.

⁶⁴ KK-Claussen/Korth § 317 Rn. 24; Koller/Roth/Morck § 317 Rn. 2; Zimmer a.a.O. § 317 Rn. 10.

⁶⁵ Teemöller/Keller DStR 1997, 1989.

vom Abschlussprüfer durchzuführende *Risikoprüfung* korrespondiert mit der von ihm im Rahmen der Jahresabschlussprüfung ohnehin vorzunehmenden Beurteilung, ob vom Fortbestand des Unternehmens auszugehen ist (§ 321 Abs. 1 HGB). Die Risikoprüfung führt somit nicht zu einer Erweiterung, sondern stellt eine Konkretisierung des Prüfungsumfangs im Hinblick auf die Einschätzung der zukünftigen Entwicklungsrisiken des Unternehmens dar⁶⁶.

- 164 Es entspricht dem risikoorientierten Ansatz, dass der Prüfer sich zur Beurteilung der Risiken umfassend über die Lage des Unternehmens sowie über aktuelle oder potenzielle Gefährdungen informiert. Dabei darf der Abschlussprüfer eine von ihm getroffene Risikoprognose nicht an die Stelle derjenigen der gesetzlichen Vertreter des Unternehmens setzen⁶⁷. Es ist vielmehr seine Aufgabe, die Darstellung und Bewertung durch die gesetzlichen Vertreter daraufhin zu untersuchen, ob diese sich innerhalb des gesetzlich festgelegten Rahmens bewegt.
- 165 Legt man die Aussagen der oben beschriebenen drei Prüfberichte zugrunde, so wäre es Aufgabe des Abschlussprüfers gewesen, sowohl in den Teilabschlüssen; etwa der IBG, als auch dem Konzernabschluss der Bankgesellschaft, darauf hinzuweisen, dass die Risiken der zukünftigen Entwicklung der Bankgesellschaft in den jeweiligen Lageberichten der Jahre 1997 bis 2000 auf der Grundlage der geltenden Rechnungslegungsvorschriften nicht hinreichend abgebildet worden sind.
- 166 Wo im Einzelnen die Fehler lagen, kann hier dahingestellt sein. Die Fehler bei der Einschätzung der Inflationsrate, der Steigerung der jährlichen Mieteinkünfte, der Vermietbarkeit der Mietobjekte liegen aber als Ursache ebenso auf der Hand, wie umgekehrt die überlangen Mietgarantien, das Andienungsrecht zum Nominalwert und die zehnjährige Zinsgarantie. Es geht bei alledem nicht um die Frage, ob das Management der Bankgesellschaft Produkte dieser Art hätte auflegen können und dürfen. Daran kann man - wie es der Walther-Bericht tut - aus steuerrechtlicher Sicht zweifeln, weil eine Reihe von Argumenten dafür sprechen, dass die völlig ungewöhnliche Garantie-Konstruktion der Fondsanteile weder mit dem Bauherrenereass vom 31.08.1990⁶⁸, noch mit dem BMF-Schreiben vom 01.09.1994⁶⁹ in Einklang zu bringen ist. Auch der BFH hat in seinem Urteil vom 27.01.1993⁷⁰ keinen Zweifel daran gelassen, dass nach seiner Auffassung die rechtliche Stellung als Kommanditist allein nicht ausreicht, um den Tatbestand der Vermietungstätigkeit zu erfüllen. Vorformulierte Verträge, fehlende Einflussnahme der Anleger und reine Kapitalgeberfunktion können nach Auffassung des Gerichtes dazu führen, dass keine Vermietungstätigkeit, sondern nur Kapitalhingabe vorliegt. Diese steuerrechtlichen Zweifel zu prüfen, war nicht Aufgabe der Abschlussprüfer.
- 167 Eine völlig andere Frage ist es aber, ob der Abschlussprüfer auch dann noch schweigen darf, wenn die Entscheidungen des Managements sich im Jahresabschluss und im Lagebericht unter Anwendung der Vorschriften des geltenden Bilanzrechts nicht oder nicht hinreichend niederschlagen. In einem solchen Fall werden nämlich die Konsequenzen des Verhaltens des Managements für das Unternehmen nicht oder jedenfalls nicht zutreffend dargestellt. Genau das soll aber durch die Tätigkeit des Abschlussprüfers verhindert werden. Die Prüfung ist nach § 317 Abs. 1 HGB so anzulegen, dass Unrichtigkeiten und Verstöße gegen Gesetz oder Gesellschaftsvertrag, die sich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens wesentlich auswirken, bei gewissenhafter Berufsausübung erkannt werden. Die Tätigkeit des Abschlussprüfers ist also gerade darauf gerichtet, die Konsequenzen der Entscheidungen des Managements

