

6/2009

Schriftleitung:

Andreas Konecny
Herbert Fink
Gunther Nagele
Otto Zotter



Die ZIK 2010
hebt sich ab!

Heft bitte wenden!

Romana Weber-Wilfert:

Austritt wegen Entgeltvorenthalts vor Konkurseröffnung

Gert-Peter Reissner:

Die Absonderungsansprüche der Betriebs- pensionisten gemäß § 11 BPG

Wolfgang Zagler:

Vermögensverzeichnis und Aussageverweigerung des Gemeinschuldners

ZIK International

Günther Dobrauz:

Das US-amerikanische Clawback-Verfahren im Gefolge von Konkursen betrügerischer Investmententitäten

Judikatur

Bloße Bekanntgabe der Zahlungsunfähigkeit durch den
Arbeitgeber löst keinen Austrittsstopp aus

Internationale Zuständigkeit für insolvenznahe Prozesse

Insolvenzrecht

& Kreditschutz

6/2009

15. Jahrgang

Schriftleitung: RA Univ.-Doz. Dr. Herbert Fink, Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny,
RA Dr. Gunther Nagele, Mag. Otto Zotter (KSV1870)

Beirat: WP/StB Dr. Alfred Brogyányi, Dr. Erhard Grossnigg,
RA Dr. Herbert Hochegger, RA Dr. Alexander Isola, RA Dr. Johannes Jaksch,
Dr. Hans-Georg Kantner (KSV1870), RA Dr. Norbert Kosch, Abt. Leiter Dr. Franz Mohr (BM)),
o.Univ.-Prof. Dkfm. Dr. Josef Mugler, RA Dr. Wolfgang Putz, o.Univ.-Prof. Dr. Walter H.
Rechberger, RA Dr. Stephan Riel, RA Dr. Peter Schulyok, RA Univ.-Prof. Dr. Hubertus
Schumacher, Dr. Hannes Seiser (LG Innsbruck), Prof. Dr. Heinz Vallender (AG Köln),
RA Dr. Karl Ludwig Vavrovsky, Min.-Rat Dr. Klaus Wimmer (dBMJ)

Redaktion: Mag. Katharina Bacher, 1030 Wien, Marxergasse 25
Tel. 01/534 52-1552, E-Mail: katharina.bacher@lexisnexis.at

Abonentenservice: Tel. 01/534 52-5555, Fax 01/534 52-141, bestellung@lexisnexis.at

ZIK aktuell S. 181

Austritt wegen Entgeltvorenthaltis vor Konkurseröffnung
(Romana Weber-Wilfert) S. 182

Die Absonderungsansprüche der Betriebspensionisten gemäß § 11 BPG
(Gert-Peter Reissner) S. 185

Vermögensverzeichnis und Aussageverweigerung des Gemeinschuldners
(Wolfgang Zagler) S. 188

Das Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009 – Neuregelung der Hauptversammlung
(Christian Knauder/Katja Sima) S. 190

ZIK International

Neueste UNCITRAL-Entwicklungen auf dem Gebiet des Insolvenzrechts
(Alexander Klausner) S. 194

**Das US-amerikanische Clawback-Verfahren im Gefolge von Konkursen betrügerischer
Investmententitäten, illustriert anhand aktueller Beispiele**
(Günther Dobrauz) S. 196

Fachliteratur S. 200

Judikatur

Konkurseröffnung und Parteifähigkeit.....	203	Forderungsanmeldung: Formerfordernisse/Vertretung.....	211
Grundbuchsverfahren: Masseverwalter bei Bewilli- gung des Schuldnerantrags nicht beschwert.....	203	Prüfungsprozess: Unzuständigkeit und Rekursstatthaftigkeit... 211	
Bloße Bekanntgabe der Zahlungsunfähigkeit durch den Arbeitgeber löst keinen Austrittsstopp aus	203	Wiederaufnahmsantrag im Konkurs und Frist.....	211
Keine Unterbrechung des Verfahrens zur Erzwingung der Rechnungslegung durch einen Hausverwalter	206	Zahlungsplan und Unterhaltsbemessung	212
Keine Unterbrechung des Einzelanfechtungs- prozesses eines Absonderungsgläubigers	206	Internationale Zuständigkeit für insolvenznahe Prozesse	212
Wirkung des Rücktritts von einem zweiseitigen Vertrag.....	207	Maßgebliche Zeitpunkte und Fristen bei der Einzelanfechtung	213
Konkursanfechtung: Finanzierungsleasing und Zug-um-Zug-Geschäft	207	Anfechtung einer Schenkung und Anfechtungsfrist	214
Voraussetzungen für die Anfechtung eines nachteiligen Rechtsgeschäfts.....	209	Rechtsnatur und Verjährung der Sicherung bei Arbeitgeberinsolvenz.....	214
Tod eines Unterhaltspflichtigen und Zahlungsunfähigkeit	209	„Stehenlassen“ von Ansprüchen und Insolvenz-Entgelt	214
Eröffnungsverfahren: keine Zustellung an Prokuristen	210	Kein Anspruch auf neuerliche Bankgarantie nach „Verbrauch“ der ersten	215
Konkurseröffnung und Rekursfrist	210	Massenschädigung von Anlegern und Rechtsschutz- versicherung.....	215
Enthebung eines Masseverwalters wegen fehlender Unabhängigkeit.....	210	Versteigerung mehrerer Liegenschaftsanteile und Vorzugspfandrecht.....	216
		Kein Verbot an Bestandgeber bei Exekution auf ein Unternehmen	216

