

## Handels- und Gesellschaftsrecht

**Herausgeber:** **Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf**  
**Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, Luther Rechtsanwalts GmbH, Düsseldorf**

www.AnwaltZertifikat.de

Erscheinungsdatum:  
21.09.2016

Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich

Bezugspreis:  
8,- € monatlich  
zzgl. MwSt.  
(6,- € für DAV-Mitglieder)  
inkl. Online-Archiv und  
Prüfungsgebühr

### 19/2016

#### Inhaltsübersicht:

#### AUFSÄTZE

Anm. 1 **Anpassung des Compliance-Systems bei Tätigkeit im Ausland (Bsp. GesetzesVO 231/2001 in Italien)**

von Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Düsseldorf

Anm. 2 **Einstweiliger Rechtsschutz in Japan (Teil 1): Arten von Sicherungen und Überblick über das Verfahren**

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte mbB, Düsseldorf, Mikio Tanaka, RA, City-Yuwa Partners, Tokyo

#### ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3 **PKH-Gewährung für den gemeinsamen Vertreter nur bei Bedürftigkeit der Schuldverschreibungsläubiger**

Anmerkung zu OLG Dresden, Beschluss vom 22.04.2016, 13 W 0069/16  
von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

Anm. 4 **Staatenimmunität beim Zwangsumtausch von ausländischen Staatsanleihen**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.03.2016, VI ZR 516/14  
von Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA, Oberregierungsrat

**Zitiervorschlag:** Hase, AnwZert HaGesR 19/2016 Anm. 1  
**ISSN 1869-1331**

## AUFSÄTZE

1

### Anpassung des Compliance-Systems bei Tätigkeit im Ausland (Bsp. GesetzesVO 231/2001 in Italien)

von Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Düsseldorf

#### A. Einleitung: „Auslandsfestigkeit“ des Compliance-Management-Systems

Bei der Frage nach der Ausgestaltung eines geeigneten Compliance-Management-Systems (CMS) macht der deutsche Gesetzgeber – von branchenspezifischen Ausnahme abgesehen – keine konkreten Vorgaben. Die deutsche Praxis hat zwar bestimmte Grundsätze und Standards entwickelt,<sup>1</sup> aber ausländische Rechtsordnungen sind in Compliance-Fragen teilweise strenger und manchmal auch sehr viel konkreter als das deutsche Recht. Für Unternehmen, die im Ausland tätig sind, ergibt es deswegen Sinn, das jeweilige ausländische Recht bei der Ausgestaltung ihrer Compliance-Systeme mit zu berücksichtigen, um unliebsame Überraschungen zu vermeiden.<sup>2</sup> Dementsprechend berichtet thyssenkrupp, dass in den vergangenen Jahren neben der Pflege der ursprünglichen Kernthemen insbesondere auch das italienische Compliance-Gesetz 231/01 Schwerpunkt ihrer Compliance-Aktivitäten war. Die Gründe, sich speziell mit dem italienischen Compliance-Recht zu beschäftigen, beleuchtet der vorliegende Beitrag.<sup>3</sup>

#### B. Compliance-Haftung für Unternehmen nach italienischem Recht

Italien hat mit der Gesetzesverordnung Nr. 231 vom 08.06.2001 (GesetzesVO 231/2001)<sup>4</sup> eine Haftung von Unternehmen für bestimmte, katalogartig aufgelistete Straftaten ihrer Mitarbeiter eingeführt („Compliance-Haftung“).<sup>5</sup> Diese Haftung besteht neben einer straf- und zivilrechtlichen Haftung der handelnden Personen. Die möglichen Sanktionen gegen Unternehmen sind weitreichend und schwerwiegend<sup>6</sup>: Hierzu zählen – wie auch aus dem deutschen Recht bekannt – Geldbußen (maximal rund 1,5 Mio. Euro) und eine Gewinnabschöpfung durch Vermögensbeschlagnahme (ohne feste Grenze). Daneben können aber

auch Handlungsverbote dazukommen, wie zeitweilige Gewerbeverbote, Versagung oder Rückforderung von Beihilfen, Abschlussverbote mit der öffentlichen Hand und das Verbot, für Güter oder Dienstleistungen zu werben. Außerdem kann das Gericht anordnen, dass Verurteilungen vom Unternehmen in den führenden italienischen Tageszeitungen bekannt zu machen sind. Diese Sanktionen können auch deutsche Unternehmen treffen, die in Italien unmittelbar oder auch nur mittelbar tätig werden.

#### C. Compliance-Haftung deutscher Unternehmen in Italien

##### I. Fallgruppen der grenzüberschreitenden Compliance-Haftung

Das erste Unternehmen, das nach der GesetzesVO 231/2001 verurteilt wurde, war die Siemens AG im Jahre 2004. Ihr wurde wegen Korruptionsvergehen verboten, für die Dauer eines Jahres Verträge mit der italienischen öffentlichen Verwaltung – außer zum Bezug öffentlicher Leistungen – abzuschließen. Siemens hatte dagegen vorgetragen, als deutsches Unternehmen, das seine Geschäfte von Deutschland aus führe, unterstehe es insoweit nur deutschem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht. Das deutsche Recht kenne aber solche Sanktionen nicht. Dieses Argument wies die italienische Justiz zurück. Wer in Italien Geschäfte betreibe, unterliege auch der GesetzesVO 231/2001.

Das Risiko, mit Sanktionen belegt zu werden, besteht auch für eine deutsche Gesellschaft, die ihre italienischen Aktivitäten in eine spezielle Tochtergesellschaft in Italien gepackt hat. Begeht der Mitarbeiter der italienischen Tochter die Tat, so kann auch die deutsche Mutter direkt belangt werden, wenn die Tat zumindest mittelbar auch ihrem Interesse diene und der Täter auch von der Mutter abhängig war (z.B. entsandte Mitarbeiter) oder wenn die Mutter die Tochter zumindest faktisch beherrschte.<sup>7</sup> Das Risiko ist für die deutsche Mutter höher, wenn die Mitarbeiter der italienischen Tochter die Straftaten unmittelbar zum Vorteil der Muttergesellschaft begangen haben (z.B. Korruption zur Vermittlung von Aufträgen an die Mutter). Im Übrigen gehören zu den Straftaten, die eine Compliance-Haftung auslösen, auch die rechtswidrige Einlagenrückgewähr von der Tochter an

die Mutter sowie Fälle der verschleierte Sachkapitalaufbringung.

Aber auch deutsche Unternehmen ohne Tochter, sonstige feste Infrastruktur oder Mitarbeiter in Italien können der Compliance-Haftung unterliegen.<sup>8</sup> Denn nicht nur Straftaten eigener Mitarbeiter, sondern auch solche durch abhängige nahestehende Dritte, wie u.U. Handelsvertreter, Franchisenehmer und Vertriebshändler, aber auch im Einzelfall Berater oder sogar Lieferanten, können theoretisch die Haftung auslösen. Allerdings ist notwendig, dass der – wie gesagt abhängige – Täter nach seiner Vorstellung zumindest auch im Interesse oder zum Vorteil des Unternehmens gehandelt hat und nicht ausschließlich im eigenen Interesse oder gar gegen das Interesse des Unternehmens.

## II. Erfasste Straftaten

Die GesetzesVO 231/2001 war ursprünglich als eine Maßnahme zur Bekämpfung der Korruption angelegt worden. Es gab also nur wenige Straftaten, bei denen eine Compliance-Haftung in Frage kam. Über die Jahre wurde der Katalog der relevanten Straftaten<sup>9</sup> immer mehr ausgeweitet. Eine Vielzahl von Vorschriften des Wirtschaftsstrafrechts wurde erfasst.<sup>10</sup> Inzwischen gehört sogar die Beschneidung weiblicher Genitalien zu den erfassten Katalogstraftaten (relevant für Kliniken und Arztpraxen). Insgesamt sind über 100 Straftaten erfasst<sup>11</sup>, so etwa sämtliche Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung (z.B. Betrug zum Nachteil des Staates einschließlich Subventionsbetrugs), Bestechung, Drogen- und Menschenhandel, Geldwäsche, Delikte „gegen die Wirtschaft und Industrie“, aber auch gesellschaftsrechtliche Straftaten (z.B. falsche Angaben in Gesellschaftsangelegenheiten gegenüber Gesellschaftern oder allgemein gegenüber den Abschlussprüfern oder in den Jahresabschlüssen), Fälle von „market abuse“ (insider trading und Marktmanipulationen), IT-Delikte, Urheberrechtsdelikte, illegale Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte, Terrorunterstützung und Umweltstraftaten sowie die Verursachung von Arbeitsunfällen mit schwerwiegenden Folgen. Dennoch sind es bei weitem nicht alle denkbaren strafbaren Handlungen, die erfasst sind.

