

DR. IUR. H. C. GERHARD STRATE
KLAUS-ULRICH VENTZKE

RECHTSANWÄLTE

An die
Staatsanwaltschaft Hamburg
z. Hdn. Herrn Staatsanwalt **Gies**
Gorch-Fock-Wall 15
20355 Hamburg

Hamburg, am 24.9.2009/gs

Betr.: Ermittlungsverfahren gegen Verantwortliche der HSH Nordbank AG

Ihr Aktenzeichen: 5550 Js 4/09

Sehr geehrter Herr Staatsanwalt Gies,

in Ergänzung zu meiner Strafanzeige vom 31.3.2009 darf ich Sie noch über einen Sachverhalt unterrichten, der in den vergangenen Tagen bereits Gegenstand der Berichterstattung in den Medien war, dort aber – verständlicherweise – noch nicht in allen Aspekten betrachtet wurde.

Zur Vervollständigung des Bildes möchte ich hier noch einige Informationen nachtragen:

1. Vereinbarung eines „Credit Default Swap“ (CDS) auf Lehman Bonds im März 2007

Nach den hier vorliegenden Informationen hatte die HSH Nordbank im März 2007 bei der amerikanischen Bank Goldman Sachs & Co. Anleihen der amerikanischen Bank Lehman Brothers mit einem Nominalwert von 50 Mio. US-Dollar im Rahmen eines sog. „Credit Default Swap“¹ (CDS) besichert.

Bei einem CDS handelt es sich um eine Art Kreditderivat. Es ist ein bilateraler „over the counter“² abgeschlossener Vertrag, der sich wirtschaftlich gesehen als Sicherungsvertrag darstellt (jedenfalls auf den ersten Blick). Die beiden Parteien vereinbaren eine Risikoübertragung, indem der Inhaber einer bestimmten risikobehafteten Forderungsposition als Risikoverkäufer³ gegen Zahlung einer vorweg vereinbarten Prämie innerhalb eines bestimmten Zeitraums das Recht eingeräumt wird, bei Eintritt eines zuvor vertraglich festgelegten kreditrelevanten Ereignisses⁴ einen in Form und Höhe vereinbarten Verlustausgleich vom Risikokäufer⁵ zu verlangen. Das kreditrelevante Ereignis wird hierbei zugeordnet der Sphäre des Ursprungsschuldners, also des Schuldners des Risikoverkäufers⁶. Das sind üblicherweise Insolvenz (Bankruptcy), Zahlungsverzug oder –ausfall (Failure to pay) oder auch Umschuldung (Restructuring). Die Prämienhöhe, die der Risikoverkäufer zu zahlen hat, ist u.a. abhängig von der Bonität des Ursprungsschuldners, der Vertragslaufzeit, der Wahrscheinlichkeit eines gemeinsamen Ausfalls des Ursprungsschuldners und des Risikokäufers⁷.

Die formellen Abläufe im Falle eines „Credit Events“, also dem Eintritt des „Versicherungsfalls“, sind gesetzlich nirgendwo geregelt. Quasi Gesetzeskraft haben die von der „International Swap and Derivates Association, Inc.“ (ISDA) in New York City herausgegebenen Regularien.

¹ Wörtlich übersetzt: Kredit-Ausfall-Tausch.

² „Over the Counter“ wird ein Geschäft mit Finanztiteln bezeichnet, die außerhalb der Börse – vorwiegend im Interbankengeschäft – gehandelt werden (z.B. Wertpapiere, Devisen, Optionen, Derivate). Der entsprechende Markt wird als OTC-Market bezeichnet.

³ Auch genannt: Sicherungsnehmer, Risikseller, Protectionbuyer.

⁴ Auch genannt: Creditevent.

⁵ Auch genannt: Sicherungsgeber, Riskbuyer, Protectionseller.

⁶ Auch genannt: Referenzschuldner.

⁷ Vgl. die Zusammenfassung bei *Büschgen*, Das kleine Banklexikon, 3. Aufl., S. 197.