Impressum S. 184

gruppen im Allgemeinen betreffenden, einen zweiten über Insolvenzen in rein nationalen Konzernen und einen dritten Abschnitt zu Insolvenzen in multinationalen Konzernen. Inhaltlich befasst sich der Guide mit Themen wie gemeinsame Antragstellung zur Verfahrenseröffnung, Koordination von Verfahren, *post-commencement finance*, Anfechtungsbestimmun-

gen und Verwalterbestellung. Von zentraler Bedeutung ist der durchaus kontroversiell diskutierte Abschnitt über *substantive consolidation*, also die Frage, unter welchen Voraussetzungen es ausnahmsweise gerechtfertigt erscheint, zwei oder mehrere Konzerngesellschaften in der Insolvenz so zu behandeln, als würden sie eine einzige Insolvenzmasse bilden.



Der Autor:

Dr. Alexander Klausner ist Rechtsanwalt bei Brauneis Klausner Prändl, Wien. Daneben ist er als Lektor für Europäisches Zivilprozessrecht an der Universität Wien und der Anwaltsakademie tätig.

Publikationen des Autors:

EuGVÜ und EVÜ, *ecolx Spezial* (1999); Kapitel Austria in Broude et al, *Collier International Business Insolvency Guide* (2001); JN-ZPO II – Europäisches Zivilprozessrecht (2002); JN-ZPO¹⁶ (2006) (gem mit Georg E. Kodek); Kommentierung von Art 66 – 76 EuGVVO in Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz*², Bd V/1 (2008); Kommentierung von Art 1-3 EuInsVO in Konecny/Schubert, *KO* (2009); Mitherausgeber von Fucik/Klausner/Kloiber, *ZPO*¹⁰ (2009).

■ ZIK 2009/285, 196

Das US-amerikanische Clawback-Verfahren im Gefolge von Konkursen betrügerischer Investmententitäten, illustriert anhand aktueller Beispiele

Werden im Rahmen eines betrügerischen Anlagesystems Investorengelder veruntreut, stellt das Recht der USA dem Masseverwalter mit dem Institut des Clawback-Verfahrens ein Instrument zur Verfügung, das es ermöglicht, vor Konkurs an einen Teil der Investoren ausbezahlte, sogenannte falsche Profite sowie teilweise sogar rückgeführte Initialinvestitionen zurückzufordern. Gutgläubigkeitseinreden sind, soweit überhaupt zulässig, nur unter sehr strengen Voraussetzungen möglich, zusätzlich können uU selbst indirekte Investoren und Mittelspersonen in Anspruch genommen werden. In jüngster Zeit ist das Clawback-Verfahren uA in den Betrugsfällen Bayou sowie Madoff zur Anwendung gekommen.

Dr. Günther Dobrauz, MBA
Zürich

1. Hintergrund

Neben der allgemeinen Hypothekar- und Finanzkrise standen die letzten Monate aus Sicht der Investmentindustrie ganz im Zeichen des Madoff-Skandals. Nachdem aus heutiger Sicht klar ist, dass es sich dabei um das wohl bisher größte *Ponzi Scheme*,¹⁾ also fraudulente Schneeballsystem, der Geschichte handelt²⁾ und das Urteil über Bernard L. Madoff gefällt ist, ist nun der Masseverwalter am Zug. Bei seinem Versuch, einen möglichst großen Teil der veruntreuten Summen wiederzuer-

langen, bedient er sich ua auch des sog *Clawback*-Verfahrens. Dadurch können nicht nur Investoren, die aufgrund von Insiderinformationen oder in Kollusion mit den Betreibern des betrügerischen Systems noch kurz vor dessen Implosion Mittel abgezogen haben, sondern auch solche, die in vermeintlich gutem Glauben und teilweise Jahre vor Konkurseintritt scheinbare Gewinne aus ihren Anlagen realisiert haben, gehalten werden, diese zu retournieren. Zusätzlich verschärfend wird teilweise nicht nur die Rückgabe dieser „falschen Profite“ gefordert, sondern auch versucht, auf das ursprünglich eingesetzte Kapital und auf Investoren, die lediglich indirekt und zum Teil sogar ohne deren Wissen im Wege sogenannter *Feeder Funds* oder via Dachfonds veranlagt waren, zurückzugreifen. Es ist anzunehmen, dass auch in Österreich eine Reihe von Investoren von dieser Thematik betroffen ist.

1) Benannt nach *Charles Ponzi* (1882–1949), der in den 1920er Jahren mit einem ähnlichen System zu zweifelhafter Bekanntheit gelangte. Vgl dazu ausführlich *Zuckoff*, *Ponzi's Scheme. The True Story of a Financial Legend* (2005).

2) Vgl *Nahum*, *Madoff: Implications for Hedge Funds in 2009*, *The Hedge Fund Journal* 2009, 18.