## III. Exkulpation

Ein Unternehmen kann sich jedoch exkulpieren, wenn es sachgerechte Compliance-Maßnahmen durchgeführt hat.<sup>12</sup> Hierzu gehört die Errichtung und Durchsetzung eines geeigneten Compliance-Management-Systems (CMS). Die Gewinnabschöpfung ist allerdings unabhängig von einer Exkulpation stets möglich.<sup>13</sup>

Die fehlende Einführung eines Compliance-Systems stellt in der Regel ein Organisationsverschulden der Geschäftsführung dar, ist aber nicht direkt mit strafrechtlichen Sanktionen belegt. Allerdings erhöht das Fehlen eines CMS das Risiko, dass es zu relevanten Straftaten kommt, und führt für den Fall relevanter Straftaten dazu, dass das Unternehmen auf jeden Fall den Sanktionen entsprechend dem Gesetz 231/2001 ausgesetzt ist.

## IV. Beweislast

Als Grundregel gilt, dass der Staat den Beweis erbringen muss, dass die Präventionsmechanismen des Unternehmens nicht ausreichten und eine Aufsichtspflichtverletzung vorlag, die die Straftat begünstigt haben.

Hatte der Täter allerdings eine leitende Stellung im Unternehmen inne, besteht eine Beweislastumkehr zum Nachteil des Unternehmens<sup>14</sup>: Das Unternehmen muss nachweisen, dass es sich im Vorfeld eine sachgerechte „Organisations- und Führungsstruktur“ (modello di organizzazione e di gestione = CMS) mit wirksamen Präventionsmechanismen gegeben hatte. Die Überwachung der Einhaltung und Durchsetzung der Präventionsmechanismen muss im Unternehmen einer Stelle übertragen worden sein, die über ausreichende selbständige Befugnisse hierfür verfügt. Die Täter müssen die eingeführten Präventionsmechanismen heimlich umgangen haben, ohne dass dem internen Überwachungsgremium der Vorwurf gemacht werden kann, es sei seinen Überwachungs- und Kontrollpflichten nur ungenügend nachgekommen.

## D. Auswirkungen für die Praxis

1. Unternehmen, die in Italien tätig sind, sollten ihre Compliance-Organisation so einrichten, dass sie auch den Vorgaben der GesetzesVO 231/2001 für ein sachgerechtes CMS entsprechen. Auch die

italienische Tochter eines deutschen Unternehmens sollte ein sachgerechtes CMS nach italienischem Recht aufbauen. Auf die in Deutschland von der Praxis entwickelte „best practice“ kann zurückgegriffen werden, allerdings sind nachfolgende Punkte besonders zu beachten<sup>15</sup>:

2. Das CMS muss auf einer Risikoanalyse der konkreten Unternehmenstätigkeiten beruhen und maßgeschneidert sein. Es müssen die Tätigkeiten ermittelt werden, bei deren Ausübung Katalogstraftaten (nach italienischem Recht!) erfolgen können.<sup>16</sup> Bisherige strafrechtliche Vorkommnisse im Unternehmen müssen angemessen berücksichtigt werden, um deren Wiederholung zu vermeiden.

3. Das CMS muss Richtlinien enthalten, die die Willensbildung und die Tätigkeitsausübung mit Blick auf die zu verhindernden Straftaten festlegen (Prozessablaufbeschreibungen). Risikoreiche Tätigkeit muss besonders stringent geregelt sein. Das eingeführte CMS muss umfassend schriftlich fixiert sein, aber es genügt nicht, wenn es auf dem Papier steht. Es muss auch gelebt und durchgesetzt werden.

4. Das CMS muss insbesondere den Umgang mit den Finanzmitteln der Gesellschaft so regeln, dass Straftaten verhindert werden. Konten im Ausland, Berater- und Vermittlungsverträge u.ä. müssen besonders geregelt werden, da sie besonders missbrauchsanfällig sind. Ursprüngliches Ziel der GesetzesVO 231/2001 war es ja gerade Korruption zu verhindern.

5. Es muss ein möglichst unabhängiges internes Überwachungsgremium geschaffen werden. Zum Überwachungsgremium macht die GesetzesVO 231/2001 nur wenige Vorgaben:

a) Das Überwachungsgremium muss, um eigenständig handeln zu können, über eigene Initiativ- und Kontrollbefugnisse verfügen.

b) In italienischen Kapitalgesellschaften kann der Rat der externen Rechnungsprüfer (collegio sindacale), ein Aufsichtsrat oder ein Beirat die Aufgaben des Überwachungsgremiums übernehmen. Letztere beide Möglichkeiten wären auch für deutsche Gesellschaften denkbar.

c) In „kleinen“ Gesellschaften kann auch die Geschäftsleitung diese Aufgaben übernehmen.<sup>17</sup> Was eine „kleine“ Gesellschaft ist, wird in der Ge-

setzesVO 231/2001 nicht weiter erläutert. In der Literatur gibt es verschiedene Ansätze hierfür. Für die Praxis wird empfohlen, die Aufgabe bei Zweifeln, ob die Gesellschaft „klein“ sei, nicht der Geschäftsleitung zu übertragen.

6. Gerichte und Praxis haben noch eine Vielzahl weiterer Erfordernisse zum Überwachungsgremium aufgestellt, wie z.B.:

a) Die Mitglieder des Überwachungsgremiums müssen unabhängig sein. Sie werden zwar von der Geschäftsleitung benannt, aber (1) sie dürfen keine operativen Funktionen im Unternehmen selbst ausüben (Problem der Selbstüberwachung) und (2) sie müssen direkt der Geschäftsleitung zugeordnet sein und keine sonstigen Vorgesetzten haben.

b) Um eine möglichst große Unabhängigkeit zu haben, sollen die Mitglieder von der Geschäftsleitung nur aus wichtigem Grund und mit qualifizierter Mehrheit des Geschäftsleitungsorgans (z.B.  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit) abberufen werden können.

c) Weiter unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit sollen die Mitglieder des Überwachungsgremiums angemessen vergütet werden: Die Höhe soll so hoch sein, dass die Vergütung angemessen für die zu erwartende Tätigkeit erscheint (eine zu geringe Vergütung führt zu einem geringen und ggf. unzureichenden Engagement), aber nicht so hoch, dass die Mitglieder des Überwachungsgremiums damit der Geschäftsleitung nicht mehr mit der nötigen Distanz und Unabhängigkeit begegnen.

d) Das Überwachungsgremium soll ein eigenes Budget haben und auch auf externe sachverständige Dritte zugreifen können.

e) Die Mitglieder des Überwachungsgremiums müssen besonders geschult werden. Bei mehrköpfigen Gremien wird empfohlen, dass mindestens ein Teil der Mitglieder (u.a. der Vorsitzende des Gremiums) nicht bei der Gesellschaft angestellt, sondern externe, fachkundige Dritte sein sollen (RA, WPs, StB etc.).

7. Das CMS muss Informationspflichten zugunsten des Überwachungsgremiums vorsehen. Es muss sichergestellt werden, dass die Mitarbeiter wissen, wie sie an das Überwachungsgremium auf einfache Art herantreten können, ohne dafür Nachteile befürchten zu müssen (es sei denn, sie ha-

ben selbst Verstöße begangen). Die Mitarbeiter müssen unter Androhung von Strafen sogar verpflichtet sein, Verstöße oder Verdachtsfälle an das Überwachungsgremium zu melden. Auch muss die Geschäftsleitung das Überwachungsgremium stets über wichtige Vorkommnisse im Unternehmen unterrichtet halten, insbesondere Verstöße gegen das CMS.

8. Das CMS muss einen betriebsinternen Sanktionsapparat bei Missachtung der CMS-Vorgaben bereithalten. Das betriebliche Sanktionssystem muss das rechtliche Gehör gewährleisten.

9. Die Mitarbeiter müssen regelmäßig geschult werden (Pflichtschulungen) und wissen, dass Verstöße auch von Seiten des Unternehmens verfolgt werden.

10. Das CMS muss regelmäßig angepasst und aktualisiert werden, insbesondere nach erfolgten Verstößen, Gesetzesänderungen oder Änderungen in der betrieblichen Tätigkeit.

11. Die Einführung eines nach italienischem Recht ausreichenden CMS wird in Deutschland ohne Beteiligung eines eventuell bestehenden Betriebsrates wahrscheinlich nicht möglich sein.

## E. Literaturempfehlungen

Prudentino, Compliance in Italien nach den Jahrhundertreformen: Risiko-Management auf dem Prüfstand, BB 2012, 2561.

Rübenstahl, Strafrechtliche Unternehmenshaftung in Italien – das Legislativdekret Nr. 231 vom 08.06.2001, RIW 2012, 505.

Schorn, Neuere Entwicklungen in der europäischen Korruptionsbekämpfung gegenüber Unternehmen – Wegbereiter einer europaweit einheitlichen Compliance-Struktur? WM 2011, 1689.

Schautes/Schier, Compliance International – von „Compliance Defence“ und Business Case, CCZ 2013, 149.

<sup>2</sup> Schautes/Schier, CCZ 2013, 149, 155. Zur „Macro-Compliance“ für die Finanzindustrie vgl. Pratt, Business Law International (BLI), 2008, 181 ff.