Die ISDA ist eine 1985 gegründete, privatrechtliche Organisation, welche die führenden Teilnehmer des weltweiten OTC-Handels mit Derivaten vereint: Auch Goldman Sachs Co. und die HSH Nordbank AG gehören zu den Mitgliedern⁸. Ihre wesentlichen Regularien, an welche sich die Mitglieder zu halten haben, sind die „2003 ISDA Credit Derivatives Definitions“ (im folgenden nur noch: „2003 Definitions“) sowie das „1992 ISDA Multicurrency-Cross Border Master Agreement“ (MA). Die „2003 Definitions“ enthalten die wesentlichen Definitionen und Verfahrensabläufe im Derivatengeschäft, das MA ist der Grundlagenvertrag, auf den die jeweiligen Einzelabschlüsse regelmäßig Bezug nehmen⁹.

Im Falle eines „Credit Events“ – hier der am 14.9.2008 eingetretenen Insolvenz von Lehman Brothers – ist in Article III der „2003 Definitions“ folgendes Verfahren vorgesehen:

Eine der beiden Parteien des CDS-Vertrages (in der Regel der Sicherungsnehmer) muss die jeweils andere über den Eintritt des „Credit Event“ förmlich unterrichten. Die Tatsache, dass über das „Credit Event“ überall in den Medien berichtet wird, führt also nicht automatisch zum Eintritt des „Versicherungsfalls“. Die Abwicklung des CDS wird erst in Gang gesetzt durch eine „Credit Event Notice“, die ihrerseits in der Regel verbunden sein muss mit einem förmlichen Hinweis auf öffentlich zugängliche Informationen über das „Credit Event“ (a „notice of publicly available information“)¹⁰. Die Zustellung der „Credit Event Notice“ ist also für die Entstehung des Anspruchs **konstitutiv**. Die Zustellung muss erfolgen spätestens vierzehn Tage nach dem „Scheduled Termination Date“, womit gemeint ist das Ende der Vertragslaufzeit¹¹.

⁸ Die Mitgliederliste findet sich bei www.isda.org unter dem Button „To join ISDA“.

⁹ Eine instruktive Einführung findet sich bei *Reiner*, Internationale Bankgeschäfte, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, Wirtschaftsrecht III, 6. Aufl., S. 740 ff. Es ist bezeichnend für die Obskurität des OTC-Markts, dass die „2003 Definitions“ im Internet nur den Mitgliedern der ISDA online zugänglich sind. Eine gebundene Fassung kann für den Preis von 350,- Dollar postalisch bezogen werden. Sobald diese hier eintrifft, bin ich gerne bereit, der Staatsanwaltschaft eine Ablichtung zur Verfügung zu stellen. Die weitere Darstellung folgt deshalb zunächst den aus der Sekundärliteratur zugänglichen Informationen, so beispielsweise der Zusammenfassung von *Parker/Brown* unter <http://www.mayerbrown.com/publications/article.asp?id=4281&nid=6> sowie der instruktiven Darstellung der Verfahrensabläufe in der Broschüre von Merrill Lynch (November 2003) zu „Credit Derivatives“ unter <http://www.scribd.com/doc/19606797/Merrill-Lynch-CDS-Physical-Settlement> (Broschüre).

¹⁰ "The occurrence of a Credit Event is not sufficient by itself to trigger an obligation under the ISDA credit swap confirmation. One of the parties **must** deliver a Credit Event Notice which contains a description in reasonable detail of the facts asserted as constituting a Credit Event." *Alastair Hudson*, Credit Derivatives – Law, Regulation and Accounting Issues, London 2000, p. 20 (meine Hervorhebung).

¹¹ *Alastair Hudson* a.a.O. und *Merill Lynch* Broschüre, p. 3 (hierbei sind vertragliche Abweichungen möglich, aber im Hinblick auf die generelle Anlehnung an den Rahmenvertrag der ISDA – das oben beschriebene Master Agreement [MA] – nicht üblich).