2. Das Clawback-Verfahren nach US-amerikanischem Recht

Im weitesten Sinne versteht man unter *Clawback* ein Vorgehen, welches die Rückerlangung von Zahlungen einer fraudulenten Entität – für die Zwecke dieser Darstellung eines Investmentvehikels in Fondsgestalt – an ihre Investoren, welche vor Aufdeckung der betrügerischen Umstände erfolgt sind, bezweckt. Dazu kann der Masseverwalter diese Verfügungen gem dem US Bankruptcy Code³⁾ anfechten.⁴⁾ Die wiedererlangten Mittel sollen wiederum der Konkursmasse zugeführt und entsprechend der Prioritäten gem Bankruptcy Code an die Gläubiger verteilt werden.

Clawback-Ansprüche lassen sich hierbei in zwei Kategorien unterteilen: solche basierend auf *preference* und solche infolge von *fraudulent conveyance* (s dazu auch Abb 1).⁵⁾

2.1. Clawback basierend auf preference

Diese erste Kategorie erfasst Fälle von Auszahlungen an Investoren, welche innerhalb von 90 Tagen vor Konkursanmeldung erfolgt sind. In diesem Fall wird von Gesetzes wegen eine Bevorzugung (*preference*) dieser Investoren gegenüber den verbliebenen angenommen und dem Masseverwalter die Möglichkeit eingeräumt, die ausbezahlten Beträge, die sowohl das ursprünglich eingesetzte Kapital (*principal*) als auch Zugewinne (*profits*) umfassen können, zurückzufordern.⁶⁾ In Fällen, wo diese Auszahlungen an Insider oder zugunsten von Insidern erfolgt sind, kann die rückwirkende Frist von 90 Tagen auf bis zu einem Jahr vor Konkursanmeldung ausgedehnt werden.⁷⁾ Als Insider gelten dabei Direktoren, leitende Angestellte und Gesellschafter/ Partner der auszahlenden Entität sowie deren Verwandte.⁸⁾

2.2. Clawback basierend auf fraudulent conveyance

Diese zweite Kategorie erfasst Fälle von Auszahlungen an Investoren, welche der Schuldner in betrügerischer Absicht vorgenommen hat (*fraudulent conveyance*). Dabei kann weiter zwischen Fällen von *actual fraudulent conveyance*⁹⁾ und *constructive fraudulent conveyance*¹⁰⁾ unterschieden werden.

Als *actual fraudulent conveyance* werden Übertragungen qualifiziert, denen nur eine geringe oder keine Gegenleistung gegenübersteht und die vom Schuldner in der tatsächlichen Absicht getätigt wurden, die Gläubiger zu betrügen, sie hinzuhalten oder ihnen den Zugriff zu verwehren.

Constructive fraudulent conveyance erfordert dagegen keine tatsächliche Betrugsabsicht des Schuldners, sondern wird dann angenommen, wenn dieser im Zeitpunkt insolvent oder kurz

davor und der empfangene Gegenwert weniger als angemessen ist oder keine annähernd gleichwertige Vermögensposition darstellt. Um das Vorliegen von *constructive fraud*-Fällen festzustellen, muss also retrospektiv der Wert der ursprünglich übertragenen Vermögenspositionen mit der dafür erhaltenen Gegenleistung verglichen werden.¹¹⁾

Die in diesen Fällen angewandten Regeln erklären sich am besten vor dem Hintergrund des einem Ponzi-Schema zentral zugrunde liegenden Mechanismus: Die an einige – meist frühe – Investoren zur Auszahlung gelangenden, angeblichen Profite sind in Wahrheit Initialinvestitionen neuer Anleger. Diese Tatsache begründet auch die differenzierte Behandlung von zwei unterschiedlichen Arten von Auszahlungen aus einem Ponzi-Schema, nämlich einerseits von Rückzahlungen des eingesetzten Kapitals und andererseits von Scheingewinnen.

Auszahlungen des eingesetzten Kapitals müssen von gutgläubigen Investoren im Rahmen von Clawback-Verfahren basierend auf *fraudulent conveyance* generell nicht retourniert werden. Die Gutgläubigkeit eines Investors wird dabei verneint, wenn dieser von sog *red flags*, also von Warnhinweisen im Zeitpunkt der Transaktion, wusste oder hätte wissen müssen (s dazu 2.3.).

Auszahlungen von *false profits*, also Scheingewinnen, sind demgegenüber jedenfalls und unabhängig von der Gutgläubigkeit des Investors aus diesem Titel an die Konkursmasse zurückzuzahlen, da im Falle eines Ponzi-Schemas jedenfalls das Vorliegen eines Betruges angenommen wird.¹²⁾ Dafür stellt der Bankruptcy Code dem Masseverwalter eine rückwirkende Frist von zwei Jahren, berechnet ab der Einbringung des Konkursantrages der betrügerischen Entität, zur Verfügung.¹³⁾ Es ist dem Masseverwalter also möglich, bis zu zwei Jahre vor diesem Datum ausbezahlte falsche Profite zurückzufordern – nota bene auch von indirekten Investoren (s dazu 2.4.). Zusätzlich kann ein Masseverwalter auch auf Basis bundesstaatlicher Regelungen vorgehen.¹⁴⁾ Diese sehen zum Teil noch längere Fristen vor. So betragen diese zB im Bundesstaat New York und mithin im Fall Madoff teilweise bis zu sechs Jahre.¹⁵⁾

2.3. Sorgfaltsmaßstab und Voraussetzungen für die Gutgläubigkeit eines Investors

Um ein Rückforderungsbegehren auf Basis von *fraudulent conveyance* abwehren zu können, muss ein Investor darlegen, dass er gutgläubig war und dass er seine Gelder aus einem anderen Grund als einem Betrugsverdacht abgezogen hat. Der Investor trägt hierfür die Beweislast.