⁶⁶ Gelhausen AG-Sonderheft 1997, 81; Lenz/Ostrowski BB 1997, 1527; Teemöller/Keller MR 1997, 1989; Zimmer a.a.O. § 317 Rn. 19; a.A. Forster WPg 1998, 46, der eine Erweiterung des Aufgabengebiets des Prüfers annimmt.

⁶⁷ Dörner DB 1998, 2; Zimmer a.a.O. § 317 Rn. 20.

⁶⁸ BStBl. 1990 I, 366.

⁶⁹ BStBl. I, 94, Tz. 9.

⁷⁰ BStBl.II, 1994, 616.

für die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens transparent zu machen und auf diese Weise das Management zu disziplinieren. Legt der Abschlussprüfer dagegen die Konsequenzen der Entscheidungen des Managements nicht oder nicht hinreichend offen, so entfällt diese Disziplinierungswirkung.

S. 100

- HFR 7/2005 S. 41 -

168 **2. Die Bewertungsmethode: Ertragswertverfahren versus Discounted Cash-Flow-Verfahren**

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass, ausgehend von den drei oben dargestellten Berichten, bei der Prüfung der Bankgesellschaft möglicherweise erhebliche Fehler gemacht worden sind. Anders ist es kaum zu erklären, dass das Land Berlin mit Gesetz vom 16. April 2001 eine Risikoabschirmung über 21,6 Mrd. ? zugunsten der Bankgesellschaft beschlossen hat. Worauf diese Risiken im Einzelnen beruhen, lässt sich, teilweise jedenfalls, aus der zwischen dem Land Berlin und der Bankgesellschaft vereinbarten Detailvereinbarung entnehmen. Dabei ist unstrittig, dass ein wesentlicher Teil der das Land Berlin, und damit den Steuerzahler, heute belastenden Risiken aus dem *Immobiliengeschäft* der Bankgesellschaft, insbesondere der Tochter IBG, resultierte.

169 Aus diesem Grunde erscheint es nicht abwegig, in diesem Zusammenhang über die Frage nachzudenken, wie es eigentlich zu jenen Annahmen kommen konnte, die die Bankgesellschaft veranlasst haben, völlig überdimensionierte Mietgarantien und Andienungsrechte, verbunden mit einer zehnjährigen Zinsgarantie, den Fondszeichnern zu offerieren. Letztlich beruhen diese Versprechungen auf der Annahme einer langfristigen durchschnittlichen Inflationsrate um 3 %, einer jährlichen Mietsteigerung im Wohnbereich (um ebenfalls 3 %) und einer Vollvermietung innerhalb der nächsten 30 Jahre. Die Möglichkeit des Leerstands wurde nur minimal berücksichtigt. Die Tatsache, dass Mietobjekte selbst in Zeiten erheblichen Wachstums standort- und lagebedingt unter Umständen nicht nachgefragt werden, wurde ebenso wenig berücksichtigt, wie die Tatsache, dass sich die Menschen aus den Plattenbauten zurückziehen und dass das Bevölkerungswachstum in der Bundesrepublik stark negativ ist. Es spielte auch keine Rolle, dass die Menschen aus bestimmten Regionen abwandern, etwa weil es dort keine Arbeitsplätze gibt, mit der Folge, dass Objekte die sich in einem durchaus guten baulichen Zustand befinden, plötzlich wertlos werden.

