

Europäische Hochschulschriften

---

Rechtswissenschaft



Eyke Sven Stegen

## **Die Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungsgesetz**

# Teil 1: Einleitung und Gang der Untersuchung

## A. Einleitung

Kreditgewährung setzt zwingend eine Absicherung des Kredits gegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraus. Kreditsicherung ist die Basis jeder professionellen Kreditgewährung.<sup>1</sup> Wer einen Kredit vergibt, der vertraut auf die ordnungsgemäße Rückzahlung. Zur Sicherung des meist als Darlehen (§ 488 BGB) ausgestalteten Kredites wird heute fast ausschließlich die Grundschuld (§ 1191 BGB) verwendet. Die duale Beziehung zwischen Kreditnehmer und Kreditgeber ist jedoch nicht vor Eingriffen Dritter geschützt. So steht den Darlehensgebern eine Vielzahl von Transaktionsstrukturen bereit, sich dieser Kredite zu entledigen oder deren Risiko zu minimieren. Die unterschiedlichen Instrumente der Einbindung Dritter in die Kreditbeziehung werden hierbei oftmals unter dem Begriff des Kreditverkaufs zusammengefasst.<sup>2</sup> Bei den in Frage stehenden Krediten handelt es sich insbesondere um notleidende Kredite<sup>3</sup>, die auch als „non performing loans (NPLs)“, „faule Kredite“ oder „Problemkredite“ bezeichnet werden.

Nachdem es in den Vereinigten Staaten bereits seit 30 Jahren einen Markt für „Problemkredite“ gibt,<sup>4</sup> hat sich der Verkauf von notleidenden Krediten erst innerhalb der letzten Jahre als ein bedeutendes Instrument des Bankengeschäfts in Deutschland etabliert.<sup>5</sup> Der bekannteste erste Fall war hierbei der Verkauf von Krediten der Hypo Real Estate Bank mit einem Volumen von ca. 3,6 Mrd. Euro an die US-amerikanische Investmentgesellschaft Lone Star im September 2004. In der Zeit bis 2007 wurden Kredite in Höhe von 35 bis 40 Mrd. Euro übertragen.<sup>6</sup> Im Jahr 2006 hatte sich Deutschland zum zweitgrößten Markt für faule Kredite hinter China entwickelt.<sup>7</sup>

---

1 Prütting, § 53/ Rn. 615.

2 Zu den unterschiedlichen Transaktionsstrukturen vgl. Teil 2/A/I.

3 Zu der Einschätzung ab wann ein notleidender Kredit vorliegt, vgl. Teil 2/A/I/1.

4 Froitzheim, S. 13.

5 Im Jahr 2003 wurden die ersten Verkäufe von notleidenden Krediten durch Banken in Deutschland bekannt, vgl. Froitzheim, S. 14; Prüver, S. 1; Rinze/ Heda, WM 2004, 1557.

6 Clemente, wistra 2010, 249; Reiter/ Methner, ZGS 2009, 163.

7 Vgl. Handelsblatt, 04.05.2006 - abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken/deutschland-ist-zweitgroesster-markt-fuer-faule-kredite/2649176.html> [27.06.2011].

In den Blickpunkt der Öffentlichkeit geriet der Handel mit Krediten insbesondere im Rahmen der weltweiten Bank- und Wirtschaftskrise, die ihre Wurzeln in der Hypotheken- und Finanzmarktkrise 2007 in den USA hatte. Die Finanzkrise<sup>8</sup> führte dazu, dass das Augenmerk nunmehr verstärkt auf die Käufer der Kredite, die Finanzinvestoren<sup>9</sup> gerichtet war.

In einer Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 23.01.2008 unter dem Titel „Mehr Sicherheit für Häuslebauer“ wurde dargestellt, dass Kreditnehmer, die ihre Raten ordentlich bezahlen, nichts zu befürchten haben.<sup>10</sup> Zudem sei es üblich, dass Forderungen aus Krediten veräußert würden und dies auch im Interesse eines freien Kapitalverkehrs sinnvoll sei.