Maßgeblich für das Vorliegen von Gutgläubigkeit eines Investors ist nicht, was dieser im Zeitpunkt seines Auszahlungsbegehrens tatsächlich wusste oder zu wissen glaubte, sondern ob eine vernünftige Person in dieser Situation gewusst hätte oder entdecken hätte können, dass das Investmentvehikel betrügerischer Natur war.¹⁶⁾

3) Buch (Titel) 11 des United States Code (USC), zitiert als 11 USC (Das bekannte Reorganisationsverfahren nach Chapter 11 ist im Kapitel 11 des 11. Titels des USC normiert). Die darin formulierten Normen haben im Wege entweder des Uniform Fraudulent Conveyance Act oder des Uniform Fraudulent Transfer Act auch Eingang in das Recht der einzelnen US Bundesstaaten gefunden.

4) 11 USC §§ 544-549. Vgl Thoma/Wilke, Rechtliche Grundlagen der Unternehmensanierung. Ein internationaler Vergleich, in Hommel/Knecht/Wohlenberg, Handbuch Unternehmensrestrukturierung. Grundlagen, Konzepte, Maßnahmen (2006) 112.

5) Die der *fraudulent conveyance* zu Grunde liegenden Rechtsprinzipien wurden im englischen Recht erstmals im 16. Jhd in der Statute of Elizabeth (13 Eliz., ch 5 (1570)) festgeschrieben.

6) 11 USC § 547.

7) 11 USC § 547 (b)(4)(B).

8) 11 USC § 101 (31).

9) 11 USC § 548 (a)(1)(A).

10) 11 USC § 548 (a)(1)(B).

11) Vgl Solow, Redemptions From Failed Hedge Funds: How Should They Be Treated by Courts? in *The Bureau of National Affairs, Inc, Securities Regulation & Law report* 2007, 1948.

12) 11 USC § 548 (a)(1)(A). IdS auch United States Bankruptcy Court, Southern District of New York: *In re Bayou Group, LLC*, 396 B.R. 810, 843 (2008), verfügbar unter: http://www.nysb.uscourts.gov/opinions/ash/149283_967_opinion.pdf (18. 8. 2009) sowie: *In re Bayou Group, LLC*, 362 B.R. 624 (2007) verfügbar unter: http://www.nysb.uscourts.gov/opinions/ash/149293_10_opinion.pdf (18. 8. 2009).

13) 11 USC § 548 (a)(1).

14) 11 USC § 548.

15) New York Civil Practice Law and Rules (NY CPLR) § 213 (8).

16) Vgl Sinclair, The Sad Tale of Fraudulent Transfers. The Unscrupulous Are Rewarded and the Diligent Are Punished, *American Bankruptcy Institute Journal* 2009, 82.

Eine Reihe von Gerichten hat diese Voraussetzungen wie folgt präzisiert: Für sie war Gutgläubigkeit dann nicht gegeben, wenn die Umstände eine vernünftige Person zu Nachforschungen nach betrügerischen Absichten des Schuldners veranlasst hätten und aufgrund solcher sorgfältigen Recherchen eine betrügerische Absicht entdeckt worden wäre.¹⁷⁾ Dieser Standard stellt im Ergebnis auf eine Prüfung des Vorhandenseins von Warnhinweisen ab, welche einen vorliegenden oder vorbereiteten Betrug indizieren und einen sorgfältigen Investor zu weiteren Untersuchungen veranlasst hätten.

Das Vorliegen solcher, den guten Glauben eines Investors vereitelnden Anknüpfungspunkte wird auf Fall-zu-Fall-Basis beurteilt. Ein umfangreicher exemplarischer Katalog solcher Warnhinweise lässt sich aus der Jud im Gefolge des Zusammenbruches des Bayou Funds im Jahre 2005 (s dazu 3.1.) gewinnen.

