

Prof. Dr. Nonnenmacher

Ergänzende Einlassung

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

Hohes Gericht!

In meiner Einlassung bin ich kurz auf die Situation bei meinem Eintritt in die Bank, auf über mein Ressort als Finanzvorstand hinausgehende Themen, auf die allgemeine aufsichtsrechtliche Risikoerfassung unter Basel I und auf meine Befassung mit Omega 55 eingegangen.

Nach dem Hinweisbeschluss scheint das LG vorläufig davon auszugehen, dass die Omega 55 Transaktion ihr Ziel, nämlich eine regulatorische Entlastung unter Basel I zum Stichtag 31.12.2007, nicht erreichen konnte.

Des Weiteren geht das LG vorläufig offenbar davon aus, der Vorstand einer Großbank dürfe sich nicht auf seine eigene Einschätzung und das in einer Kreditvorlage dargelegte zweifelsfreie positive Votum seiner eigenen Rechtsabteilung zur Wirksamkeit der regulatorischen Entlastung verlassen.

Da ich in meiner ersten Einlassung nur allgemein auf das Thema regulatorische Arbitrage eingegangen war, möchte ich nun ausführlicher erläutern, wie ich die konkrete Omega-Transaktion, so wie sie in dem Kreditantrag NewCoSPV beschrieben wurde, damals wahrgenommen und grundsätzlich vor dem Hintergrund meiner Erfahrung eingeordnet habe. Um mich zu vergewissern, dass ich hinsichtlich der Ende 2007 geltenden Regeln und der gelebten Praxis nichts Falsches behauptete, hat Prof. Dr. Wagner einen Experten auf diesem Gebiet gebeten, dies zu überprüfen und gutachterlich zu bestätigen.

Das Gutachten – erstattet von Prof. Dr. F. Schäfer – übergebe ich dem Gericht nach dieser kurzen Ergänzung meiner bisherigen Einlassung und nehme darauf Bezug. Ich sehe durch das Gutachten meine damalige Sicht auf die aufsichtsrechtliche Wirkung der Omega 55 –Transaktion vollumfänglich bestätigt.

I. Regulatorische Arbitragestrukturen unter Basel I

Ich möchte zunächst völlig abstrakt und losgelöst von Omega 55 eine Grundstruktur erläutern, die mir insbesondere aus dem Conduit-Markt 2007 bekannt war und von größeren Banken in teils sehr großem Umfang, umgesetzt worden war.

Eine deutsche Bank A konnte 2007 unter dem geltenden Grundsatz I ein zu 100% anzurechnendes Kreditrisiko aus Ihrer Bilanz an eine andere Bank B – „physisch“ (das soll heißen: vollständig mit Bilanzabgang) oder synthetisch (über einen CDS)– verkaufen. Aufgrund der Komplexität und Kosten erfolgte dies zumeist synthetisch und in größeren Volumina.

Bank B konnte dieses Risiko in eine zu gründende oder bestehende Zweckgesellschaft C überführen, die von A nicht zu konsolidieren war.

Die Refinanzierung der Zweckgesellschaft erfolgte primär und unter normalen Marktbedingungen über weitere Partner D (zB über CP-Programme oder Repo-Geschäfte).

Des Weiteren stellte A der Zweckgesellschaft C eine unterjährige Kreditlinie zur Verfügung. Die Bereitstellungsgebühr hierfür war typischerweise sehr gering.

Mein Verständnis dieser Struktur Ende 2007

Durch den Abschluss des CDS – im Falle des synthetischen Risikotransfers - war das Risiko des zugrundeliegenden Kreditportfolios bei Bank A nicht mehr mit 100% sondern nur noch mit 20% anzurechnen.

Nach Grundsatz I war weiter eine unterjährige Kreditlinie – genauer der nicht in Anspruch genommene Teil - anrechnungsfrei.

Im aufsichtsrechtlichen Ergebnis führte diese Transaktion – bei „technisch“ korrekter Umsetzung - somit nach meinem damaligen und heutigen Verständnis zu einer regulatorischen Entlastung bei Bank A von 80%.

Prof. Dr. Schäfer hat dies in seinem beiliegenden Gutachten bestätigt.

Aus meiner damaligen Kenntnis Ende 2007 erlaubten die in der aufsichtsrechtlichen Praxis angewendeten Anforderungen und Regeln derartige Strukturen.