Diese Einschätzung teilten die Berichte in den Medien nicht. Hier waren meist solche Fälle Gegenstand der Darstellung, wonach Kreditverkäufe in „unerlaubter Weise“ erfolgten und die Investoren unverzüglich die Zwangsvollstreckung aus der hierzu bestellten Sicherheit betrieben. So geisterte das Bild durch die Öffentlichkeit, das plötzlich der Finanzinvestor vor der Tür steht und Rückzahlung verlangt. Die durch die persönlichen Schicksale sehr emotionalen Beispielfälle,<sup>11</sup> die die Medien aufgearbeitet hatten, erweckten beim Betrachter den Eindruck, dass ein massenhafter Missbrauch möglich sei und eine Möglichkeit, sich dagegen juristisch zu wehren, nicht bestünde. So sei das fragwürdige Geschäftsgebaren der Finanzinvestoren unter anderem möglich, weil eine Gesetzeslücke bestehe.<sup>12</sup> Die Diskussionen und Berichte hatten eine Verunsicherung der Darlehensnehmer zur Folge. Dies lag unter anderem auch daran, dass es der Öffentlichkeit schwer zu vermitteln ist, wie Investoren aus finanziellen Nöten von Unternehmen und vor allem von Verbrauchern Profite erzielen wollen.<sup>13</sup>

---

8 Mit der zwangsläufig ein Anstieg von notleidenden Krediten am Kreditportfolio der Banken einhergeht, Dick, S. 1.

9 Von Franz Müntefering bereits 2005 als Heuschrecken bezeichnet, da sie wie Heuschreckenschwärme über Unternehmen herfallen, sie abgrasen und weiterziehen; vgl. auch Hutterer: „Wenn die Heuschrecke den Kredit frisst“ - abrufbar unter [http://www.focus.de/immobilien/finanzieren/tid-85886/baufinanzierung\\_aid\\_233558.html](http://www.focus.de/immobilien/finanzieren/tid-85886/baufinanzierung_aid_233558.html) [27.06.2011].

10 Beispiel aus Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 23.01.08 „Mehr Sicherheit für Häuslebauer.“ Abrufbar unter: <http://bmj.bund.de> unter Service/Pressestelle/Pressemitteilungen Januar 2008.

11 Vgl. bspw. die Dokumentation des WDR: „Und plötzlich ist das Haus weg – Wie Sparkassen die Kredite kleiner Leute verscherbeln“ - abrufbar unter <http://video.google.com/videoplay?docid=3374550700899638078> [27.06.2011].

12 Vgl. bspw. „Missbrauch verkaufter Hauskredite soll verhindert werden“ FAZ v. 23.01.2008, S. 13.

13 Maetschke, AcP 211, 288.

Auch der Gesetzgeber sah durch die erhöhte Aufmerksamkeit und Berichte der Medien Handlungsbedarf und entschloss sich, diesem Problem gesetzgeberisch zu begegnen. Ergebnis dieser Überlegungen ist das Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) geworden, welches am 19.08.2008 in Kraft getreten ist. Neben Änderungen im Bereich des Wertpapierhandels enthält es in Artikel 6 Änderungen des BGB, die durch Ergänzungen in der ZPO und im HGB komplettiert werden.

## **B. Gang der Untersuchung**

In der vorliegenden Untersuchung soll nach einer Darstellung der Möglichkeiten der Einbindung Dritter in ein Kreditverhältnis geklärt werden, inwieweit der Abtretung eines Darlehensverhältnisses Wirksamkeitshindernisse entgegenstehen können. Anschließend werden die unterschiedlichen Abtretungsmöglichkeiten der dem Darlehensgeber gestellten Sicherheiten im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Neureglung durch den Gesetzgeber diskutiert. Hierbei soll der Leser mit der Situation vor Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes vertraut gemacht werden und die Situation des Gesetzgebers präsentiert werden, die ihn veranlasst sahen, gesetzgeberisch tätig zu werden.

Teil 3 der Arbeit setzt sich insbesondere mit den Änderungen des Risikobegrenzungsgesetzes im Bereich der Grundschuld auseinander. Der Eingriff des Gesetzgebers in den bisher von Änderungen weitestgehend verschonten Bereich des Immobiliarsachenrechts wirft eine Vielzahl von Fragen und Problemen auf. Hierbei gilt es, die Regelungen des Risikobegrenzungsgesetzes dem Rechtsanwender nahe zu bringen und gewisse Unklarheiten durch Auslegungshilfen auszuräumen. Vor diesem Hintergrund wird eine Entscheidung des BGH dargestellt und einer rechtlichen Würdigung unterzogen.

Den Anschluss bildet die Darstellung der Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungsgesetz. Hierbei wird untersucht, ob die Ziele des Gesetzgebers durch die vorgenommenen Änderungen erreicht wurden und welche Folgen vom Gesetzgeber nicht bedacht wurden. Teil 5 setzt sich sodann mit den denkbaren Auswirkungen des Risikobegrenzungsgesetzes in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht auseinander. Schwerpunkt bildet hierbei ein Vergleich der Sicherungsgrundschuld mit anderen denkbaren Sicherungsmitteln unter Abwägung der Vor- und Nachteile für Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber.