Darin wurden als *red flags* ua identifiziert:

- Das Wissen eines Investors um eine laufende behördliche Ermittlung oder um einen anhängigen Rechtsstreit mit einem ehemaligen Mitarbeiter, in welchem von diesem die Verletzung von aufsichtsrechtlichen Vorschriften durch einen Fondsmanager und dessen Verwicklung in andere finanzielle Ungereimtheiten behauptet wurden.
- Die Entdeckung, dass der Offshore-Administrator eines Fonds dessen Vermögen oder Nettoinventarwert nicht unabhängig bestätigt hat oder dass der CFO des Fondsmanagers gleichzeitig als Organ der angeblich unabhängigen Revisionsstelle des Fonds amtet.
- Die Weigerung des Fondsmanagers, Fragen nach dem Rechtsstreit mit einem ehemaligen Mitarbeiter zu beantworten, Zugang zu der den ausgewiesenen Nettoinventarwert belegenden Dokumentation zu gewähren oder ein Treffen mit dem Revisor des Fonds zu gestatten.¹⁸⁾

Zusammengefasst bedeutet dies, dass Gutgläubigkeit einen Investor von der Verpflichtung zur Rückzahlung seines Initialinvestments befreien kann, nicht jedoch von der Rückerstattung von Scheingewinnen.¹⁹⁾

Anspruchsgrundlage	<i>preference</i>	<i>fraudulent conveyance</i>	
Umfang des Clawback-Begehrens	Kapitaleinsatz und Scheingewinne	Kapitaleinsatz	Scheingewinne
Rückwirkungsperiode	90 Tage bzw 1 Jahr bei Insidertatbestand	2 Jahre (USC) bzw 6 Jahre (NY CPLR)	2 Jahre (USC) bzw 6 Jahre (NY CPLR)
Gutgläubigkeitseinrede	Nein	Ja	Nein

(Abb 1)

2.4. Indirekte Investoren

Oftmals, wie zB im Fall Madoff, sind Investoren nicht direkt, sondern lediglich indirekt über Feeder Funds oder Dachfonds in betrügerischen Vehikeln veranlagt; in manchen Fällen sogar, ohne es zu wissen.

Der Bankruptcy Code ermöglicht es dem Masseverwalter, die durch die Ausschüttung fiktiver Profite veruntreuten Vermögenswerte auch von indirekten Investoren, die davon profitiert haben, zurückzufordern – speziell wenn die zwischengeschalteten Vehikel oder Intermediäre selbst über kein Vermögen mehr verfügen, was vor allem dann der Fall ist, wenn diese selbst vollumfänglich im betrügerischen System veranlagt waren.²⁰⁾ Es kommen dabei wiederum die oben ausgeführten Fristen und Regeln zur Anwendung.

2.5. Zahlungen an Vermittler

Neben der Auszahlung von Scheingewinnen an Investoren sind im Rahmen eines Ponzi-Schemas oftmals auch erhebliche, das Haftungssubstrat schmälernde Mittelabflüsse an Zwischenhändler und Vermittler für die Zuführung neuer Investorengelder zu beobachten. Wenn man davon ausgeht, dass der erbrachten Leistung dieser Mittelsleute ein ursprünglich schon nicht werthaltiges Geschäft zugrunde lag, könnte man argumentieren, dass die Dienstleistung zwangsläufig ebenfalls wertlos gewesen sein muss, und dem Masseverwalter entsprechende Rückforderungsrechte zugestehen. In diese Richtung geht zB die Entscheidung im Fall *Warfield vs Byron* mit dem recht aussagekräftigen Schlüsselsatz: „*It takes cheek to contend that in exchange for the payments he received, the [debtor’s] Ponzi scheme benefited from his efforts to extend the fraud by securing new investments.*“²¹⁾

Andere Gerichte haben in diesem Zusammenhang jedoch eher das konkrete Verhältnis zwischen Schuldner und Vermittler ins Zentrum ihrer Erwägungen gerückt. Dabei wurde das Vorhandensein gültiger Verträge geprüft sowie die marktüblichen Vermittlungskommissionen den im konkreten Fall bezahlten gegenübergestellt und ausgesprochen, dass eine Abwägung der Werte der gegenseitigen und tatsächlich ausgetauschten Leistungen zu erfolgen hat, und zwar unter Außerachtlassung der Konsequenzen der Transaktion zwischen dem Vermittler und dem Schuldner im Gesamtkontext des Ponzi-Schemas.²²⁾

Auch in diesem Zusammenhang kommt der Frage der Gutgläubigkeit besondere Bedeutung zu. Dies bedeutet, dass eine Prüfung im Einzelfall zu erfolgen hat, dass aber durchaus die Möglichkeit besteht,

dass auch Vermittler mit Rückforderungen von im Zusammenhang mit einem Ponzi-Schema erhaltenen Abgeltungen konfrontiert werden können.

3. Beispiele

3.1. Clawback im Fall Bayou

Im Jahre 1996 gründeten Samuel Israel III und Daniel E Marino die Bayou Management LLC und lancierten den Bayou Fund.

17) Vgl *Santry/Lamport/Isenberg/Bray/Wagner/William*, Distressed Loan Investing, in *Taylor/Sansone*, The Handbook of Loan Syndications and Trading (2007) 615.
 18) Vgl United States Bankruptcy Court, Southern District of New York: *In re Bayou Group, LLC*, 396 B.R. 810, 843 (2008) verfügbar unter: http://www.nysb.uscourts.gov/opinions/ash/149283_967_opinion.pdf (18. 8. 2009).
 19) Vgl idS United States Court of Appeals for the Ninth Circuit: *Donell v. Kowell*, 533 F.3d 762 (2008), verfügbar unter <http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2008/06/30/0655544.pdf> (15. 9. 2009).