Dies wird auch in verschiedenen offiziellen Dokumenten der BaFin genau wie der FSA thematisiert und durch den damaligen Präsidenten der BaFin Jochen Sanio in einer Rede 2009 auf der Fachtagung Corporate Governance bei Banken des KPMG Audit Committee Institute, abrufbar auf der website der BaFin, ex-post wunderbar auf den Punkt gebracht, in der er genau die Einbindung von Zweckgesellschaften zur Kreditrisikoauslagerung und die Verwendung von unterjährigen Liquiditätsfazilitäten als zentrale Mittel der regulatorischen Arbitrage unter Basel I benennt und darlegt: *„Regulierungslücken, die wir erkannt haben, können wir in der Aufsichtspraxis nicht einfach im Ermessenswege schließen. Diese Einschränkung gilt jedenfalls in einem Rechtsstaat wie dem deutschen, wo Behörden nicht ohne gesetzliche Grundlage handeln dürfen.“*

Ich übergebe auch den Text dieser Rede zur Stützung meiner heutigen Einlassung.

Im Ergebnis wurden derartige Geschäfte von der BaFin und den Abschlussprüfern akzeptiert oder zumindest toleriert.

Abschließend hierzu erscheint es mir auch wichtig zu betonen, dass die damals in der aufsichtsrechtlichen Praxis hier konkret anzuwendenden Anforderungen und Regeln einer einfachen Mechanik folgten und somit keinerlei Spezialwissen erforderten. Dass Kreditrisiken aufsichtsrechtlich wirksam durch synthetische CDS auf andere Marktteilnehmer verlagert werden konnten und dass unterjährige Kreditlinien keine aufsichtsrechtliche Kapitalbindung bewirkten, war mir damals Ende 2007 selbstverständlich – auch aus meiner früheren beruflichen Tätigkeit - bekannt. Auch die Produkte CDS und Liquiditätsfazilität sind damals für eine Großbank Standardprodukte gewesen.

Im Übrigen beschäftigte sich der Vorstand der HSH-Nordbank AG am 20. November 2007 mit einer oben beschriebenen Conduit Lösung zur Auslagerung eines synthetisches CDO-Portfolios in Höhe von 2,1 Mrd. €. Dies allerdings primär mit Blick auf GuV-Auswirkungen und nur sekundär mit Blick auf die RWA-Reduzierung. So heißt es dort (SB 8 Fach 6 Bl. 18):

„Positiv zu berücksichtigen ist, dass der Asset-Transfer bei gleichzeitiger Stellung einer Liquiditätsfazilität unter Basel I zu einer entsprechenden RWA-

Entlastung führt, sofern wir nicht sofort aus der Liquiditätszusage in Anspruch genommen werden.“

Das Wissen über derartige Conduit-Strukturen war in der Bank vorhanden.

Derartige Arbitragegeschäfte waren im Übrigen – und dies wird gern vergessen - auch weiter unter Basel II möglich, wenn auch nicht mehr ganz so attraktiv, da unterjährig zur Verfügung gestellte Kreditlinien nun zumindest partiell regulatorisch auf den Eigenkapitalbedarf anzurechnen waren.

II. Meine Wahrnehmung von Omega 55 im Hinblick auf die aufsichtsrechtlichen Anforderungen

In dem Kreditantrag zur Gewährung einer Liquiditätsfazilität an NewCoSPV wurde eine von den beantragenden zuständigen Marktbereichen beabsichtigte Gesamt-RWA-Transaktion, bestehend aus dem sog. A- und B-Teil, beschrieben. Das Kreditvolumen von 2 Mrd. € entsprach knapp 1% der Bilanzsumme und bewegte sich nicht in einer ungewöhnlich hohen Größenordnung. Ende 2007 hatte die Bank vom Volumen her auch deutlich höhere RWA-Transaktionen abgeschlossen.

Die Beschreibung der RWA-Entlastungs-Transaktion im Markt- bzw. KRM-Votum des NewCoSPV-Antrages entsprach aus meiner damaligen Sicht völlig den marktüblichen Arbitragestrukturen. Auch die Begründung und Herleitung der regulatorischen Eigenkapitalentlastungswirkung in Höhe von 128 Mio. € - also eine 80%-RWA-Entlastung des zugrundeliegenden Kreditportfolios – in der NewCoSPV-Vorlage folgte vollständig den mir bekannten und der in der aufsichtsrechtlichen Praxis damals anzuwendenden Anforderungen und Regeln.