Den vorletzten Teil der Untersuchung bildet ein Überblick über andere Reformvorschläge und deren Unterschiede im Vergleich zum Risikobegrenzungsgesetz. Die Arbeit endet mit einer Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse und einem kurzen Ausblick.

## **Teil 2: Die Veräußerung von grundpfandrechtlich besicherten Krediten**

Um die im Rahmen der Einleitung aufgeworfenen Fragen beantworten zu können, muss vorab festgestellt werden, welche Rechtspositionen im Rahmen eines Immobilienkredits zu unterscheiden sind. Ferner lassen sich unter den Begriff des „Kreditverkaufs“ unterschiedliche Transaktionsarten bzw. Sicherungsinstrumente fassen. Inwieweit sich daraus Auswirkungen für den Darlehensnehmer bzw. Sicherungsgeber ergeben, gilt es zu klären. Im Anschluss daran soll erläutert werden, inwieweit die Abtretung von Darlehensverhältnissen unwirksam sein kann.

Ferner soll die entstandene Aufregung durch die in der Tagespresse und den Fernsehsendungen dargestellten Verkauf von grundpfandrechtlich besicherten Darlehen durch Banken und Sparkassen untersucht werden. Hierbei ging es meist um solche Fälle, in denen Grundschulden angeblich zu Unrecht verwertet worden sind. Kann der entstandene Eindruck bestätigt werden, dass die Veräußerung eines mit einer Grundschuld besicherten Kredits den massenhaften Missbrauch durch die Investoren ermögliche? Bestand sogar eine Gesetzeslücke, die es zwingend zu schließen galt?

Diesen Thesen soll im Folgenden auf den Grund gegangen werden.

### **A. Das „Sicherungspaket“ im Rahmen der Kreditsicherung**

Die Grundschuld hat als Grundpfandrecht die Hypothek weitestgehend verdrängt. Ihr kommt im Rahmen der Kreditsicherung die größte Bedeutung zu. Die Grundschuld stellt eine Belastung des Grundstücks in der Weise dar, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist, § 1191 Abs. 1 BGB. Der Inhaber der Grundschuld hat somit das Recht, eine bestimmte Geldsumme – nebst Zinsen und anderen Nebenleistungen (§ 1191 Abs. 2 BGB) – zu verlangen. Die Befriedigung des Inhabers der Grundschuld ist auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück gemäß § 1147 BGB gerichtet. Die Grundschuld kann als Brief- oder Buchgrundschuld bestellt werden, §§ 1192 Abs. 1, 1116 BGB. Ihre Entstehung richtet sich nach § 873 BGB durch Einigung und Eintragung ins Grundbuch. Bei der Briefgrundschuld ist die Übergabe des Briefes erforderlich, § 1117 BGB.

Der Gesetzgeber hat die Grundschild als abstraktes Verwertungsrecht ausgestaltet. Gleichwohl wird sie fast ausschließlich zur Sicherung einer Forderung verwendet.<sup>14</sup> Im Gegensatz zur akzessorischen Hypothek führt die Abstraktheit der Grundschild dazu, dass es keine zwingende Verknüpfung von Darlehensforderung und die diese sichernde Grundschild gibt.

Vielmehr muss zwischen der gesicherten Forderung, der Entstehung der Grundschild als dingliches Geschäft und dem Sicherungsvertrag<sup>15</sup> unterschieden werden. Die Grundschild wird in der Regel für sofort<sup>16</sup> vollstreckbar erklärt und ist hoch verzinslich mit Jahreszinsen bis zu 20 %.<sup>17</sup> Die meist als Darlehen ausgestaltete schuldrechtliche Forderung wird durch die dingliche Belastung des Grundstücks gesichert. Durch den Sicherungsvertrag verpflichtet sich der Sicherungsgeber, dem Sicherungsnehmer zur Sicherung einer bestimmten Forderung eine Grundschild zu bestellen.<sup>18</sup> Der Sicherungsvertrag bildet somit die schuldrechtliche Verknüpfung der abstrakten Grundschild mit der konkreten Forderung, Sicherungsgeber und Grundstückseigentümer müssen daher nicht identisch sein,<sup>19</sup> auch wenn es sich in der Regel um eigene Forderungen des Grundschildgläubigers handelt.<sup>20</sup>