<sup>3</sup> [www.thyssenkrupp.com/de/unternehmen/compliance/compliance-strategie/](http://www.thyssenkrupp.com/de/unternehmen/compliance/compliance-strategie/).

<sup>4</sup> Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 „Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300“, veröffentlicht im italienischen Gesetzesblatt (Gazzetta Ufficiale) Nr. 140 v. 19.06.2001.

<sup>5</sup> Zur dogmatischen Einordnung dieser Haftung ausführlich Guerrini, NZWiSt 2014, 361 mit ausführlichem Verzeichnis der italienischen Literatur in Fn. 2.

<sup>6</sup> Vgl. Rübenstahl, RIW 2012, 505, 510 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Rübenstahl, RIW 2012, 505.

<sup>8</sup> Prudentino, BB 2012, 2561, 2563 f.; Rübenstahl, RIW 2012, 505, 506.

<sup>9</sup> Art. 24 GesetzesVO 231/2001.

<sup>10</sup> Vgl. Darstellung bei Rübenstahl, RIW 2012, 505, 506 ff.

<sup>11</sup> Prudentino, BB 2012, 2561.

<sup>12</sup> Art. 6 GesetzesVO 231/2001.

<sup>13</sup> Vgl. Rübenstahl, RIW 2012, 505, 513.

<sup>14</sup> Art. 5 GesetzesVO 231/2001.

<sup>15</sup> Vgl. die Vorgaben in Art. 6 und 7 der GesetzesVO 231/2001.

<sup>16</sup> Prudentino, BB 2012, 2561, 2563, bezeichnet es als Standardfehler, wenn einfach deutsche Vorlagen unbesehen verwendet werden.

<sup>17</sup> Art. 6 Abs. 4 GesetzesVO 231/2001.

## 2

### **Einstweiliger Rechtsschutz in Japan (Teil 1): Arten von Sicherungen und Überblick über das Verfahren**

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte mbB, Düsseldorf, Mikio Tanaka, RA, City-Yuwa Partners, Tokyo

#### **A. Einleitung**

Ein Rechtsstreit erfordert in der Regel – angefangen von der Klageerhebung bis zum Urteil – erheblich Zeit. In der Zwischenzeit können sich

<sup>1</sup> Vgl. etwa den IDW PS 980 zur Prüfung von Compliance-Management-Systemen.

die Vermögensverhältnisse des Schuldners oder die Rechtsverhältnisse des Streitgegenstands ändern, so dass es z.B. vorkommen kann, dass sich bei der Vollstreckung herausstellt, dass kein vollstreckbares Vermögen mehr vorhanden ist. In solchen Fällen erleidet der Rechtsträger großen Schaden und das Verfahren an sich wird sinnlos, da kein zufriedenstellendes Ergebnis erzielt werden kann.

Das *minjihozen*-System in Japan dient dazu, derartige unzumutbare Situationen zu vermeiden und Rechte zu schützen, indem vorübergehend gewisse Positionen und/oder Befugnisse des Anspruchstellers anerkannt werden.

## **B. Die Rechtslage**

### **I. Zweck und Merkmale des Rechtsinstituts der Sicherung im Zivilprozess (auf Japanisch: minjihozen)**

Die Sicherung im Zivilprozess in Japan (*minjihozen*) zeichnet sich durch vier Merkmale aus:

#### **1. Vorläufigkeit**

Bei der Sicherung im Zivilprozess handelt es sich um eine vorübergehende Anerkennung von Befugnissen oder Positionen. Ob letztendlich ein zufriedenstellendes Ergebnis erzielt wird, entscheidet sich im Hauptsacheverfahren.

#### **II. Begleitender Charakter**

Da davon ausgegangen wird, dass Sicherungsfälle durch das Urteil in der Hauptsache endgültig entschieden werden, hat die Sicherung eine begleitende Funktion im Verhältnis zum Hauptsacheverfahren. Folglich wird auf Antrag des Schuldners die Sicherungsanordnung zurückgenommen, wenn keine Klage in der Hauptsache erhoben wird.

#### **III. Dringlichkeit**

Die Sicherung im Zivilprozess dient dazu, Gefahren zu vermeiden, die dadurch entstehen, dass bis zum Urteil in der Hauptsache und der daran anschließenden Vollstreckung Zeit vergeht. Entsprechend ist der Zweck der Sicherung nicht erfüllt, wenn sie nicht rasch erfolgt. Im Fall eines Ar-

restverfahrens wird daher im Stadium der Anordnung des Arrests in der Regel keine Anhörung des Schuldners durchgeführt und die Beweisführung erfolgt durch Glaubhaftmachung.

### **IV. Durchführung ohne Information des Gegners**

Da die Gefahr besteht, dass der Schuldner vor der Vollstreckung das Vermögen verbirgt, wenn er von dem Arrestantrag Kenntnis erlangt, wird nicht nur bis zur Entscheidung über den Antrag, sondern bis zum Abschluss der Vollstreckung der Sicherungsanordnung Geheimhaltung gewahrt. Folglich wird das Original der Entscheidung erst nach Vollstreckungsabschluss an den Schuldner geschickt.

### **V. Arten von Sicherungen (minjihozen)**

Bei der Sicherung im Zivilprozess wird zwischen dem Arrest und der einstweiligen Verfügung unterschieden. Die einstweilige Verfügung unterteilt sich ferner in einstweilige Verfügungen bzgl. streitbefangener Sachen und einstweilige Verfügungen, die vorläufige (einstweilige) Regelungen treffen.

Der Arrest (Art. 20 Abs. 1 Gesetz über Sicherung im Zivilprozess = GüSZ) ist ein Mittel zur Sicherung von Geldforderungen, indem aus dem Vermögen des Schuldners – dem Objekt der Vollstreckung – dem Forderungsbetrag entsprechendes Vermögen erhalten wird, um die Zwangsvollstreckung sicherzustellen.

Die einstweilige Verfügung bzgl. streitbefangener Sachen (Art. 23 Abs. 1) ist ein Verfahren, im Rahmen dessen die notwendigen Maßnahmen ergriffen werden, um den Zustand des Objekts zu erhalten. Es kommt in Fällen zum Einsatz, in denen der Gläubiger dem Schuldner gegenüber einen Herausgabeanspruch hinsichtlich einer bestimmten Sache hat und die Gefahr besteht, dass der physische oder rechtliche Zustand des Objekts sich ändert und dadurch die Wahrnehmung des Rechts unmöglich oder erheblich erschwert werden könnte.

Eine einstweilige Verfügung zwecks Erlass vorläufiger Regelungen (Art. 23 Abs. 2) soll bei strittigen Rechtsverhältnissen signifikante Schäden

oder unmittelbare Gefahren für den Gläubiger vermeiden.

## **VI. Überblick über das Verfahren**

### **1. Antrag auf Sicherungsanordnung**

Das Verfahren wird durch einen schriftlichen Antrag des Gläubigers an das Gericht eröffnet (Art. 2 Abs. 1). Bei der Antragstellung müssen der Zweck, das zu schützende Recht oder die Rechtsverhältnisse sowie die Notwendigkeit der Sicherung schriftlich konkret dargelegt werden.

### **2. Zuständiges Gericht<sup>1</sup>**

Die Zuständigkeit für die Sicherung im Zivilprozess ist sowohl bzgl. der Sicherungsanordnung als auch bzgl. des Sicherungsvollzugs eine ausschließliche (Art. 6). Aber auch bei ausschließlicher Zuständigkeit kommt es in der Realität mitunter zu konkurrierenden Zuständigkeiten mehrerer Gerichte. Für Sicherungsanordnungsfälle sind die für die Hauptsache zuständigen Gerichte oder die Regionalgerichte zuständig, in deren Zuständigkeitsbereich sich die einstweilig zu pfändende Sache oder die streitbefangene Sache befindet. Im Fall einer Forderungspfändung ist der Sitz der Forderung in der Regel der allgemeine Gerichtsstand des Drittschuldners. Bei anderen Vermögensrechten, die einer Eintragung oder Registrierung bedürfen (z.B. geistige Eigentumsrechte wie Patentrechte etc.), gilt der Ort der Eintragung oder Registrierung.<sup>2</sup>

### **3. Glaubhaftmachung (somei)**

Aufgrund der Dringlichkeit und Vorläufigkeit von Sicherungsfällen bedarf es keines vollständigen Beweises (shōmei) sondern es genügt eine bloße Glaubhaftmachung (somei) der Notwendigkeit einer Sicherung der zu sichernden Rechte oder Rechtsverhältnisse (damit der Richter prima facie überzeugt ist, dass es „wahrscheinlich so war“). Dafür müssen grundsätzlich Dokumente und Augenscheinobjekte vorgelegt werden.