20) 11 USC § 550.
 21) United States Court of Appeals, 5th Circuit: *Warfield v Byron*, 436 F.3d 551, 560 (2006), verfügbar unter: <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F3/436/551/593630/> (15. 8. 2009).
 22) Vgl United States Bankruptcy Court, Southern District of New York: *re Churchhill Mortgage Inv. Corp.*, 256 B.R. 664 (2000), verfügbar unter: http://content.lawyerlinks.com/library/sec/briefs/bankruptcy/opinions/256_br_664.pdf (15. 8. 2009).

Ab 2003 wurde dieser durch eine Reihe weiterer Bayou Hedgefonds ersetzt, wobei vier von diesen in Delaware und sieben weitere auf den Cayman Islands domiziliert waren. Nachdem Beratungsunternehmen wie die Hennessee Group LLC und die Consulting Services Group LLC Empfehlungen zugunsten der Bayou Fonds ausgesprochen hatten, gelang es Israel und Marino, ca 440 Millionen USD²³⁾ an Investorengeldern einzusammeln. Als die Erfolge der Fonds jedoch ausblieben bzw das Geld der Anleger durch schlechte Investitionen innerhalb kürzester Zeit verloren war, begannen Israel und Marino ihre Ergebnisse zu fälschen. Dazu bedienten sie sich auch des fälschen, von ihnen selbst gegründeten und kontrollierten Buchführungsunternehmens Richmond-Fairfield Associates. IS eines klassischen Ponzi-Schemas wurden die Gelder späterer Investoren benutzt, um Zahlungsbegehren früherer Investoren zu befriedigen. Zusätzlich verwendeten Israel und Marino Gelder, die ihnen durch das ebenfalls von ihnen kontrollierte Brokerage-Unternehmen Bayou Securities LLC, welches die Transaktionen für die Bayou Fonds durchführte, zuflossen, um Investorenansprüche zu befriedigen.²⁴⁾ Die Situation verschärfte sich jedoch dramatisch, als die Consulting Services Group LLC und Altegris Investments Mitte 2004 einer Reihe von Bayou-Investoren dringend einen Ausstieg empfahlen.²⁵⁾ Mit massiven Auszahlungsbegehren der Investoren konfrontiert, brach das Lügengebäude schließlich im Sommer 2005 in sich zusammen; im September 2005 wurde Anklage wegen Betrugs erhoben und im Mai 2006 der Konkursantrag eingebracht. Samuel Israel erregte noch einmal die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit, als er 2008 seinen Selbstmord vortäuschte, sich aber wenige Tage später den Behörden stellte.²⁶⁾ Im selben Jahr wurden Israel und Marino für ihren Betrug zu jeweils 20 Jahren Gefängnis verurteilt.²⁷⁾

Der Masseverwalter verzichtete auf ein Clawback-Verfahren basierend auf *preference* und konzentrierte sich auf Ansprüche aus *fraudulent conveyance*. Der Grund dafür lag darin, dass wegen der Verschleierungs- und Verdunkelungsversuche Israels und wegen des zwischenzeitlich noch angestrebten Ausgleichsverfahrens mehr als 90 Tage zwischen den letzten Auszahlungen an Investoren und dem offiziellen Konkursantrag vergangen waren.

Binnen kürzester Zeit leitete der Masseverwalter über 100 Clawback-Verfahren gegen ehemalige Investoren basierend auf *fraudulent conveyance* ein und konnte relativ schnell Ergebnisse erzielen. So stimmten im August 2007 39 ehemalige Investoren im Rahmen eines Vergleichs zu, die von ihnen bezogenen Scheingewinne sowie zusätzlich 50 % ihres ursprünglich eingesetzten Kapitals zurückzuerstatten. Dadurch wurden der Konkursmasse 20 Millionen USD zugeführt.²⁸⁾ Nachdem die Rückforderungsmöglichkeiten innerhalb der vom US Bankruptcy Code gesetzten Frist von zwei Jahren erschöpft waren,

machte der Masseverwalter 2008 weitere Ansprüche innerhalb der vom Recht des Bundesstaates New York gewährten sechsjährigen Frist geltend. Wiederum gelang es auf dem Vergleichsweg, namhafte Beträge von Investoren zurückzuerlangen.

Im Rahmen der eingehenden Erörterungen des zuständigen Gerichtes in den nicht verglichenen Fällen wurden eine Reihe von wegweisenden Interpretationen vorgenommen und wesentliche Erkenntnisse erzielt. So sprach der zuständige Richter zB aus, dass sämtliche Auszahlungen von Scheingewinnen als *constructive fraudulent transfer* iSv 11 USC § 548(a)(1)(B) zu qualifizieren und zu retournieren seien, da die Fonds zum Zeitpunkt der Transaktion de facto insolvent waren. Zusätzlich wurde den Empfängern von Scheingewinnauszahlungen eine Berufung auf Gutgläubigkeit verwehrt, da den empfangenen Leistungen keine ursprüngliche, adäquate Gegenleistung gegenüberstand. Hinsichtlich der Rückzahlung von ursprünglich eingesetztem Kapital ließ es das Gericht zu, den Gutgläubigkeitsbeweis zu führen, setzte aber einen sehr strengen Maßstab an: Um eine Rückforderung des ursprünglich eingesetzten Kapitals abwehren zu können, musste lückenlos belegt werden, dass der Abzug von Geldmitteln durch keinerlei *red flags* indiziert worden war. Dies gelang zum Beispiel in einem Fall, wo das Investment in einen Bayou Fonds lediglich als Absicherungs- bzw Hedgingtransaktion für eine gleichzeitig eingegangene Swap-Transaktion getätigt und dann wieder liquidiert worden war, nachdem das Swap-Geschäft hinweggefallen war.²⁹⁾