170 Abstrahiert man von diesen Überlegungen, so rücken zwei *Bewertungsmethoden* in den Mittelpunkt des Interesses, die, wie es scheint, in einem Gegensatz zueinander stehen. Auf der einen Seite steht das eher traditionelle und auf Mellerowicz zurückzuführende *Ertragswert-verfahren*⁷¹. Auf der anderen Seite steht das speziell in den anglo-amerikanischen Ländern stärker verbreitete *discounted-Cash-flow-Verfahren*⁷². Das der Wertvermittlungsverordnung 1998 zugrunde liegende Ertragswertverfahren beruht auf der Ermittlung der jährlich erzielbaren Erträge unter Abzug des Bodenwertes und berücksichtigt detailliert die Größe des Grundstücks, seine Lage, die Geschossflächen, den Bodenwert, die zu erwartenden Instandhaltungskosten, den Leerstand, die Betriebskosten sowie etwaige Mietsteigerungen oder Mietausfälle. Die Ertragswertmethode ist somit ein *Kostenkonzept*. Sie entspricht strukturell etwa den Anforderungen an die Preisermittlung für Strom, die die Tarifaufsichtsbehörden der BTOElt durchführen. Auch die Kartellbehörden bedienen sich des Kostenkonzeptes, etwa bei der Festlegung der Entgelte für den Zugang zu den Strom- oder Gasnetzen.

171 Demgegenüber gehört die *discounted-cash-flow-Methode* zu jenen Konzepten, die unter dem Stichwort *Vergleichsmarktkonzept* eingeordnet werden können. Für den Wert eines Grundstücks oder Gebäudes kommt es danach nicht auf die realen Kosten und Erträge, sondern darauf an, wie sich die Grundstückswerte im Vergleich zu alternativen

⁷¹ Mellerowicz, Der Wert der Unternehmung als Ganzes, 1952, passim.

⁷² Barthel, Unternehmenswert: Die nutzenorientierten Bewertungsverfahren DstR 1995, 343, 348 m. w. N.

Anlagen (z.B. Wertpapieren) entwickeln. Geht man davon aus, dass ein Anleger sein Geld dort anlegt, wo es am besten verzinst wird, so lautet seine Frage beim Erwerb eines Gebäudes, ob sich sein Kapital dadurch im Vergleich zu alternativen Investitionen besser oder schlechter verzinst. Da es sich bei der Antwort auf diese Frage um eine zukunftsgerichtete, also prognostische, handelt, ist man gezwungen, mit Annahmen zu arbeiten. Nimmt man nun an, dass der Investor in ein Gebäude damit rechnen kann, dass in den nächsten 30 Jahren kein Leerstand herrscht, dass die Inflationsrate 3 % im Durchschnitt beträgt, und dass bei Wohngebäuden eine jährliche Mietsteigerung von 3 % stattfindet, so ergibt sich auf relativ simple Art und Weise ein - wegen der gewählten Annahmen - verhältnismäßig hoher Gebäudewert.

- 172 Das DCF-Verfahren bildet den Wert eines Gebäudes immer dann realistischer ab als die Ertragswertmethode, wenn die zugrunde gelegten langfristigen Annahmen über die Kapitalverzinsung und den Leerstand zutreffen und der Wettbewerb auf den Märkten für die Anlage von Kapital unverfälscht ist. Da wir alle nicht in die Zukunft schauen können, lassen sich Bewertungen nach der DCF-Methode in einem seriösen Sinne allenfalls über Zeiträume von 3 bis 5 Jahren unter gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen durchführen. Umgekehrt gelten ähnliche Vorbehalte für die Ertragswertmethode, da die Prognostizierung von Erträgen und Kosten ebenfalls nur über einen begrenzten, allenfalls 5jährigen, Zeitraum seriös ist.
- 173 Es liegt von daher auf der Hand, dass beide Bewertungsmethoden wirklich belastbare Aussagen über Zeiträume von 25 und 30 Jahren nicht zulassen. Mit Blick auf die Anforderungen an die Pflichten der Wirtschaftsprüfer kommt es auf diese Unsicherheiten bei der Wahl der angemessenen Bewertungsmethode für Immobilien nicht an. Wie schon mehrfach betont, ist es nicht Aufgabe des Abschlussprüfers, das Management im Bereich der Verantwortung für das operative Geschäft zu entlasten. Der Prüfer hat zu einem bestimmten Stichtag nur zu klären, ob die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens und die Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt sind. Hiervon ausgehend muss der Prüfer untersuchen, ob die Annahmen, die das Management bei der Darstellung der Vermögens- und Finanzlage des Unternehmens macht, aus der Perspektive eines objektiven Betrachters im Zeitpunkt der Aufstellung der Bilanz zumindest plausibel sind. Dabei muss sich der Abschlussprüfer von der Methode leiten lassen, die das Management gewählt hat. Stellt er, wie im Fall der Bankgesellschaft, fest, dass der Wert der Immobilien nach der DCF-Methode berechnet wurde, so hat er zu prüfen, ob die dieser vergleichenden Betrachtung zugrunde liegenden Annahmen am Bilanzstichtag der Wirklichkeit entsprechen oder nicht.
- 174 Das ist jedenfalls dann kaum der Fall, wenn sich - wie im Fall der Bankgesellschaft - zeigt, dass die zugrunde gelegten Inflations- und Preissteigerungsraten, ebenso wie die Annahmen über den Leerstand, langfristig um etwa zwei Drittel nach unten korrigiert werden müssen. In einer solchen Situation hat nicht nur das Management im wohlverstandenen Unternehmensinteresse keine andere Wahl als den Immobilienbestand nach den Kriterien des Ertragswertverfahrens nach- und neu zu bewerten. Auch der Wirtschaftsprüfer ist, weil es nur noch diesen einen Weg gibt, um die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zutreffend zu erfassen, nun verpflichtet, auf diese Zusammenhänge nach § 322 Abs. 4 HGB hinzuweisen.