### **4. Anlagen**

Der Gläubiger fügt dem Antrag die o.g. Dokumente zur Glaubhaftmachung (somei shiryō) bei. Falls

eine der Parteien eine Körperschaft ist, ist darüber hinaus ein Handelsregisterauszug beizufügen; im Fall von Minderjährigen der Auszug aus dem Familienbuch und im Fall, dass die Partei durch einen Anwalt vertreten wird, eine Vollmacht. Ferner sind weitere notwendige Unterlagen beizufügen, je nach dem für was für eine Art von Gegenstand der Arrest angeordnet wird (im Fall der Beschlagnahme eines Grundstücks beispielsweise ein Auszug aus dem oder den Immobilienregister(n)).<sup>3</sup>

## **VII. Prüfung/Verhandlung**

### **1. Form der Prüfung**

Bei der Prüfung des Antrags auf Sicherungsanordnung werden die zu sichernden Rechte bzw. Rechtsverhältnisse und die Notwendigkeit der Sicherung geprüft. Werden diese bejaht, wird eine Sicherungsanordnung erlassen. Ein Sicherungsverfahren bedarf keiner mündlichen Verhandlung. Die Entscheidung erfolgt dann durch einen Beschluss und nicht durch ein Urteil. Bei der Prüfung wird ausgehend von dem vom Gläubiger eingereichten Antrag untersucht, ob neben allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Rechtsstreit inhaltlich Behauptungen hinsichtlich sicherungswürdiger Rechte bzw. Rechtsverhältnisse und der Notwendigkeit einer Sicherung vorliegen und ob die behaupteten Tatsachen glaubhaft gemacht wurden.

Die Anhörung des Schuldners erfolgt in komplexen Fällen oder Fällen, die eine große Auswirkung für den Schuldner haben könnten oder bei denen Einwendungen des Schuldners zu erwarten sind. Die einstweilige Verfügung hat für den Schuldner im Allgemeinen große Auswirkungen. Daher wird eine einstweilige Verfügung prinzipiell nicht ohne mündliche Verhandlung erlassen.

Ein Recht des Gläubigers, eine mündliche Verhandlung zu fordern, besteht nicht.

## **VIII. Sicherheiten**

### **1. Überblick**

Nach dem GüSZ werden in zwei Fällen Sicherheiten gestellt: in Fällen, in denen die Stellung von Sicherheiten Voraussetzung für die Anordnung der Sicherung ist und das Gericht entscheidet, dass innerhalb einer bestimmten Frist vor Erlass der Si-

cherungsanordnung Sicherheiten zu stellen sind. Die zweite Variante sind Fälle, in denen die Sicherheitenstellung Bedingung für den Vollzug der Sicherung ist. Dabei wird mit der Vollstreckung erst begonnen, wenn die Sicherheitenstellung gegenüber den Vollstreckungsorganen nachgewiesen wurde.

Gebräuchlich ist die Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren bei Gericht oder die Stellung einer Bankgarantie.

## 2. Betrag der Sicherheiten

Bis auf seltene Sonderfälle, in denen der Gläubiger sich in einer Notlage befindet und zum Erhalt der Lebensgrundlage umgehend die vorläufige Zahlung von notwendigen Beträgen angeordnet werden muss, kommt es kaum vor, dass eine Maßnahme ohne die Stellung von Sicherheiten angeordnet wird, selbst wenn die Forderung glaubhaft gemacht wurde.

Die Höhe der Sicherheiten liegt im Ermessen des Gerichts und richtet sich nach dem konkreten Sachverhalt (Art und Typ der Sicherungsanordnung, Preis und Inhalt der zu sichernden Rechte, Art und Preis des zu sichernden Gegenstands, Beruf, Vermögenssituation und Kreditwürdigkeit des Schuldners, Ausmaß der Beeinträchtigung des Schuldners) und der Glaubhaftigkeit der Antragsgründe.

Beim Arrest richtet sich die Höhe der Sicherheiten im Allgemeinen nach dem Preis (Marktwert) des Beschlagnahmungsobjekts. In der Praxis wird bei Immobilien meist der steuerliche Wert zugrunde gelegt. Ist das Objekt mit einer Hypothek belastet, wird der Betrag abgezogen, mit dem die Hypothek valutiert.

Liegt der Preis des Objekts über dem Wert der zu sichernden Forderung, wird prinzipiell der Preis des Objekts zugrunde gelegt. Liegt der Objektprice jedoch erheblich über dem Wert der zu sichernden Forderung, ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass keine Notwendigkeit zur Sicherung gesehen wird, solange der Gläubiger nicht glaubhaft machen kann, dass die konkrete Gefahr besteht, dass der Schuldner die Sache anderweitig veräußert und dass kein weiteres wertvolles Vermögen existiert<sup>4</sup>.

Der Sicherheitsbetrag variiert je nach Art des Objekts sowie je nach Inhalt der zu sichernden Forderungen und Grad der Glaubhaftmachung (sowie). Es gibt jedoch allgemeine (nicht offizielle) Kriterien zur Ermittlung des Sicherheitsbetrags auf Grundlage des Inhalts der zu besichernden Forderung und der Art des Objekts. Folgt man diesen Kriterien, beläuft sich der vom Gläubiger bereitzustellende Sicherheitsbetrag meist auf 20 bis 30% des Werts des Beschlagnahmungsobjekts.

## IX. Sicherungsvollzug

Vollstreckungsorgane des Sicherungsvollzugs sind ebenso wie bei Zwangsvollstreckungen generell das Gericht bzw. der Vollstreckungsbeamte. Der Sicherungsvollzug ist prinzipiell auf Grundlage des Originals der Sicherungsanordnung möglich, auch wenn keine Vollstreckungsklausel erteilt wurde. Für den Vollzug einer Sicherung gegen oder zugunsten einer Person, die in der Sicherungsanordnung nicht als Partei aufgeführt ist, muss für die Original-Sicherungsanordnung eine Folge-Vollstreckungsklausel erteilt werden.

Die Sicherung kann nicht mehr vollzogen werden, wenn mehr als zwei Wochen vergangen sind, seitdem die Sicherungsanordnung dem Gläubiger zugestellt wurde. In der Praxis erfolgt die Zustellung erst nach Abschluss des Vollzugs oder erst, nachdem eine angemessene Zeit für den Vollzug vergangen ist.

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe mit der Erörterung des Arrests fortgesetzt.

---

<sup>1</sup> Laut Artikel 76 der japanischen Verfassung liegt die gesamte Justizgewalt beim Obersten Gerichtshof (OGH) und den entsprechend den Gesetzesvorgaben eingerichteten unteren Gerichten. Der Aufbau des Gerichts wird im Gerichtsgesetz (Gesetz Nr. 59 von 1947) geregelt. Gemäß dem Gerichtsgesetz setzen sich die Gerichte aus dem OGH und den unteren Gerichten zusammen. Zu den unteren Gerichten gehören höhere Gerichte, Regionalgerichte, summarische Gerichtshöfe und Familiengerichte. Das Dreiinstanzensystem sieht vor, dass Zivilsachen grundsätzlich zunächst in erster Instanz bei den Regionalgerichten be-



handelt werden, Berufungsinstanz ist das höhere Gericht und letzte Instanz der OGH.

- <sup>2</sup> Spezialisierte Fachgerichte bestehen einerseits für den gewerblichen Rechtsschutz und andererseits für das Familienrecht.
- <sup>3</sup> In Japan werden Grundstück und Gebäude als unterschiedliche Immobilien angesehen und daher in separaten Registern geführt.
- <sup>4</sup> Wenn der Schuldner neben einem Vermögensgegenstand, dessen Wert weit über dem Betrag der zu sichernden Forderung liegt, auch Vermögen von geringerem Wert besitzt und darüber hinaus nicht die Gefahr besteht, dass er das hochwertige Vermögen Dritten überträgt oder auf andere Weise veräußert, wird nicht davon ausgegangen, dass ohne einen Arrest in das hochwertige Objekt eine Zwangsvollstreckung unmöglich oder schwierig ist (da z.B. auch durch Vollstreckung in das Vermögen mit geringerem Wert der Zweck erfüllt werden kann).