Somit sah ich meine persönliche Sichtweise und Einschätzung dieses Geschäftes in der Kreditvorlage vollkommen bestätigt.

Auch der vom Gericht bestellte Sachverständige Prof. Dr. Hellmich, der früher bei Barclays regulatorische Arbitragestrukturen für Kunden erarbeitete und heute als Professor an der Frankfurt Business School auch für das Thema Regulierung zuständig ist, hat in der Hauptverhandlung bestätigt, dass seines Erach

tens aus Kenntnis der Kreditvorlage heraus Omega 55 regulatorisch Ende 2007 anerkannt worden sei.

III. Meine Wahrnehmung der Einbindung der Rechtsabteilung

Für die Würdigung der aufsichtsrechtlichen Wirkung der Transaktion war die marktunabhängige und deshalb auch an den CEO berichtende Rechtsabteilung zuständig. Ich hatte seit meinem Eintritt am 1.10.2007 keinerlei Hinweise darüber, das es irgendwelche Zweifel an der Kompetenz im Rechtsbereich gegeben hatte oder gab oder sich im Nachhinein jemals eine aufsichtsrechtliche Einschätzung von diesem als falsch herausgestellt hatte. Auch hatte ich keinerlei Hinweise, dass die Einbindung der Rechtsabteilung jemals rechtlichen Anforderungen nicht entsprochen hatte. Auch die Zeugin Burkert von der BaFin hat die hervorragende Sachkunde der aufsichtsrechtlichen Mitarbeiter der Bank in der Hauptverhandlung betont.

Die Einbindung der Rechtsabteilung – bei Nichtstandardkreditvorlagen gefordert durch die MaK/MaRisk und gemäß interner Bank-Richtlinien – und ihr positives und zweifelfreies Votum finden sich an verschiedenen Stellen des Markt-
votums. Des Weiteren findet sich im marktunabhängigen Marktfolgevotum die Bestätigung der Entlastungswirkung. Es wird darauf verwiesen, dass die Rechtsabteilung die term sheets geprüft hat, und explizit mit Blick auf die Liquiditätsfazilität wird nochmals darauf hingewiesen, dass diese unter Basel I ein 0% Gewicht erhält. Natürlich bin ich davon ausgegangen, dass die Mitarbeiter von KRM sich von diesen Aussagen auch im Rahmen Ihrer Prüfung überzeugt hatten.

Die Kreditvorlage NewCoSPV informierte mich darüber, dass die gesamte Transaktion den marktunabhängigen NPNM-Prozess durchlaufen hatte. Das zugehörige NPNM-Votum empfiehlt explizit die Freigabe dieses Einzelgeschäftes zur RWA-Entlastung.

In allen drei Voten finden sich zahlreiche Hinweise über die Einbindung der Rechtsabteilung und dass diese den Transaktionsprozess incl. der Dokumentation bis zum Abschluss der Transaktion begleiten würde, so dass für mich sichergestellt war, dass die Rechtsabteilung darauf achtet, dass die einmal –vorläufig

auf noch nicht finalisierten Dokumenten – bejahte aufsichtsrechtliche Wirkung auch final Bestand haben würde. Selbstverständlich hätte sonst eine Rücksprache mit den Entscheidungsträgern erfolgen müssen.

Die Einbindung der Rechtsabteilung erfolgte nach meiner damaligen Wahrnehmung in völliger Übereinstimmung mit den geltenden rechtlichen Anforderungen. Soweit Kreditanträge überhaupt unter Risikogesichtspunkten von der Rechtsabteilung zu prüfen waren, musste dies nicht bei Beschlussfassung des Vorstandes über eine Kreditvorlage schon geschehen sein.⁶ Dies war auch gerade bei Transaktionen im Verbriefungsumfeld oder bei Transaktionen, die zeitlich ambitioniert waren, nicht üblich bzw. nicht möglich, weshalb dann eine Richtungsentscheidung auf vorläufigen Dokumenten mit den wesentlichen Eckdaten erfolgte. Es bedurfte einer rechtlichen Prüfung der Kreditverträge vor deren Abschluss durch die Rechtsabteilung. Gerade dies war aus meiner Sicht durch eine der Bedingungen unter denen der Kreditantrag von den Entscheidungsträgern genehmigt wurde: „*A satisfactory legal review of the documentation by BU Legal and Compliance is required*“ sichergestellt. Bei Abweichungen von den zuvor genehmigten Eckdaten war selbstverständlich eine erneute Befassung der Entscheidungsträger notwendig.