Er ist Rechtsgrund für die abstrakten Sicherheiten und begründet ein Treuhandverhältnis zwischen dem Sicherungsnehmer und dem Sicherungsgeber.<sup>21</sup> Der Sicherungsvertrag regelt unter anderem den Umfang der gesicherten Forderungen, die Rückgewährart, die Zahlungsverrechnung, eventuelle Verwertungsbeschränkungen und die Verwertungsart.<sup>22</sup> Die Tilgungsbestimmung im Sicherungsvertrag besagt regelmäßig, dass nur auf die Hauptforderung und nicht auf die Grundschild bezahlt wird. Darüber hinaus ergibt sich in der Regel die

---

14 Sog. Sicherungsgrundschild. Seit dem 19.08.2008 in § 1192 Abs. 1a BGB legaldefiniert.

15 Auch als Sicherungsabrede, Zweckerklärung oder Zweckbestimmungserklärung bezeichnet; Palandt, Bassenge, § 1191 / Rn. 15; Prütting/ Wegen/ Weinreich, Waldner, § 1192 / Rn. 4.

16 Ohne gerichtliches Erkenntnisverfahren; §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 ZPO.

17 Brambring/ Jerschke, Amann, A VI/ II/ 2 / Rn. 3: zwischen 12 % und 20 %; Clemente, ZfR 2008, 595: Zinssätze zwischen 14 und 18 % haben sich eingebürgert; MünchKomm, Eickmann, § 1191 / Rn. 45: betragen regelmäßig 15-20 %.

18 MünchKomm, Eickmann, § 1191 / Rn. 13; Palandt, Bassenge, § 1191 / Rn. 15.

19 BGH, NJW 1989, 1733.

20 MünchKomm, Eickmann, § 1191 / Rn. 24; vgl. Teil 4/A/II.

21 Clemente, ZfR 2007, 740; Palandt, Bassenge, § 1191 / Rn. 15; Staudinger, Wolfsteiner, Vorbem. zu § 1191 / Rn. 26, 28; Weller, Jus 2009, 971.

22 Palandt, Bassenge, § 1191 / Rn. 17; Staudinger, Wolfsteiner, Vorbem. zu § 1191 / Rn. 38.

Pflicht, Grundschild und Forderung nur gemeinsam abzutreten.<sup>23</sup> Er ist ein schuldrechtlicher, im BGB nicht näher geregelter Vertrag, der grundsätzlich nicht formbedürftig ist<sup>24</sup> und zwischen den beteiligten Parteien bei Vertragschluss zustande kommt, § 311 Abs.1 BGB. Er bindet zunächst nur die Vertragsparteien.

Zusätzlich ist es in der Praxis üblich, dass professionelle Gläubiger sich vom Schuldner neben der Darlehensforderung ein abstraktes Schuldanerkenntnis nach §§ 780, 781 BGB geben lassen.<sup>25</sup> In diesem Schuldanerkenntnis übernimmt der Darlehensnehmer für einen Betrag, der der Grundschild samt Nebenleistung und Zinsen entspricht, die persönliche Haftung in sein gesamtes Vermögen. Das Schuldanerkenntnis enthält eine Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (vgl. §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 ZPO).<sup>26</sup> Ohne das abstrakte Schuldversprechen könnte der Sicherungsnehmer nur aus der Grundschild auf das Grundstück zugreifen und der Sicherungsgeber müsste somit auch bei nur geringen Rückständen den Verlust des Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung befürchten. In dem Schuldversprechen liegt regelmäßig eine Verstärkung der Sicherheit durch Erweiterung der Haftung auf das gesamte Vermögen, nicht eine Verdopplung der Haftung.<sup>27</sup> Grundschild und Schuldanerkenntnis sind in Entstehung und Fortbestand unabhängig von der Darlehensforderung und ihrer Tilgung. Aufgrund der Zinsen der Grundschild wächst die Summe der Grundschild, während hingegen die Summe des Darlehens durch Tilgung kleiner wird.

Insgesamt gilt es daher vier unterschiedlichen Rechtspositionen zu unterscheiden. Den Darlehensvertrag nach § 488 BGB, die Grundschild nach § 1191 BGB mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zulässig sein soll, §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 ZPO, den Sicherungsvertrag gemäß § 311 BGB und das abstrakte Schuldversprechen nach den §§ 780, 781 BGB mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.

Bevor die etwaigen Missbrauchsmöglichkeiten des Sicherungsnehmers bzw. des Finanzinvestors im Zusammenhang mit diesem Sicherungspaket untersucht werden, sollen die unterschiedlichen Transaktionsstrukturen im Rahmen eines Kredithandels dargestellt werden.