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

### 3

#### **PKH-Gewährung für den gemeinsamen Vertreter nur bei Bedürftigkeit der Schuldverschreibungsgläubiger**

##### **Orientierungssatz zur Anmerkung:**

**Der gemeinsame Vertreter der Schuldverschreibungsgläubiger im Insolvenzverfahren des Emittenten ist keine Partei kraft Amtes, sondern Vertreter. Ob für einen Rechtsstreit der Schuldverschreibungsgläubiger Prozesskostenhilfe zu gewähren ist, hängt von deren wirtschaftlichen Verhältnissen ab.**

Anmerkung zu OLG Dresden, Beschluss vom 22.04.2016, 13 W 0069/16

von Dr. Friedrich L. Cranshaw, RA

#### **A. Problemstellung**

Mit dem Inkrafttreten des SchVG (2009) schien für die Schuldverschreibungsgläubiger, deren Wertpapiere deutschem Recht unterstellt wurden, die Sach- und Rechtslage klar zu sein. Sie können einen gemeinsamen Vertreter be-

stellen (vgl. § 8 SchVG), im eröffneten Insolvenzverfahren muss das Insolvenzgericht sogar eine gesonderte Gläubigerversammlung der Schuldverschreibungsgläubiger einberufen, die darüber befindet, ob ein gemeinsamer Vertreter bestellt wird, sofern dies nicht schon ohnehin gem. § 8 SchVG geschehen ist (vgl. § 19 Abs. 2 SchVG). Auch im Hinblick auf die Kosten schien alles geklärt zu sein. Die Schuldverschreibungsgläubiger können nicht zu Nachschüssen/Leistungen verpflichtet werden (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 3 SchVG). Die Vergütung des gemeinsamen Vertreters und die Auslagen trägt der Schuldner (§ 7 Abs. 6 SchVG). Da dieser in der Insolvenz die Interessen der jeweiligen Gläubigergruppe bündelt, unterstützt er im Einzelfall auch durchaus faktisch den Insolvenzverwalter oder den Eigenverwalter bzw. Sachwalter bei dessen Aufgaben. Es liegt daher ggf. nahe, ihn wie eine Partei kraft Amtes oder in ähnlicher Funktion zu betrachten, also wie den Insolvenzverwalter selbst. Mit all dem korrespondiert, dass die kapitalmarktrechtliche Literatur weitgehend – ebenso wie wohl die überwiegende Insolvenzpraxis – bislang angenommen hat, die Vergütung, die Auslagen und die Aufwendungen des gemeinsamen Vertreters seien sonstige Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 InsO; vgl. dazu Verannemann-Fürmaier, SchVG, 2010, § 19 Rn. 7; Preuße-Scherber, SchVG, 2011, § 19 Rn. 35, Bliesener/Schneider in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, 17. Kap., § 19 SchVG Rn. 24), ja sie stehen nach einzelner Meinung sogar im Rang des § 54 Nr. 2 InsO. All dies auch vor dem Hintergrund des Ziels der Attraktivitätssteigerung des deutschen Rechts auf diesem Segment (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfes des SchVG, BT-Drs. 16/12814 v. 29.04.2009, S. 13 f.). Notwendige Konsequenz davon müsste ggf. sein, dass der gemeinsame Vertreter Prozesskostenhilfe erhält, wenn er einen Rechtsstreit um die Rechte der Gläubiger führen muss, wenn nicht ohne weiteres der Schuldner aus der Masse die notwendigen Kosten als Auslagen des gemeinsamen Vertreters bevorschussen muss – und später zu bezahlen hat, auch wenn die Masse Prozessgegner ist und den Rechtsstreit gewinnt (beispielsweise den Feststellungsprozess gem. den §§ 179, 180 ff. InsO).

Diese Betrachtung hat zwischenzeitlich den einen oder anderen Riss bekommen. So etwa wird durchaus bezweifelt, ob es sich bei den Forde-

rungen des gemeinsamen Vertreters nach § 7 Abs. 6 SchVG um Masseverbindlichkeiten handeln. Die in der Judikatur und der Literatur vertretenen Meinungen reichen von der Masseverbindlichkeit (s.o.) über die einfache Insolvenzforderung gem. § 38 InsO bis vereinzelt zur nachrangigen Verbindlichkeit gem. § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO (siehe dazu den Überblick bei Cranshaw, jurisPR-HaGesR 6/2016 Anm. 6 Abschn. C.II., zu LG Düsseldorf, Urt. v. 11.05.2016 - 23 O 97/15). Höchststrichterliche Judikatur fehlt.

In diesem größeren Umfeld bewegt sich die Besprechungsentscheidung des OLG Dresden zur Frage der Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe für einen gemeinsamen Vertreter der Schuldverschreibungsgläubiger im Insolvenzverfahren des Emittenten.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

I. Hinter dem hier vorliegenden Prozesskostenhilfebeschwerdeverfahren steht als Verfahrensgegenstand der in dem Beschluss des OLG Dresden nicht im Einzelnen beschriebene materielle Streit der Parteien um den Rang der Forderungen von Schuldverschreibungsgläubigern im Insolvenzverfahren über das Vermögen der F... KG aA. Der Antragsteller und Beklagte zu 1) ist der gemeinsame Vertreter von Schuldverschreibungsgläubigern nach § 19 Abs. 2 SchVG. Er hat vorgetragen, Partei kraft Amtes zu sein, die von ihm verwaltete Masse sei illiquide und bestehe nur aus dem Wertpapier. Die Schuldverschreibungsgläubiger müssten die Kosten nicht aufbringen, da sie diese nach § 7 Abs. 6 SchVG nicht tragen müssten. Zudem seien die Gläubiger dem Beklagten nicht zwangsläufig bekannt.

Das LG Dresden hatte den PKH-Antrag zurückgewiesen, da den Schuldverschreibungsgläubigern die Aufbringung der Kosten zugemutet werden könne.

II. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde hat das OLG Dresden zurückgewiesen, aber die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Prozesskostenhilfe sei gem. § 114 ZPO zu gewähren, wenn die antragstellende Partei sie nach ihren Verhältnissen nicht einmal ratenweise aufbringen könne. Bei einer Partei kraft Amtes (Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter, Zwangsverwal-

ter usw.) sei maßgeblich, ob die Kosten aus der verwalteten Vermögensmasse aufgebracht werden können oder ob dies den Berechtigten zuzumuten sei (§ 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Der Antragsteller, Beschwerdeführer des PKH-Verfahrens und Beklagte des Erkenntnisverfahrens sei aber entgegen seiner Rechtsmeinung keine Partei kraft Amtes, sondern lediglich ein Vertreter, dem anders als der Partei kraft Amtes lediglich die Interessenwahrung bestimmter Personen oder Personengruppen übertragen sei. Er sei weisungsabhängiger Mandatar der Schuldverschreibungsgläubiger und nicht Verwalter einer Vermögensmasse wie eine Partei kraft Amtes. Der Senat nimmt insoweit Bezug auf die Erwägungen der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/12814, S. 20) sowie Kommentarliteratur zum SchVG (Verannemann-Fürmaier, SchVG, § 19 Rn. 5; Preuß-Scherber, SchVG, § 19 Rn. 34). Er zieht ferner eine Parallele zu dem gemeinsamen Vertreter gem. § 6 Abs. 1 SpruchG im gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahren, dessen Funktion ausdrücklich als die eines gesetzlichen Vertreters strukturiert worden sei.

Damit sei für die Gewährung der Prozesskostenhilfe maßgeblich, ob die vertretenen Schuldverschreibungsgläubiger bedürftig seien, nur hierauf komme es in den Vertretungsfällen nach der Judikatur an (vgl. BGH, Beschl. v. 19.01.2011 - XII ZB 323/10). Die fehlende Kenntnis des gemeinsamen Vertreters über die von ihm vertretenen Schuldverschreibungsgläubiger sei anders als in den Fällen der Nachlasspflegschaft mit unbekanntem Erben, bei denen nur auf den Nachlass abgestellt werden könne, ohne Belang. Den Schuldverschreibungsgläubigern sei ihre Gläubigerposition bekannt, so dass ihnen die Wahrnehmung ihrer Rechte und die Aufgabe ihrer Anonymität zuzumuten sei. Irrelevant sei auch, dass der einzelne Gläubiger seine Rechte nicht durchsetzen könne, denn die Schuldverschreibungsgläubiger der Emission in ihrer Gesamtheit könnten dem gemeinsamen Vertreter durch Mehrheitsentscheidungen Weisungen erteilen. Daher könnten sie auch die Finanzierung eines Rechtsstreits aufbringen. Dass der einzelne überstimmt werden könne, sei belanglos. Unzutreffend ist aus dem Blick des Senats auch das Argument des gemeinsamen Vertreters, den Schuldverschreibungsgläubigern seien ihre Rechte im Allgemeininteresse entzogen worden. Die Bündelung ihrer Interessen diene nicht der Allgemeinheit,

sondern allein den Schuldverschreibungsgläubigern selbst. Auch § 7 Abs. 6 SchVG mit der Kostentragungslast des Schuldners ändere an dieser Beurteilung nichts. Der Senat lässt dabei dahinstehen, ob unter diese Norm auch Prozesskosten zu subsumieren seien. Ein etwaiger Anspruch auf Prozesskostenvorschuss gegen den Insolvenzschuldner könne umgekehrt aber nicht herangezogen werden, um Prozesskostenhilfe abzulehnen. Dies sei nur dann der Fall, wenn der Anspruch auf Leistung des Prozesskostenvorschusses umgehend realisiert werden könne, wenn seine „Durchsetzung zumutbar und nicht mit Rechtseinbußen verbunden“ sei. Jedenfalls könne man demjenigen, der Prozesskostenhilfe begehre, nicht ansinnen, zunächst einen Rechtsstreit gegen den zur Leistung des Prozesskostenvorschusses Verpflichteten zu führen, der sich hiergegen zur Wehr setze, während der Antragsteller auf Prozesskostenhilfe sofort in dem Rechtsstreit, für den er Prozesskostenhilfe begehre, seine Rechte verfolgen müsse. Die fehlende Zumutbarkeit, gegen den zum Vorschuss Verpflichteten, zunächst diesen Anspruch zu verfolgen, führe aber nicht zu einem Anspruch auf Prozesskostenhilfe, wenn der Berechtigte, hier also die Schuldverschreibungsgläubiger, selbst den Rechtsstreit finanzieren könnte. Das Rechtsinstitut der Prozesskostenhilfe diene dazu, dass jeder Zugang zu den Gerichten habe, auch diejenigen, die die Kosten aus persönlichen und wirtschaftlichen Gründen nicht aufbringen könnten. Es diene aber nicht dazu, um auf Kosten der Allgemeinheit einen Prozess führen zu können, weil eine anderweitige materiell-rechtliche Regelung (hier: § 7 Abs. 6 SchVG) eine Partei nicht mit Kosten belasten wolle und der materielle Anspruch gegen den Verpflichteten (hier den Schuldner) nicht durchzusetzen sei.