2. Die Geschehnisse nach dem Zusammenbruch von Lehman Brothers

Am 15.9.2008 wurde für Lehman Brothers in New York City ein Insolvenzverfahren gemäß Chapter 11 des Title 11 des United States Code eingeleitet. Damit war auch für die von Goldman Sachs gehaltene und von der HSH Nordbank im Rahmen eines CDS „versicherte“ Anleihe in Höhe von nominal 50 Mio. US-Dollar der „Credit Event Case“ eingetreten.

Das zwischen Goldman Sachs und der HSH Nordbank vereinbarte CDS sah – nach hier vorliegenden Informationen – ein Ende der Vertragslaufzeit am 20.9.2008 vor, so dass sich angesichts des fünf Tage vor dem Ablauf Vertragslaufzeit eingetretenen „Credit Event Case“ abzeichnete, dass ein Anspruch auf Ausgleich eines Wertverlusts der Anleihe zu Gunsten von Goldman Sachs und zum Nachteil der HSH Nordbank entstehen könnte. Voraussetzung für dessen Entstehung war aber die rechtzeitige Übergabe einer „Credit Event Notice“. Diese hätte spätestens vierzehn Tage nach dem 20.9.2008 (einem Samstag), also am 4.10.2008 (einem Samstag), erfolgen müssen.

Zu dieser kam es jedoch nicht. Goldman Sachs war offenbar zu sehr beschäftigt mit der Teilnahme an einer von der ISDA am 10.10.2008 veranstalteten Auktion, mit welcher der tatsächlich noch bestehende Marktwert der CDS-Trades auf Lehman-Anleihen ermittelt werden sollte¹².

Die „Credit Event Notice“ von Goldman Sachs an die HSH Nordbank traf tatsächlich erst am 13.10.2008 dort ein. Das war neun Tage zu spät.

¹² An der Auktion hatten insgesamt 14 Großbanken teilgenommen, welche nur Anleihen im Nominalwert von insgesamt 4,92 Mio. US-Dollar ins Gebot brachten; die Auktion ergab einen Marktwert von 8,25% des Nominalwerts. Vgl. den Bericht bei <http://www.euromoney.com/Article/2023831/Category/17/ChannelPage/0/Protection-sellers-face-high-payouts-in-Lehman-CDS-auction.html>.

Tatsächlich hatte Lehman Brothers Anleihen in Höhe von 138 Milliarden US-Dollar ausgegeben (vgl. den Bericht bei Euromoney). Diese waren mit CDS-Trades gleich mehrfach „versichert“ worden. Das Gesamtvolumen der CDS-Trades wurde in einer Presseerklärung der ISDA am 21.10.2008 mit ca. 400 Milliarden US-Dollar angegeben – vgl. <http://www.isda.org/> - dort unter „Press“. Die mehrfache Übersicherung der Lehman-Anleihen und die Aussicht auf schnelle und mehrfache Befriedigung aus den Sicherungsversprechen der anderen kontrahierenden Banken führte bei den Großbanken, die Inhaber von CDS-Trades waren, zu der starken Motivation, Lehman Brothers tatsächlich pleite gehen zu lassen. Dazu passte, dass sich an der Auktion der ISDA nur 1 – 2% der Inhaber von CDS-Trades beteiligten, die dann mit einem niedrigen Marktwert von 8,25% des Nominalwerts herauskamen (und der Aussicht, bei den Kontrahenten ihrer CDS-Trades jeweils 91.75% des Nominalwerts der besicherten Anleihen abzukassieren - und das gleich mehrmals!) . Vgl. zu diesen Zusammenhängen *Luttermann* in RIW 2008, 737, 741/742.

3. Zahlungsanweisung durch den Vorstand der HSH Nordbank auf nicht vorhandene Ansprüche

Da der Vertrag über eine Besicherung der Lehman-Anleihe am 20.9.2008 ausgelaufen und innerhalb der vierzehn-Tagesfrist auch keine „Credit Event Notice“ bei der HSH eingegangen war, hatte Goldman Sachs gegenüber der HSH Nordbank **keinerlei Ansprüche** auf Befriedigung aus dem beendeten Vertragsverhältnis.