3.2. Clawback im Fall Madoff

Am 29. 6. 2009 wurde Bernard L Madoff bei einer Deliktsumme von ca 64,8 Milliarden USD zu einer 150-jährigen Haftstrafe verurteilt.³⁰⁾ Dies, nachdem er vermittelt des von ihm betriebenen Ponzi-Schemas die meisten seiner ca 4.800 Anleger um ihr Geld gebracht hatte. Aber nicht alle Investoren hatten verloren. Im Laufe der Jahrzehnte dauernden Tätigkeit Madoffs hatten einzelne Anleger auch Nettogewinne in Milliardenhöhe realisiert und es waren Milliarden an Gebühren an Intermediäre und Feeder Funds geflossen.³¹⁾

Dieser Fall bietet ein weiteres gutes, wenn auch noch nicht abgeschlossenes Beispiel für die Umsetzung der einzelnen möglichen Elemente eines Clawback-Verfahrens.

Schon im April 2009 hatte Irving H Picard, der Trustee in Sachen Bernard L Madoff Securities LLC, damit begonnen, 223 ehemalige Madoff-Investoren zu kontaktieren und die Rückgabe von diesen zugeflossenen Mitteln zu verlangen. Die durchschnittlich von ihm geforderte Summe belief sich auf 3,3 Millionen USD.³²⁾

Ebenfalls noch Anfang April 2009 initiierte Picard die ersten formellen Clawback-Verfahren basierend auf *preference*-Argumenten. Diese richteten sich gegen Investoren, die innerhalb der Frist von 90 Tagen vor Konkursantrag Auszahlungen erhalten hatten. Einerseits waren dies Vizcaya Partners Limited und die Bank Jacob Safra mit einem Begehren in Höhe von 150 Mil-

23) Vgl Brewster, Investors Sue Bayou over Missing Millions, Financial Times, 1. 9. 2005, verfügbar unter: <http://www.ft.com/cms/s/0/54928af4-1a85-11da-b7f5-00000e2511c8.html> (19. 8. 2009).

24) Vgl Burton/Urban, Bayou Fraud Exposes Tale of Lies, Drugs, Violence, Bloomberg, 27. 10. 2005, verfügbar unter: <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=nifea&&sid=aq3TjcUbSyX0> (17. 8. 2009).

25) Vgl Morgensohn, What Really Happened at Bayou, The New York Times, 17.9. 2005, C1.

26) Vgl Watt, Fugitive Fund Manager Turns Himself in; Israel Faked Suicide to Avoid 20-Year Term for \$ 450 Million Fraud, The Washington Post, 3. 7. 2008, D1.

27) Edwards, Bayou's Ex-Hedge Fund Boss Gets 20-Year Sentence for Fraud, The Wall Street Journal, 15. 4. 2008, C3.

28) Vgl Osterland, Judge OKs some of Hedge Fund Bayou Bankruptcy Settlement, Financial Week, 31. 8. 2007, verfügbar unter: <http://www.financialweek.com/apps/pbcs.dll/article?AID=/20070831/REG/70831012/-1/FWDAILYALERT01> (18. 8. 2009).

29) Vgl Ellenberg/Mintz/McDonnell, Madoff and Stanford Preview: Bayou Group Cases Established Precedent for Clawing Back Ponzi Scheme Payments, Restructuring Review 2009, 1.

30) Vgl Henriquez, Madoff Sentenced to 150 Years for Ponzi Scheme, The New York Times, 29. 6. 2009, A1.

31) Vgl Berenson, Even Winners May Lose, The New York Times, 18. 12. 2008, A1.

32) Vgl Efrati, Trustee Seeking Return of Withdrawn Funds, The Wall Street Journal, 22. 4. 2009, C3.

lionen USD³³⁾ und andererseits der Feeder Fund Kingate mit einem Begehren in Höhe von 255 Millionen USD.³⁴⁾

In den folgenden Wochen ging Picard gegen eine Reihe weiterer Feeder Funds vor. Unter diesen stechen besonders die Fairfield Funds (Fairfield Sentry Limited, Greenwich Sentry Limited, LP, und Greenwich Sentry Partners, LP) hervor, von denen in Summe 3,5 Milliarden USD gefordert werden. Jeffrey Picower, et al wurden mit Forderungen von insgesamt 6,3 Milliarden USD konfrontiert und Stanley Chais, et al sowie Harley International (Cayman) Limited mit je 1,1 Milliarden USD.³⁵⁾

Am 26. 5. 2009 konnte Picard den ersten Teilerfolg vermelden. Man hatte sich mit den ersten Feeder Funds, den von der spanischen Banco Santander kontrollierten Optimal-Gesellschaften (Optimal Strategic US Equity Limited und Optimal Arbitrage Limited) auf eine Rückzahlung in Höhe von 235

Millionen USD geeinigt, was 85 % der geforderten Summe entspricht.³⁶⁾

Ein derartiges Vorgehen wird in den nächsten Monaten wohl fortgesetzt und es ist anzunehmen, dass in einem nächsten Schritt Investoren basierend auf *fraudulent conveyance* zu Rückzahlungen aufgefordert werden. Darüber hinaus ist es nicht ausgeschlossen, dass in Fällen, wo Feeder Funds nicht mehr über genügend Mittel verfügen, auch gegen deren Investoren vorgegangen wird.