Da die angesprochenen Fragen grundsätzlich seien, hat das OLG Dresden die Rechtsbeschwerde zugelassen, die wohl unter der Voraussetzung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe eingelegt worden ist. Der BGH hat indes mit Beschluss vom 14.07.2016 (IX ZA 9/16) den Antrag auf Prozesskostenhilfe für die Rechtsbeschwerde zurückgewiesen und zwar im Ergebnis mit derselben Argumentation wie das OLG Dresden in der Besprechungsentscheidung. Der BGH bringt dort ferner zum Ausdruck, dass jedenfalls Prozesskosten, die in einem Rechtsstreit entstehen, der zur Durchsetzung der Ansprüche aus den Schuldverschreibungen ge-

führt wird, nicht zu Lasten des Schuldners gehen.

## C. Kontext der Entscheidung

### I. Würdigung der Entscheidung

Wie weitere Stimmen im Umfeld des § 7 Abs. 6 SchVG, die den daraus resultierenden Forderungen den Rang einer Masseverbindlichkeit absprechen, die Subsumtion von Prozesskosten unter die Norm bezweifeln oder einer Prozesskostenhilfe für Schuldverschreibungsgläubiger unter dem Aspekt des § 116 ZPO ablehnend gegenüberstehen, ist der Beschluss des OLG Dresden aus kapitalmarktrechtlicher Sicht scheinbar eine Einschränkung der weit verstandenen Tragweite des § 7 SchVG bzw. der berechtigten Interessen der Schuldverschreibungsgläubiger als Folge des SchVG. In Wahrheit ist das keineswegs der Fall, sondern lediglich die Anwendung allgemeiner Normen auf die Sonderregelungen des SchVG. Namentlich wird das Verhältnis zwischen Insolvenzrecht und SchVG zurechtgerückt.

### II. Konzept des gemeinsamen Vertreters und Befugnisse

1. Der gemeinsame Vertreter (man beachte den gesetzlichen Terminus!) bündelt im Interesse der Schuldverschreibungsgläubiger deren Interessen. Er ist nicht der Gehilfe des Insolvenzverwalters, er ist auch nicht gleichsam der Verwalter in der „Mikroinsolvenz“ des Schuldners, die nur die von diesem emittierten Anleihen inkludiert. Er nimmt die Rechte der Gläubiger im Insolvenzverfahren wahr (vgl. § 19 Abs. 3 SchVG). Er führt auch in der Insolvenz die Weisungen der Versammlung der Anleihegläubiger im Rahmen der insolvenzrechtlichen Strukturen aus (siehe Preuß-Scherber, SchVG, § 19 Rn. 34; Veranemann-Fürmaier, SchVG, § 19 Rn. 12, 14); umstritten ist allerdings, ob die Anleihegläubiger in der Insolvenz des Emittenten noch Entscheidungen nach § 5 Abs. 1, 3 SchVG treffen können oder ob sie auf die Gestaltungsmöglichkeiten nach der Insolvenzordnung beschränkt sind (vgl. dazu Bliesener/Schneider in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 17. Kap., § 19 SchVG Rn. 18 f.).

2. Bei den Schuldverschreibungen privater Emittenten handelt der gemeinsame Vertreter,

der übrigens bereits in den Anleihebedingungen bestellt worden sein kann, also keineswegs im Allgemeininteresse. Er ist allein Vertreter der Gläubiger, aber nicht Partei kraft Amtes. Die Auffassung des gemeinsamen Vertreters im vorliegenden Fall, die einzelnen Gläubiger hätten ihre Rechte im Interesse der Allgemeinheit weggenommen bekommen, findet im Gesetz nicht einmal entfernt eine Stütze.

### III. Folgen der Zuerkennung von Prozesskostenhilfe

Auch im Übrigen ist dem OLG Dresden uneingeschränkt zuzustimmen. Den Schuldverschreibungsgläubigern ist die Finanzierung des Rechtsstreits zuzumuten. Die gegenteilige Auffassung würde übrigens zu dem merkwürdigen Ergebnis führen, dass die Anleihegläubiger einen ihrem Interesse dienenden Rechtsstreit wirtschaftlich völlig risikofrei führen könnten, da die Kosten entweder von der Allgemeinheit auf dem Wege der Prozesskostenhilfe aufgebracht würden oder vom Schuldner bzw. den übrigen Gläubigern auf dem Wege eines etwaigen Kostenerstattungsanspruchs oder eines Prozesskostenvorschusses nach § 7 Abs. 6 SchVG. Ungeklärt erscheint die Lage, wenn der Rechtsstreit für die Schuldverschreibungsgläubiger bzw. den gemeinsamen Vertreter verlorengeht (siehe § 91 ZPO), der keine Liquidität in seiner „Masse“ hat. Im Ergebnis bleibt nur übrig, dass die Schuldverschreibungsgläubiger einen Prozesskostenfonds bilden, auf dessen Einzelheiten in dem hier möglichen Rahmen nicht weiter eingegangen werden kann und damit auch nicht auf die notwendige Auflösung des Widerspruchs zu § 5 Abs. 1 Satz 3 SchVG über den Ausschluss der Beschlussfassung der Gläubigermehrheit über die Begründung von Leistungspflichten der Schuldverschreibungsgläubiger.

### IV. Kosten der Prozessführung und deren Rang

Ob Prozesskosten der Schuldverschreibungsgläubiger gem. § 7 Abs. 6 SchVG überhaupt geschuldet werden, erscheint überaus fraglich (die vom OLG Dresden, das die Frage offen lässt, herangezogene Kommentarstelle in Verannemann/Verannemann, SchVG, § 7 Rn. 79, begründet das nicht näher). Aber auch dann, wenn man dies bejahte, würde es sich doch um Kosten handeln, die über § 19 Abs. 1 SchVG allein dem Insolvenzregime unterworfen sind.

Das bedeutet nichts anderes, als dass etwaige Prozesskostenansprüche, die vor Insolvenzeröffnung entstanden sind, Insolvenzforderungen nach § 38 InsO sind. Solche nach Verfahrenseröffnung, beispielsweise die im Feststellungsrechtsstreit um den Rang der angemeldeten Anleiheforderung (vgl. § 174 Abs. 2, § 180 Abs. 1, § 181 InsO) entstandenen Prozesskosten, generierten dann lediglich einen nachrangigen Anspruch gem. § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Es gibt keinen erkennbaren Grund, die Schuldverschreibungsgläubiger insoweit anders und bevorzugt gegenüber den anderen (Finanz-)Gläubigern zu behandeln und damit die *par conditio creditorum* im eröffneten Verfahren einzuschränken.

## D. Auswirkungen für die Praxis

I. Die Gerichte sollten in PKH-Verfahren Anträge der gemeinsamen Vertreter bei Sachverhalten wie denen, die dem OLG Dresden vorgelegen haben, mit dessen Argumentation zurückweisen. Die Oberlandesgerichte sollten die Rechtsbeschwerde jedoch zulassen.

II. Die gemeinsamen Vertreter werden sicherlich zur Interessenwahrung weiterhin PKH-Anträge stellen und ggf. bis zum BGH verfolgen.

III. Die Insolvenzverwalter sollten zurückhaltend mit dem Abschluss von Vereinbarungen und mit der Akzeptanz von Masseverbindlichkeiten bei der derzeitigen Rechtslage sein. Es spricht freilich nichts dagegen, wenn sich Insolvenzverwalter mit dem gemeinsamen Vertreter auf Kostenübernahmen usw. zu Lasten der Masse zur Regelung von Ansprüchen gem. § 7 Abs. 6 SchVG einigen, wenn die Masse selbst davon voraussichtlich mindestens gleichwertig partizipiert. Von Insolvenzzweckwidrigkeit kann dann nicht gesprochen werden.

IV. Im Allgemeinen kann davon ausgegangen werden, dass Ansprüche aus § 7 Abs. 6 SchVG im eröffneten Verfahren nachrangige Insolvenzforderungen gem. § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO darstellen. Dies folgt jedenfalls aus der uneingeschränkten Anwendung des Insolvenzregimes gem. § 19 Abs. 1 SchVG, wie oben erwähnt, und den Wertungen der Insolvenzordnung.