Die bisherige Beweiserhebung hat nach meinem Verständnis bestätigt, dass ich persönlich weder in die Vorbereitung, Ausgestaltung, Umsetzung noch die Überwachung der Transaktion eingebunden war.

Da in den Überlegungen des LG offenbar der sogenannte „unwind letter“ und „side letter“ eine Rolle spielen, möchte ich hier nochmals betonen, dass ich von diesen beiden Dokumenten weder vor noch am 19.12.2007 und auch danach bis zum vorliegenden Strafverfahren keinerlei Kenntnis hatte, auch nicht vom Hörensagen.

In der Kreditvorlage NewCoSPV war eine RWA-Transaktion bestehend aus zwei Teilen beschrieben. Ich bin damals davon ausgegangen, wie bereits früher dargelegt, dass die gesamte Transaktion in 2007 abgeschlossen würde. Da der B-Teil auf den A-Teil referenziert, nahm ich an, dass die wirtschaftliche Einigung und somit der Abschluss beider Teile „zeitgleich“ erfolgen würde.

Im Übrigen habe ich bereits früher ausgeführt und bin bis heute dieser Überzeugung, dass ich an der Kreditentscheidung NewCoSPV nicht mitgewirkt habe.

Zusammenfassend ergaben sich aus meiner Kenntnis der Abläufe und der üblichen Arbeitsorganisation der Bank und aus meinen Kenntnissen der

auch aufsichtsrechtlich kontrollierten Praxis und der dort anzuwendenden Anforderungen und Regeln keinerlei Anhaltspunkte für irgendwelche Zweifel an der regulatorischen Entlastungswirkung der Omega 55 Transaktion oder einer nicht sachgemäßen Einbindung der Rechtsabteilung.

Auch in der Folgezeit sind mir gegenüber keine Zweifel an der regulatorischen Wirksamkeit der Omega 55 Transaktion geäußert worden - weder durch den damaligen Wirtschaftsprüfer BDO, die gemäß dem Rundschreiben 10/99 der BaFin, über diese Transaktionen dieser Bericht erstatten mussten, noch durch die KPMG die im Zuge des Jahresabschluss 2008 „restatements“ für den Jahresabschluss 2007 hätte vornehmen müssen. Im Frühjahr 2008 erfolgte des Weiteren eine umfängliche Prüfung aller RWA-Transaktionen durch die Bundesbank im Auftrag der BaFin. Auch vor dem Hintergrund, dass einzelne Prüfer heute in der Hauptverhandlung meinen, die Transaktion nicht genau geprüft zu haben, wurde die Entlastungswirkung gegenüber mir nie in Frage gestellt. Im Übrigen hat sie auch bis heute tatsächlich in der Bilanz der Bank Bestand.

Auch keiner der Zeugen hat in der Hauptverhandlung dargelegt, dass und warum eine Anerkennung nicht eintreten konnte. Ex-post Gutachten im Rahmen der Hauptverhandlung wie von DLA Piper oder Prof. Dr. Schäfer unter Einbeziehung der Vertragsdokumente kommen zu dem Schluss, die Entlastungswirkung sei eingetreten. Und auch die Urkunden zeigen objektiv, dass die Rechtsabteilung bis zum Abschluss umfänglich in die Transaktion eingebunden war und die vorläufige positive Stellungnahme von Ende November 2007 im Übrigen genau den oben skizzierten einfachen aufsichtsrechtlichen Regeln folgte. Noch am 23. Januar 2008, also vor dem tatsächlichen Abschluss der Transaktion am 24. Januar 2008, fasste die zuständige Mitarbeiterin der Rechtsabteilung ihr Verständnis der Gesamttransaktion in einer e-mail inhaltlich korrekt zusammen. Zweifel an der aufsichtsrechtlichen Wirkung wurden nicht geäußert.