4. Fazit

Aus der Zusammenschau der beiden Fälle ergibt sich ein umfassendes Bild des einem Masseverwalter im Rahmen von Clawback-Verfahren nach US-amerikanischem Recht in der Praxis zur Verfügung stehenden Instrumentariums und seines Zusammenspiels sowie des daraus für Investoren uU resultierenden Risikos. Es ist anzunehmen, dass in der Zukunft gerade aus dem laufenden Fall Madoff weitere diesbezügliche Hinweise gewonnen werden können. Durch die zunehmende globale Vernetzung im Investmentbereich und die stetig komplexer werdenden Investmentstrukturen scheint Kenntnis und fortwährendes Monitoring dieses Themenkreises für Investoren, denen an umfassender Risikoanalyse und Risikomanagement gelegen ist, jedenfalls empfehlenswert.

33) Vgl United States Bankruptcy Court, Southern District of New York: *In re Bernard L Madoff, et al [Securities Investor Protection Corp v Bernard L Madoff Investment Securities LLC]*, No 08-1789, *Irving H Picard v Vizcaya Partners Limited and Banque Jacob Safra (Gibraltar) Ltd, Complaint*, 8 April 2009 (2009), verfügbar unter: <http://www.oakbridgeins.com/clients/blog/vizcaya.pdf> bzw unter <http://www.madofftrustee.com/DocketFilings.aspx> (jeweils 15. 8. 2009).

34) Vgl United States Bankruptcy Court, Southern District of New York: *In re Bernard L Madoff, et al (Securities Investor Protection Corp v Bernard L Madoff Investment Securities LLC)*, No 08-1789, *Irving H Picard v Kingate Global Fund, Ltd, Kingate Euro Fund, Ltd and Bank Of Bermuda, Limited, Complaint*, 17 April 2009 (2009), verfügbar unter <http://www.oakbridgeins.com/clients/blog/kingate.pdf> bzw unter <http://www.madofftrustee.com/DocketFilings.aspx> (jeweils 15. 8. 2009).

35) Vgl *Picard*, Trustees' First Interim Report for the Period December 11, 2008 throughout June 30, 2009, 35, verfügbar unter: <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/business/Interim.pdf> (15. 8. 2009).

36) *Picard*, Trustees' First Interim Report 39.



Der Autor:

Dr. Günther Dobrauz MBA, Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes Kepler Universität Linz, MBA-Studium an der University of Strathclyde Graduate School of Business, Executive Education an der Harvard Business School. Nach Gerichts- und Anwaltspraxis in Steyr und Linz mehrjährige Tätigkeit für ein Schweizer Venture Capital-Unternehmen in Zürich, anschließend Aufbau und Geschäftsführung eines liechtensteinischen Investmentfonds, seit Sommer 2008 Legal Counsel einer internationalen Managed-Futures-Investmentgruppe in der Schweiz.

Publikationen (Auswahl):

Die Exempted Segregated Portfolio Company (SPC) nach dem Recht der Cayman-Inseln als Vehikel für Hedge Fonds-Strategien, ZFR 2009, 228. Alber/Dobrauz, Das liechtensteinische Investmentunternehmen. Eine systematische Darstellung, NZ 2007, 266.

Fachliteratur

Aufsätze

Insolvenzrecht

Babinek, *Konkurszugehörigkeit von Stifterrechten*, PSR 2009, 42:

In seiner Anm zu OGH 15. 1. 2009, 6 Ob 235/08i bespricht der Autor die Weiterentwicklung der Rsp des OGH zur Verwertung von Stiftungsrechten im Konkurs, die Ausübung von Stiftungsrechten durch den Masseverwalter sowie ein mögliches Änderungsrecht der Stiftungsurkunde durch den Masseverwalter, um regelmäßige Ausschüttungen an die Konkursmasse zu erzielen.

■ ZIK 2009/286, 200

Birnbauer, *Vereinfachtes amtswegiges Lösungsverfahren im Recht der eingetragenen Einzelunternehmen und Personengesellschaften*, GesRZ 2009, 268:

Vermögenslose Kapitalgesellschaften können von Amts wegen aus dem Firmenbuch gelöscht werden, im Gegensatz dazu ist bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften ein vorgeschaltetes, erfolgloses Zwangsstrafverfahren notwendig. Der Autor zeigt die Unterschiede der Verfahren auf und spricht sich für ein vereinfachtes Lösungsverfahren auch bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften iSd §§ 40 ff FBG aus.

■ ZIK 2009/287, 200