## Staatenimmunität beim Zwangsumtausch von ausländischen Staatsanleihen

### Leitsatz:

**Zum Grundsatz der Staatenimmunität bei einer Umschuldung von Staatsanleihen aufgrund des Erlasses eines die Umschuldung ermöglichenden Gesetzes und der Allgemeinverbindlicherklärung einer entsprechenden Mehrheitsentscheidung der Gläubiger.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.03.2016, VI ZR 516/14

von Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA, Oberregierungsrat

### A. Problemstellung

Vorliegend ging es mit der in dieser Sache erstmaligen höchstrichterlichen Entscheidung rein darum, ob sich deutsche Kläger vor deutschen Gerichten mit Erfolg gegen den in und durch Griechenland erfolgten Zwangsumtausch ihrer griechischen Staatsanleihen wehren können.

Nachdem bereits die Vorinstanzen (LG Frankfurt, Urt. v. 06.02.2014 - 2-21 O 332/12 und OLG Frankfurt, Urt. v. 18.09.2014 - 16 U 41/14) wie im Übrigen auch sämtliche anderen Gerichte (dazu sogleich unter C.) mit ziemlich griffiger Argumentation davon ausgegangen waren, dass der sog. Grundsatz der Staatenimmunität die Zulässigkeit solcher Klagen gegen die Republik Griechenland in Deutschland hindert, stand schon im Vorfeld zu vermuten, dass auch der BGH dieser Argumentation folgen würde. Im Kern geht es im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Staatenimmunität jedenfalls darum, dass ein Staat die hoheitlichen Handlungen eines anderen Staates nicht gerichtlich überprüfen können soll.

Zur richtigen Einordnung sei bereits frühzeitig gesagt, dass der sich unmittelbar aufdrängende Vergleich mit dem Rechtsstreit deutscher Kläger gegen die Republik Argentinien in Bezug auf argentinische Staatsanleihen (vgl. etwa OLG Frankfurt, Urt. v. 18.02.2015 - 17 U

89/14) nicht wirklich weiterhilft. Denn im Fall Argentinien ging es letztlich nicht um im Erkenntnisverfahren zu beurteilende hoheitliche Maßnahmen Argentinien, sondern um die nicht-hoheitliche Teilnahme des Landes am internationalen Wirtschaftsverkehr samt der gerade daraus folgenden Zwangsvollstreckung. Zudem hatte Argentinien in den maßgeblichen Anleihebedingungen in Bezug auf die Zwangsvollstreckung in bestimmte Gegenstände von vornherein auf eine Vollstreckungsimmunität verzichtet (kritisch ist die Zwangsvollstreckung dann dennoch, wenn die entsprechenden Gegenstände hoheitlichen Zwecken dienen, vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.12.1977 - 2 BvM 1/76 - BVerfGE 46, 342; BGH, Beschl. v. 04.10.2005 - VII ZB 8/05 (KG) - NJW-RR 2006, 425, oder aber ein lediglich pauschaler Immunitätsverzicht erklärt wird, vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.12.2006 - 2 BvM 9/03 - BVerfGE 117, 141).

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die vorliegenden Klagen gegen die Republik Griechenland drehten sich um Schadenersatzansprüche bezüglich der Entnahme griechischer Staatsanleihen aus den klägerischen Wertpapierdepots.

Die Kläger erwarben 2010 und 2011 über eine deutsche Bank im Sekundärmarkt griechische Staatsanleihen. Die Anleihebedingungen enthielten keine für Umschuldungszwecke vorgesehene sog. Collective Action Clauses. Jedoch war dort die Geltung griechischen Rechts und die Behandlung als sog. dematerialisierte Wertpapiere vorgesehen. Letzteres bedeutet, dass die Staatsanleihen lediglich als Gutschrift auf Wertpapierdepots bei der griechischen Zentralbank bestanden.

Im Verlauf der sog. Griechenlandkrise erließ Griechenland 2012 ein Gesetz, wonach die Anleihebedingungen durch Mehrheitsentscheidungen der Anleihegläubiger nachträglich geändert und dann durch Beschluss des griechischen Ministerrats für allgemeinverbindlich erklärt werden konnten, so dass ab diesem Zeitpunkt sämtliche Anleihegläubiger an die geänderten Anleihebedingungen gebunden sein würden. In der Folge kam es dazu, dass die streitbefangenen alten Staatsanleihen gemäß diesem Szenario und entgegen dem Willen der Kläger in neue Staatsanleihen mit niedrigerem Nennwert und

längerer Laufzeit umgetauscht wurden. Dementsprechend wurden die alten Staatsanleihen eingezogen und die neuen Staatsanleihen in das System der griechischen Zentralbank eingebucht. Auch die die Anleihen für die Kläger treuhänderisch und mittelbar haltende deutsche Bank nahm in der Folge eine Anpassungsbuchung vor.

Die Kläger wendeten sich nun vor allem dagegen, dass die Republik Griechenland als Beklagte gegen ihren Willen die Ausbuchung der alten Staatsanleihen durch Anweisung an die depotführende Bank veranlasst und dadurch ihr Eigentum und ihren Besitz verletzt habe. Landgericht und Oberlandesgericht entschieden gegen die Kläger. So nun auch der BGH in seiner Revisionsentscheidung.

Die Klage sei – wie vorinstanzlich zutreffend beurteilt – schon deswegen unzulässig, weil die deutsche Gerichtsbarkeit nicht eröffnet sei. Ihr stehe nach Maßgabe von § 20 Abs. 2 GVG, Art. 25 GG der Grundsatz der Staatenimmunität entgegen.

Im Kern bedeute der Grundsatz der Staatenimmunität, dass es nicht dazu kommen dürfe, dass Gerichte eines Staates eine Beurteilung des hoheitlichen Handelns eines anderen Staates vornehmen. Denn es sei der Grundsatz der souveränen Gleichheit von Staaten zu beachten. Als Beurteilungsmaßstab gelte somit vorliegend, ob die in Rede stehenden Handlungen des griechischen Staates als hoheitlich zu beurteilen seien, was letztlich zu bejahen sei.

Als grundsätzlich maßgeblich erweise sich dabei die Natur der staatlichen Handlung oder des entstandenen Rechtsverhältnisses im Lichte des vom erkennenden Gericht anzuwendenden nationalen Rechts. Dagegen komme es gerade nicht auf die Rechtsnatur der Kapitalaufnahme am Kapitalmarkt durch Begebung von Staatsanleihen an, die wohl unstreitig als nicht-hoheitlich zu charakterisieren sei. Entscheidend sei vorliegend somit konkret die Natur der Ausbuchung der alten Staatsanleihen aus den mittelbar klägerischen Wertpapierdepots, welche nach Ansicht der Kläger als Umsetzungsakt des Zwangsumtausches ihre „Rechte am Papier“ verletzt habe.

In Ermangelung von originär vereinbarten sog. Collective Action Clauses resultiere das potenti-

ell haftungsbegründende Verhalten der Beklagten im Erlass des Gesetzes aus 2012, welches dem Zwangsumtausch den Weg geebnet habe. Dieser Akt sei unzweifelhaft hoheitlicher Natur. Die Überprüfung dieses souverän-hoheitlichen Akts solle der Grundsatz der Staatenimmunität gerade verhindern. Als hoheitlich sei weiter auch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung durch den griechischen Ministerrat anzusehen. Auch könnten die weiteren Umsetzungsakte auf griechischer Seite nicht als rein fiskalisches und damit nicht-hoheitliches Handeln beurteilt werden, da sie mit den übrigen hoheitlichen Maßnahmen eng verklammert gewesen seien und die Mehrheitsentscheidung auch gegenüber der Gläubigerminderheit hoheitlich durchsetzten.

### C. Kontext der Entscheidung

In Niedrigzinsphasen investieren nicht wenige Anleger in hochspekulative Staatsanleihen von Krisenländern wie Argentinien und Griechenland. Hohen Renditechancen stehen dabei naturgemäß signifikante Verlustrisiken gegenüber. Im vorliegenden Fall haben sich diese Risiken teilweise verwirklicht, der Zwangsumtausch der griechischen Staatsanleihen bedeutete eine teilweise Enteignung der Anleihegläubiger. Die Rede ist von einem wirtschaftlichen Verlust i.H.v. 75% bis 80% (Sandrock, WM 2013, 393, 394). Sämtliche Versuche deutscher Anleihegläubiger, vor deutschen Gerichten gegen den griechischen Zwangsumtausch vorzugehen, sind bislang gescheitert (vgl. etwa LG Konstanz, Urt. v. 19.11.2013 - 2 O 132/13; LG Neuruppin, Beschl. v. 16.04.2014 - 5 O 25/14; OLG Schleswig, Urt. v. 04.12.2014 - 5 U 89/14 - ZIP 2015, 1253 m. Anm. Arndt, jurisPR-BKR 8/2015 Anm. 2; OLG Hamm, Urt. v. 11.12.2014 - I-5 U 60/14, 5 U 60/14; LG Osnabrück, Urt. v. 15.05.2015 - 7 O 2995/13). Der BGH hat dieses Scheitern nun mit einem Ausrufezeichen versehen und sein ablehnendes Judikat wie die Instanzgerichte auch mit der Staatenimmunität Griechenlands begründet.