S. 101

- HFR 7/2005 S. 42 -

175 3. Der Grad des Verschuldens

Die an der Abschlussprüfung mitwirkenden Personen haften nur bei Verschulden, das heißt bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten. Vorsatz liegt vor, wenn der Abschlussprüfer wissentlich und willentlich gegen seine Pflichten verstößt oder die Pflichtverletzung als möglich erkennt und diese Möglichkeit in Kauf nimmt (bedingter Vorsatz). Fahrlässig handelt der Abschlussprüfer wenn er unter Außerachtlassung der im Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfalt darauf vertraut, dass keine Pflichtverletzung vorliegt. Fahrlässigkeit orientiert sich, wie im bürgerlichen Recht (§ 276 BGB) an einem

objektiven, das heißt typisierten, Sorgfaltsmaßstab, wobei dieser sich nach § 323 HGB auf einen fachlich qualifizierten und gewissenhaft tätigen Abschlussprüfer bezieht.

176 Nach § 323 Abs. 2 HGB wird die Haftung für *fahrlässige Pflichtverletzungen* auf insgesamt 1 Mio. €, bei Aktiengesellschaften, die Aktien mit amtlicher Notierung ausgegeben haben, auf 4 Mio. € begrenzt. Die Haftung für *vorsätzliche Pflichtverletzungen* ist dagegen unbegrenzt.

177 In der Literatur wird wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Haftungsbeschränkung für jede Form von Fahrlässigkeit gilt⁷³. Aus meiner Sicht ist dies keinesfalls selbstverständlich. Im bürgerlichen Recht wird zwischen Fahrlässigkeit einerseits und grober Fahrlässigkeit andererseits differenziert. Das BGB sieht in den §§ 300 Abs. 1, 521, 599, 680 und 968 eine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit vor. Entsprechende Haftungsbeschränkungen bestehen im Energierecht⁷⁴. Dabei liegt grobe Fahrlässigkeit immer vor, wenn die verkehrserforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird, wenn schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt werden und das nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten musste⁷⁵.

178 Während der Maßstab der einfachen Fahrlässigkeit ein ausschließlich objektiver ist, sind bei der groben Fahrlässigkeit auch subjektive in der Individualität des Handelnden begründete, Umstände zu berücksichtigen⁷⁶. Hiervon ausgehend leuchtet es nicht ein, dass die in § 323 Abs. 2 HGB angeordnete Haftungsbeschränkung *jede Form von Fahrlässigkeit* umfassen soll. Zum einen deshalb nicht, weil auch im bürgerlichen Recht zwischen Fahrlässigkeit einerseits und grober Fahrlässigkeit andererseits differenziert wird. Die Haftungsfreistellung von fahrlässigen Verhaltensvorwürfen impliziert regelmäßig die umgekehrte Haftung für grob fahrlässiges Verhalten. In ähnlicher Weise ist anerkannt, dass die Haftung für grobe Fahrlässigkeit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht im Voraus erlassen werden kann (§ 309 Nr. 7 BGB). Darüber hinaus ist das Verbot des Haftungsausschlusses gerade in jenen Fällen anerkannt, in denen eine Person kraft ihres Berufes in besonderer Weise Vertrauen in Anspruch nimmt oder eine qualifizierte Vertrauensstellung einnimmt. Unter diesen Umständen wird man darüber nachzudenken haben, ob die Haftungsbeschränkung in § 323 Abs. 2 HGB möglicherweise ihrem Sinn und Zweck nach, insbesondere wegen der besonderen Vertrauensstellung des Wirtschaftsprüfers auch gegenüber den Aktionären (Gedanke aus § 311 Abs. 3 BGB), zwar auf fahrlässiges Fehlverhalten, nicht aber auch auf *grob* fahrlässiges Fehlverhalten beschränkt ist⁷⁷.