Dies wurde dem Vorstand auch durch Mitarbeiter der Legal Compliance der HSH-Filiale in London sowie durch eine gutachterliche Stellungnahme der britischen Anwaltskanzlei Norton Rose LLP bestätigt.

An der Richtigkeit dieser Stellungnahmen dürfte es auch nichts zu deuteln geben: Ein Lottospieler, der auf dem Lottoschein sechs Richtige ankreuzt, hat keinen Anspruch auf Auszahlung des Gewinns, wenn er vergisst, den Lottoschein vor Ladenschluss abzugeben. Niemand hätte Verständnis dafür, wenn er trotz dieser Säumnis von der Lottogesellschaft neunzig Prozent auf den Hauptgewinn ausgezahlt erhält.

So zu verfahren, blieb dem Vorstand der HSH Nordbank vorbehalten. Am 10.11.2008 – so die hier vorliegenden Informationen – wurde im Vorstand der HSH Nordbank beschlossen, einen Betrag in Höhe von 45 Mio. US-Dollar an die amerikanische Bank Goldman Sachs Co. zu überweisen. Dies geschah noch am Nachmittag desselben Tages. Der Aufsichtsrat wurde nicht in die Entscheidung einbezogen. Noch nicht einmal der Vorsitzende des Aufsichtsrates oder ein Mitglied des Risikoausschusses wurden konsultiert.

Dies geschah in einer Situation, in welcher die HSH Nordbank sich am Rande der Illiquidität befand. In einem mir vorliegenden Auszug aus dem Ihnen vorliegenden KPMG-Bericht heißt es hierzu:

„In November und Dezember 2008 war die Liquiditätslage der Bank gefährdet. Im November wurde die für die Bank existenzbedrohende Situation durch die Bereitstellung eines Garantierahmens von dem SoFFin gemildert, der im Dezember 2008 in Anspruch genommen wurde.“

Ab Mitte September 2008 verkürzte sich die Liquiditätsreichweite der HSH Nordbank kontinuierlich, weil mittel- oder langfristige Refinanzierungsmittel nicht mehr (oder nur noch zu unannehmbaren Konditionen) kontrahiert werden konnten und die Bank zunehmend auf Tagesgelder zurückgreifen musste, deren Verfügbarkeit schließlich kaum noch die Mindestanforderungen der Bank erfüllte. Refinanzierungsmöglichkeiten bei Notenbanken waren weitgehend ausgeschöpft. Bis zu diesem Zeitpunkt war auch die Neukreditvergabe der Bank auf unvermeidliche Maßnahmen bei Schlüsselkundenbeziehungen reduziert worden. Ab Anfang Oktober 2008 war die Bank verpflichtet, der BaFin und der Bundesbank täglich über die Liquiditätssituation zu berichten. Mit Schreiben vom 6. November 2008 beantragte die HSH Nordbank beim SoFFin eine Stabilisierungsmaßnahme in Form von Garantien gemäß § 6 FMStG in Höhe von EUR 30 Mrd. In dieser Phase kamen konkrete Informationen über eine mögliche Herabstufung des externen Ratings hinzu.

Wir haben der BaFin und der Bundesbank am 19. November 2008 schriftlich gemäß § 29 Abs. 3 Satz 1 KWG angezeigt, daß uns bei der Prüfung Tatsachen bekannt geworden sind, welche den Bestand des Instituts gefährden können: ‚Die uns zugänglichen Informationen über die Liquiditätssituation der HSH Nordbank AG deuten mit dem heutigen Tag auf eine Konstellation hin, bei deren Eintreten die Zahlungsfähigkeit der Bank im Verlauf der kommenden Woche gefährdet sein. Dies gilt selbst bei Ausschöpfung aller Handlungsmöglichkeiten, über die die Bank ohne Zuhilfenahme Dritter in der zur Verfügung stehenden Zeit verfügt.‘

Hierüber haben wir zeitgleich den Aufsichtsrat gemäß § 321 Abs. 1 HGB und den Vorstand der Bank in Kenntnis gesetzt.