IV. Was wäre wenn?

Es ist immer möglich, dass das unternehmerische Ziel mit einer Transaktion schlussendlich nicht erreicht wird. Wenn ich mir die hypothetische Frage („was könnte schief gehen“) im Rahmen meiner Beschäftigung mit der Kreditvorlage NewCoSPV gestellt hätte – so wie ich es bei jeder Risikoentscheidung zu tun pflegte -, hätte sich mir in einfacher Weise folgendes Worst-Case-Szenario geboten:

Für den rein hypothetischen Fall einer nachträglichen Nichtanerkennung der angestrebten RWA-Entlastung hätte die HSH die Transaktion aufgrund ihrer vertraglichen Kündigungsoptionen – die es der Bank ja ermöglichten, in Abhängigkeit von verschiedenen weiteren Entwicklungen hierauf zu reagieren – sofort gekündigt. Im Ergebnis hätte sie ab diesem Zeitpunkt weiter in einen aus meiner Sicht völlig vertretbaren defensiven AAA-STCDO aus der Realwirtschaft investiert und wieder den vollen Ertrag aus dem abgesicherten Kreditportfolio eingenommen. Über die hohe Qualität des in der Kreditvorlage beschriebenen STCDO-Investments, dessen marktgerechten Abschluss und dass man diesen aus ökonomischen Gründen niemals aufgelöst hätte, hat Prof. Dr. Hellmich als Sachverständiger überzeugend berichtet. Während der Laufzeit der Gesamttransaktion hatte die Bank – gemäß den Ausführungen zu den Kosten in der Kreditvorlage – immer noch einen positiven Ertrag eingenommen. Ein Schaden wäre nicht eingetreten.

Selbst unter Opportunitätskostengesichtspunkten hätte die Bank maximal die Marge auf das Portfolio abzgl. der anteiligen genannten 3 Mio. € jährlich nicht eingenommen. Berücksichtigt man, dass Bereiche ihre Limite in 2007 seit geraumer Zeit im Zuge von abgeschlossenem Mehrgeschäft überschritten hatten und damit entsprechende Mehrerträge verdient hatten, war es plausibel anzunehmen, dass nicht einmal derartige Opportunitätskosten anfallen würden. Im Übrigen lag die Risiko- und die Ertragsverantwortung – wie dies auch die BDO auf Seite 60 Ihres Jahresabschlussberichtes 2007 korrekt vermerkt – genau wie die Transaktionsverantwortung in den Markt- und Handelsbereichen.

Es wäre dann – ggf. auch rückwirkend – durch die BaFin zu einer – ggf. teilweisen – Korrektur der Kapitalquote um ca. 0,1% gekommen. Dies wäre erst in 2008 – wohl frühestens im Rahmen des Jahresabschlusses durch die BDO im Frühjahr 2008 – , als sich bereits die erwarteten positiven Basel II Effekte auf Gesamtbankebene eingestellt haben würden, erfolgt.

Die Unsicherheit mit Blick auf die Jahresend-RWAs bestand im 4. Quartal 2007 aus sehr vielen unterschiedlichen Faktoren und nahm sukzessive zum Jahresende hin ab. Dem Aufsichtsrat war am 10.12.2007 dargelegt worden, dass durch die bis dahin eingeleiteten zahlreichen und unterschiedlichsten Maßnahmen bei der Jahresendkapitalquote aktuell eine Unsicherheit von ca. 0.3% gesehen wurde und weitere Maßnahmen in der Umsetzung waren. Auch war sich der Vorstand über Unsicherheiten im Hinblick auf die Umsetzung einzelner RWA-

Entlastungsmaßnahmen durchaus bewusst, weshalb er alle Maßnahmen, insbesondere solche, die allein in der Verantwortung der Bank lagen, wie etwa Neugeschäftseinschränkung, Syndizierungen und technische Abbildungsbesserungen forciert hatte.

Die vom Vorstand im September 2007 eingeleiteten unterschiedlichen Maßnahmen zur RWA-Reduzierung bis zum 31.12.2007 haben objektiv das beabsichtigte Ziel erreicht. Omega 55 war hierbei ein Mosaikstein, dessen regulatorischer „Erfolg“ – an dem ich keinerlei Zweifel hatte – für das Erreichen des eigentlichen RWA-Ziels nicht von existentieller Bedeutung für die Bank war. Ebenso konnte ein möglicher Nichtabschluss oder Misserfolg von Omega 55 – auch ökonomisch – niemals auch nur näherungsweise existenzbedrohend für die Bank werden.