179 IV. Wege aus der Krise

1. Haftungsregime

Die vorstehenden, paradigmatischen Überlegungen zeigen, dass wir auch im deutschen Bilanzrecht über Maßnahmen nachdenken müssen, die in den USA Gegenstand des Sarbanes-Oxley-Act von 2002 gewesen sind. Es wird im Wesentlichen um drei Schritte gehen. Auf der einen Seite ist das **Haftungsregime** so zu verbessern, dass § 323 Abs. 1 HGB nicht tendenziell leer läuft. Dies wäre de lege lata zu erreichen, wenn die Gerichte bereit wären, die Haftungsbeschränkung des § 323 Abs. 2 HGB zwar auf Fahrlässigkeit, nicht aber auf grobe Fahrlässigkeit zu erstrecken.

180 2. Unabhängigkeit

In einem zweiten Schritt müsste die **Unabhängigkeit** der Abschlussprüfer gesichert

⁷³ Zimmer, in Großkom Bilanzrecht § 323 Rn. 45.

⁷⁴ Jeweils § 6 Nr. 2,3 von AVBE1tV, AVBGasV, AVBWasserV, AVBFernwärmeV.

⁷⁵ BGHZ 10, 16; 89, 161; NJW-RR. 1994, 1471.

⁷⁶ BGHZ 10, 17; 119,149; BAG DB 1972, 780.

⁷⁷ Dem stünde auch der Wortlaut von § 54a WPO, der ebenfalls nur an Fahrlässigkeit anknüpft, nicht entgegen.

werden. In den Vereinigten Staaten ist es den Prüfungsunternehmen seit 23. 10. 2003 verboten, neben Prüfungsleistungen die nachfolgenden Nicht-Prüfungsleistungen zu erbringen (Sec. 201 [a]):

- 181 - Buchführungs- oder andere Leistungen, die im Zusammenhang mit der Buchführung oder dem Jahresabschluss stehen
- Entwicklung und Implementierung von Rechnungslegungs- und Informationssystemen
 - Bewertungsgutachten, Sachanlageprüfungen
 - versicherungsmathematische Dienstleistungen
 - Übernahme von Tätigkeiten, der internen Revision Übernahme von Managementfunktionen beim Mandanten oder Personalberatung
 - Finanzdienstleistungen oder ähnliche Leistungen
 - Rechtsberatungs- und Gutachtertätigkeiten, die nicht mit der Prüfung in Zusammenhang stehen
 - sonstige Dienstleistungen, die vom Board als unzulässig erklärt werden

182 Es soll nicht verschwiegen werden, dass man in der Europäischen Union mit der Empfehlung der Kommission vom 16. 05. 2002 "*Unabhängigkeit des Abschlussprüfers in der EU - Grundprinzipien*" einen anderen Weg geht⁷⁸. Die Erbringung von Nicht-Prüfungsleistungen ist danach grundsätzlich zulässig, sofern bestimmte Bedingungen und Sicherungsmaßnahmen eingehalten werden. Zur Erhöhung der Transparenz wird die Offenlegung der Honorare, aufgeschlüsselt nach Hauptleistungskategorien, gefordert. Bis auf Weiteres hält die Kommission daran fest, dass der Berufsstand sich seiner Verantwortung zur Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit der gesetzlichen Abschlussprüfung bewusst ist und deshalb von sich aus in den Mitgliedstaaten tätig wird. Sollte dies jedoch "nicht zur gewünschten Harmonisierung der Unabhängigkeitsanforderungen an Abschlussprüfer führen, wird die Kommission erneut die Notwendigkeit einer Rechtsvorschrift ins Auge fassen und zu diesem Zweck die Lage drei Jahre nach Annahme der Empfehlung erneut überprüfen. Besonderes Gewicht sollte sie dabei der Frage zuwenden, ob für die Abschlussprüfung nicht ein *angemessenes Honorierungssystem* eingeführt werden müsste. Vorbild könnte die Rechtsanwaltsgebührenordnung oder die Honorarordnung für Architekten sein.