Nach Gewährung von Liquiditätsgarantien am 26. November 2008 durch die SoFFin, der Emission von kurzfristigen Schuldverschreibungen durch die Bank über EUR 10 Mrd., deren Einlieferung in das Pfanddepot der Bank bei der Deutschen Bundesbank und den weiteren Zusagen der SoFFin aus März 2009 (s. Abschnitt 2.1.2.3), ist die Liquidationssituation der Bank zum Ende des Berichtsjahres und bis zum Abschluss unserer Prüfung nicht als bestandsgefährdend, weiterhin aber als kritisch einzuschätzen. Wir verweisen dazu auf Abschnitt 9.4.1.“

4. Rechtliche Einordnung

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft muß seine Geschäftsführung rechtmäßig, ordnungsmäßig und zweckmäßig (im Sinne von wirtschaftlich) vollziehen¹³. Hierbei steht natürlich die Rechtmäßigkeit vorne an: keineswegs darf der Vorstand rechtswidrige Aktivitäten entfalten, bloß weil er sie für zweckmäßig hält. Auf die Zweckmäßigkeit jedoch beruft sich die HSH Nordbank in einer ihren Urheber nicht zu erkennen gebenden Presseerklärung vom 21.10.2009:

„Zu der heute in einigen Medien verbreiteten Behauptung, die HSH Nordbank habe 2008 ‚Geld verschenkt‘, erklärt die Bank:

Die Behauptung ist falsch. Die HSH Nordbank hat sich Anfang November 2008 entschieden, an die Investmentbank Goldman Sachs 45 Millionen Dollar zu zahlen, um ein handelsübliches Geschäft zu erfüllen. Ob der Anspruch auf diese Zahlung bereits verwirkt war, hätte gerichtlich geklärt werden müssen. Der Verzicht auf diese gerichtliche Klärung war vor dem Hintergrund des hochsensitiven Finanzmarktumfeldes sowie des internationalen Liquiditätsengpasses im Zusammenhang mit der Insolvenz der Investmentbank Lehman Brothers unumgänglich.

In einem Marktumfeld, das geprägt war von der Sorge, dass neben Lehman weitere Banken ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen können, sollte zu erwartenden Marktgerüchten bezüglich der Leistungsfähigkeit der HSH Nordbank von vorneherein jeglicher Raum genommen werden. Die Bank hat daher die Zahlung mit dem Ziel freigegeben, deutlich größeren materiellen und immateriellen Schaden abzuwenden.“¹⁴

Die Behauptung, dass der Anspruch gerichtlich hätte geklärt werden müssen, ist eine Behauptung, für die jede Erläuterung fehlt. Angesichts des Umstandes, dass die konsultierten Juristen unisono einen Rechtsgrund für die Zahlung verneinten, und die Rechtslage, wie dargestellt, Ansprüche von Goldman Sachs tatsächlich als kaum tragfähig erscheinen läßt, durfte der Vorstand der HSH Nordbank nicht aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen (Zerstreuung von Marktgerüchten) dennoch zahlen.

¹³ Vgl. nur Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl., Rdnr. 6 zu § 111.

¹⁴ http://www.hsh-nordbank.de/de/presse/pressemitteilungen/2009/press_release_detail_798720.jsp

Die Zahlung war in der Tat ein „Geschenk“. Auf sie trifft zu, was der BGH in der Mannesmann-Entscheidung zu einer nicht vereinbarten Sonderzahlung an Vorstandsmitglieder ausführt, welche

„ausschließlich belohnenden Charakter hat und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen kann (kompensationslose Anerkennungsprämie), ...“

Eine solche sei

*als treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens zu bewerten.*¹⁵

Nicht anders verhält es sich hier. Das rechtfertigt den Vorwurf einer Untreue in einem besonders schweren Fall (§ 266 Abs. 2 StGB).

Ich zeige diesen Sachverhalt – auch im Namen meines Mandanten Aram Ockert – an und bitte, die Ermittlungen gegen die Herren Berger, Rieck, Nonnenmacher und Friedrich aufzunehmen.

Mit freundlichen Grüßen!



(Gerhard Strate)
Rechtsanwalt

¹⁵ BGHSt 50, 331, 337.