Einen möglichen Schaden für die Bank habe ich nicht ansatzweise erkennen können, auch nicht erkannt und schon gar nicht billigend in Kauf genommen. Da es mein Ziel mit vielen anderen zusammen war, die Bank besser und zukunftssicherer aufzustellen, wäre dies einfach unerklärlich gewesen.

Im Übrigen war das grundsätzliche Thema einer Stärkung der Kapitalquote parallel durch eingeleitete Kapitalmaßnahmen und Gespräche mit den Anteilseignern über kurzfristig durchzuführende Kapitalmaßnahmen für den unwahrscheinlichen Börsengang in 2008 bereits in Angriff genommen.

V. Schlußbemerkung:

Ende 2007 war durch den spezifischen Fokus auf subprime-Engagements, erstmalige IFRS-Bilanzierung und sukzessive Umstellung auf Basel II eine bisher nie dagewesene sehr besondere Zeit mit vielen Herausforderungen für die Finanzwelt im Allgemeinen und für einzelne Institute wie die HSH im Besonderen. In einem solchen Umfeld sind viele wichtige unternehmerische Entscheidungen zeitnah zu treffen und der Vorstand hat keine Möglichkeit, sich Jahre – wie die Justiz in einem Strafprozess – mit einer einzigen Entscheidung – und hier auch noch fokussiert auf den einzigen Aspekt, nämlich der regulatorischen Wirksamkeit, auseinanderzusetzen.

Bis heute verstehe ich nicht, wie das Landgericht die regulatorische Unwirksamkeit von Omega 55 rückwirkend begründen möchte. Dies kann allenfalls aus den englischen Vertragsdokumenten hergeleitet werden, die ich nicht kannte und

für meine Abzeichnung der Kreditvorlage auch nicht heranziehen musste, wenn nicht rückwirkend alle regulatorischen Transaktionen unter Strafe gestellt werden sollen. Zwei Dinge erscheinen mir jedoch nach dem Verlauf der Hauptverhandlung klar:

1. Selbst wenn meine damalige Sicht rechtlich unrichtig gewesen wäre, wäre dies jedenfalls niemals „offensichtlich“ oder aus einem anderen Grund für mich erkennbar gewesen, bedenkt man insbesondere, dass auch heute noch namhafte internationale Kanzleien und unabhängige Sachverständige die regulatorische Wirkung bejahen. Es bleibt mir unverständlich, wie ein möglicher Pflichtverstoß von mir als Nicht-Ressort-Vorstand, der darüber hinaus die Kreditentscheidung nur zur Kenntnis genommen hat, darin bestehen könnte, ich hätte mich nicht detailliert von der Rechtsabteilung über die – subjektiv für mich zweifelsfreie – regulatorische Wirksamkeit informieren lassen, zumal die Rechtsabteilung bis zum Transaktionsabschluss und nach meiner – gutachterlich bestätigten – Wahrnehmung nach allen geltenden Regeln korrekt eingebunden war und keine Zweifel äußerte.

2. Hätte ich damals rein hypothetisch etwa DLA Piper gebeten die regulatorische Wirkung detailliert zu beurteilen, hätten diese die regulatorische Wirkung genauso bejaht wie heute unter Zugrundelegung des gesamten ex-post Wissens und der Kenntnis der umfangreichen Vertragsdokumente. Wie aber bereits dargelegt, gab es für mich aus meiner Erfahrung und aus der Beschreibung der Transaktion in der Kreditvorlage NewCoSPV keinerlei Zweifel an der Wirksamkeit dieser aus dem Markt heraus bekannten Grundstruktur einer regulatorischen Arbitrage oder an einer nicht sachgemäßen Einbindung der Rechtsabteilung.

Da ich das Gutachten Prof. Dr. Schäfers zum Gegenstand meiner Einlassung mache, trage ich es jetzt vor, es sei denn das Gericht ist damit einverstanden, dass Prof. Dr. Wagner dies in meinem Namen tut.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.