S. 102

- HFR 7/2005 S. 43 -

183 **3. Drittwirkung**

Schließlich wäre über die Frage nachzudenken, ob die auf die zu prüfende Unternehmensgruppe beschränkte Haftung (§323 Abs. 1 Satz 3 HGB) hinreichend ist. Schon ein Blick auf den neuen § 311 Abs. 3 BGB zeigt, dass die in Deutschland tradierte Doktrin von der Begrenzung der Haftung des Abschlussprüfers auf die zu prüfende Unternehmensgruppe⁷⁹ schon heute jedenfalls dann in Frage zu stellen ist, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, woran angesichts seiner herausgehobenen Stellung als Abschlussprüfer nicht gezweifelt werden kann. Hierneben hat der BGH bereits am 2. April 1998 jedenfalls die individuelle vertragliche Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des *Prüfungsvertrages* bejaht⁸⁰. Der mit der Pflichtprüfung beauftragte Wirtschaftsprüfer hatte gegenüber der zu prüfenden Gesellschaft und auf deren Veranlassung hin gegenüber einer zweiten Gesellschaft die Auskunft erteilt, der zu prüfende Jahresabschluss könne von ihnen bestätigt werden. Dar-

⁷⁸ Veröffentlicht in ABIEG Nr. L 191/22 vom 19.7.2002, dazu Niehues, BB 2002, Heft 23, die 1. Seite.

⁷⁹ BGH NJW 1998, 1951; vertiefend MikoHGB-Ebke § 323 Rn. 108 ff.

⁸⁰ NJW 1998, 1951 = JZ 1998, 1013 mit Aufsatz Ebke, 5.991 = JR 1999, 67 mit Anm. Zimmer/Vosberg = ZGR 1999, 583 mit Aufsatz Grunewald S. 583.

aufhin hatte die zweite Gesellschaft sämtliche Anteile an der ersten erworben - später stellte sich heraus, dass anstelle des angekündigten Überschusses ein Fehlbetrag in zweistelliger Millionenhöhe vorlag. In ähnlicher Weise dürften die Erwerber von Aktien der Bankgesellschaft in den 90er Jahren davon ausgegangen sein, dass die in den Jahresabschlüssen ausgewiesenen Überschüsse der wirklichen Finanz- und der Ertragslage der Unternehmensgruppe entsprechen. Im Vertrauen darauf werden sie gezeichnet haben. Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass sich die Haftung des Abschlussprüfers jedenfalls auch auf diese Fälle in Anspruch genommenen Vertrauens erstreckt.

184 V. Wesentliche Ergebnisse

1. Die Unabhängigkeit der Wirtschaftsprüfer sollte im Sinne des Sarbanes-Oxley-Act von 2002 gestärkt werden. Dies bedeutet insbesondere, dass Prüfung und Beratung strikt zu trennen sind⁸¹.
2. Eine angemessene Honorierung für die Prüfungsleistung ist, z. B. durch eine entsprechende Honorarordnung, zu sichern.
3. Die Haftungsbegrenzung des § 323 Abs. 2 HGB erfasst fahrlässiges Fehlverhalten, nicht aber grob fahrlässiges.
4. Die Haftung des Wirtschaftsprüfers erstreckt sich zumindest auch auf solche Dritte, die im Vertrauen auf die Abschlussprüfung Anteile am Unternehmen erworben haben.

Zitierempfehlung: Hans-Peter Schwintowski, HFR 2005, S. 60 ff.

⁸¹ Dies entspricht der Empfehlung des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, wonach es sich empfiehlt, effektive Maßnahmen zu ergreifen, um die Korrektheit der Abschlussprüfungsberichte sicherzustellen, insbesondere, um die Unabhängigkeit der Abschlussprüfer zu stärken und um die Durchsetzung des Bilanzrechts zu gewährleisten (Enforcement - angenommen mit 58:02; vgl. DB 2002, 2037).