Aber auch an Nebenkriegsschauplätzen hat der Zwangsumtausch griechischer Staatsanleihen die Justiz beschäftigt: Zum einen ist der Zwangsumtausch griechischer Staatsanleihen als in diesem Zusammenhang so beurteilte enteignungsgleicher Eingriff zumeist nicht vom Versicherungsschutz in der Rechtsschutzversicherung erfasst (LG Düsseldorf, Urt. v.

21.03.2013 - 11 O 397/12 - NJW-RR 2013, 1445), zum anderen sind die Klagen von Privatpersonen wegen des Zwangsumtausches von Staatsanleihen jedenfalls an die Republik Griechenland im Sinne des EUZVO zustellbar (EuGH, Urt. v. 11.06.2015 - C-226/13, C-245/13, C-247/13, C-578/13 - EuZW 2015, 633 „Fahnenbrock u.a./Hellenische Republik“).

Interessant ist vorliegend, dass die Kläger sich nicht gegen das den Zwangsumtausch ermöglichende Gesetz oder gegen den Beschluss der Gläubigermehrheit bzw. den Allgemeinverbindlichkeitsbeschluss des griechischen Ministerrats gewendet haben, sondern „nur“ gegen den konkreten Zugriff auf die alten Staatsanleihen zum Zwecke des Umtausches. Offenbar wurde ein Vorgehen auch gegen die übrigen Handlungen des griechischen Staates schon im Vorfeld als aussichtslos bewertet.

Zur angenommenen Reichweite des Grundsatzes der Staatenimmunität bleibt zu sagen, dass der BGH eine gerade an dieser Stelle äußerst stimmige Entscheidung vorgelegt hat. Die Staatenpraxis erkennt den Umfang der Staatenimmunität nur in einem sachlich begrenzten Bereich an. Sie unterscheidet dabei zwischen fremden Hoheitsakten (*acta iure imperii*) und nicht-staatlichem Handeln eines fremden Staates (*acta iure gestionis*), wobei nur fremde Hoheitsakte nicht der staatlichen Jurisdiktion eines anderen Staates unterliegen und die Unterscheidung grundsätzlich nach dem nationalen Recht des über die Immunität befindenden Gerichts zu treffen ist (Hillgruber in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 25 Rn. 28; Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, S. 180 f.; Kau in; Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 6. Aufl., S. 161, Roeder, JuS 2005, 215, 217). Da die Unterscheidung nach deutschem Verständnis wiederum anhand der objektiven Natur der staatlichen Handlung oder des entstandenen Rechtsverhältnisses zu erfolgen hat (BVerfG, Beschl. v. 30.04.1963 - 2 BvM 1/62 - BVerfGE 16, 27, 61 ff.; Ipsen, Völkerrecht, S. 181), hätte es recht merkwürdig angemutet, wenn der BGH die angegriffene Maßnahme des Zugriffs auf die alten Staatsanleihen als nicht-staatliche Handlung Griechenlands bewertet hätte, die Vorfeldmaßnahmen des Gesetzerlasses und des Gläubigerbeschlusses samt Allgemeinverbindlichkeitsbeschluss dagegen als griechischen Hoheitsakt. Schließlich ging es der Zielsetzung nach doch

um eine einheitliche Staatsumschuldung bzw. einen einheitlichen Schuldenschnitt, was indes durch mehrere Teilakte zu bewirken war. In diesem Zusammenhang ist dasjenige Argument, wonach bereits die in diesen Fällen äußerst schwierig zu bewerkstellende judikative Abgrenzung zwischen Hoheitsakten und nicht-staatlichem Handeln des Drittstaates auf eine gleichwohl mittelbare Überprüfung des Grundlagengesetzes zum Umtausch der Staatsanleihen hinaus- und somit jedenfalls dem Grundsatz der Staatenimmunität zuwiderliefe (Arndt, juris-PR-BKR 8/2015 Anm. 2), schlagend.

Im Nachgang zur vorliegenden Entscheidung ist im Zusammenhang mit griechischen Staatsanleihen und dem Grundsatz der Staatenimmunität übrigens ein Urteil des OLG Oldenburg (Urt. v. 18.04.2016 - 13 U 43/15) ergangen. Darin erachtet das OLG Oldenburg den Grundsatz der Staatenimmunität für nicht anwendbar, soweit die Gläubiger ihre Klage auf Rückzahlungsansprüche aus den ursprünglichen Staatsanleihen stützen; insoweit sei die Republik Griechenland nämlich nicht in ihrem hoheitlichen Aufgabenbereich betroffen. Die Berufung wurde gleichwohl als unbegründet angesehen, da dann zumindest festzustellen sei, dass der Rechtsstreit nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt.

Ein Schlaglicht wirft die vorliegende Entscheidung auch auf Collective Action Clauses, die im Rahmen der (vorinsolvenzlichen) Restrukturierung ganzer Staaten immer mehr an Bedeutung gewinnen. Auch wenn Staaten nicht in der Weise wie Unternehmen insolvent werden können, dass ihre Liquidation angeordnet wird, und - bislang - auch kein Insolvenzverfahren für Staaten existiert (vgl. Seitz, Umschuldungsklauseln (Collective Action Clauses) in Staatsanleihen des Europäischen Währungsraumes, 2014, S. 24; Ohler, JZ 2005, 590, 591 f.; Kluth, NZI 2015, 844), so kommt es doch - gewissermaßen als Königsweg - entscheidend darauf an, in schwierigen Zeiten die Schulden zu restrukturieren, um den Kapitaldienst für deren Rückzahlung zurückzuführen und damit die Zahlungsfähigkeit des Krisenstaates aufrecht zu erhalten. Ähnlich wie deutsche Unternehmen, die mangels eines deutschen vorinsolvenzlichen Restrukturierungstools derzeit in das Vereinigte Königreich pilgern, um in den Genuss eines Scheme of Arrangement mit der Möglichkeit der Entscheidung einer Gläubiger-

mehrheit und Bindung der Gläubigergesamtheit an die Sanierungsmaßnahmen zu kommen, ist die Lage für Krisenstaaten. Müssten sämtliche Gläubiger der jeweils zu restrukturierenden Staatsanleihen diesem Schritt zustimmen, käme kein Ergebnis zustande. Viele Gläubiger verzichten eben nicht freiwillig und blockieren so die dringend erforderliche Schuldenrestrukturierung (die Empirie spricht dabei von typischerweise 10% blockierenden Gläubigern, vgl. Seitz, Umschuldungsklauseln (Collective Action Clauses) in Staatsanleihen des Europäischen Währungsraumes, 2014, S. 25; Das/Papaioannou/Trebesch, IMF Working Paper WP/12/203: Sovereign Debt Restructurings - 1950 - 2010, 2012, S. 38). Das Interesse der blockierenden Gläubiger liegt darin, die Rückzahlung der Staatsanleihen zum Nennwert zu erreichen, somit eine finanzielle Sonderbehandlung zu erhalten (vgl. Nodoushani, WM 2012, 1798, m.w.N.).

Die Bedeutung von Collective Action Clauses wächst jedenfalls über den vorliegenden Themenkreis hinaus weiter; schließlich sind sie mittlerweile zentraler Bestandteil des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), vgl. Art. 12 Abs. 3 ESMV. Danach können alle neuen Staatsanleihen des Euro-Währungsgebiets Collective Action Clauses enthalten. Klarstellend ist allerdings darauf hinzuweisen, dass fixe Collective Action Clauses der Republik Griechenland vor allem bei der Umschuldung der nach ausländischem Recht begebenen Staatsanleihen halfen, dort also bereits in den Anleihebedingungen beinhaltet waren, während im vorliegenden Fall Collective Action Clauses für Staatsanleihen nach griechischem Recht erst durch die nachträgliche gesetzliche Anordnung zur Verfügung gestellt wurden (vgl. Benninghofen, Die Staatsumschuldung, 2014, S. 128; Thole, WM 2012, 1793).

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Der vorliegenden Entscheidung kommt zweifellos eine gewisse Bedeutung zu. Nicht umsonst hatte das OLG Frankfurt die Revision mit der Begründung zugelassen, dass zahlreiche Klagen gegen die griechische Republik mit einem gleichgelagerten Sachverhalt vorliegen, die eine einheitliche Entscheidung des BGH als erforderlich erscheinen lassen.

Da die europäische Finanz- und Staatsschuldenkrise auch noch keineswegs gebannt ist, erscheint es ehemals über griechische Staatsanleihen hinaus nicht ausgeschlossen, dass künftig über den Zwangsumtausch von Staatsanleihen anderer Staaten zu befinden ist. In puncto Staatenimmunität sind dann mit der vorliegenden Entscheidung des BGH die entsprechenden Pflöcke bereits eingeschlagen.