---

23 MünchKomm, Eickmann, § 1191 / Rn. 96.

24 BGHZ 21, 55; BGH WM 1991, 88; Palandt, Bassenge, § 1191 / Rn. 15.

25 Prütting/ Wegen/ Weinreich, Waldner, § 1192 / Rn. 13.

26 Prütting, FS Medicus, 336; Prütting/ Wegen/ Weinreich, Waldner, § 1192 / Rn. 13.

27 BGH, NJW 1988, 708; Prütting/ Wegen/ Weinreich, Waldner, § 1191 / Rn. 13.

# I. Die unterschiedlichen Transaktionsstrukturen

Nicht jede Einbindung eines Dritten in ein bestehendes Kreditverhältnis hat zwangsläufig Auswirkungen auf den Kreditnehmer. Im Folgenden sollen einige häufig vorkommende Möglichkeiten dargestellt und deren Auswirkung für den Kreditnehmer erläutert werden.

## 1. True Sale/ Abtretung

Das rechtliche Grundmodell des Kreditverkaufs ist der Forderungsverkauf, der auch als True Sale oder Outright Sale bezeichnet wird.<sup>28</sup>

Die Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nach §§ 433 Abs. 1, 453 BGB<sup>29</sup> bezieht sich hierbei auf die Übertragung der Forderung nebst etwaig bestehenden nicht akzessorischen Sicherungsrechten. Rechtliche Grundlage für die Übertragung der Forderung stellen die §§ 398 ff. BGB dar. Nach § 398 S. 1 BGB kann eine Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden. Mit dem Abschluss des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers, § 398 S. 2 BGB. Nach den §§ 398 ff. BGB können grundsätzlich alle Forderungen ohne Mitwirkung des Schuldners übertragen werden.<sup>30</sup> Die Folge ist, dass der Schuldner einem neuen Gläubiger gegenübersteht.<sup>31</sup>

## 2. Vertragsübernahme

Eine andere Möglichkeit des „Kreditverkaufs“ stellt die Vertragsübernahme dar. Dabei wird das gesamte Kreditengagement mit allen Rechten und Pflichten auf den Käufer übertragen. Das veräußernde Kreditinstitut scheidet aus dem Vertragsverhältnis aus.

Für eine rechtsgeschäftliche Übertragung eines Schuldverhältnisses im Ganzen enthält das BGB keine Vorschrift.<sup>32</sup> Die Vertragsübernahme stellt einen

---

28 Dick, S. 11; Prüver, S. 40.

29 Palandt, Weidenkaff, § 453 / Rn. 4; Prütting/ Wegen/ Weinreich, D. Schmidt, § 453 / Rn. 11.

30 Palandt, Grüneberg, § 398 / Rn. 1; Prütting/ Wegen/ Weinreich, H.F. Müller, § 398 / Rn. 1.

31 Bzgl. der Folgen im Hinblick auf Einwendungen und Einreden, vgl. Teil 2/B.

32 Palandt, Grüneberg, § 398 / Rn. 41; Prütting/ Wegen/ Weinreich, H.F. Müller, § 398 / Rn. 27; Staudinger, Busche, Einl. zu §§ 398 ff. / Rn. 196.

Vertrag eigener Gattung dar und bedarf der Zustimmung aller Beteiligten.<sup>33</sup> Dies kann entweder durch Abschluss eines „dreiseitigen“ Vertrages, oder durch Abschluss eines Vertrages zwischen ausscheidenden Vertragspartner und eintretendem Vertragspartner bei Zustimmung der anderen Vertragspartei geschehen.<sup>34</sup> Unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung ist eine Zustimmung des Darlehensnehmers zwingend erforderlich und unumgänglich. Dem Darlehensnehmer stehen nach dem Gläubigerwechsel sämtliche Einreden gegenüber dem neuen Forderungsinhaber zu, die ihm auch schon aus dem bisherigen Vertragsverhältnis zustanden. Ein Vorteil der Vertragsübernahme wird darin gesehen, dass durch den Eintritt des Erwerbers auch in die Pflichten des ursprünglichen Darlehensverhältnisses beim Verkäufer nach Erfüllung des Kaufvertrages nur noch Gewährleistungsverpflichtungen aus dem Kaufvertrag selbst verbleiben.<sup>35</sup> Aufgrund der notwendigen Einholung der Zustimmung des Schuldners spielt die Vertragsübernahme in der Praxis aber eine eher untergeordnete Rolle.

### 3. Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz/ Share Deal

Eine weitere Möglichkeit, Forderungen auf einen Investor zu übertragen, stellt der sog. Share Deal dar. Hierfür bestehen nach dem Umwandlungsgesetz verschiedene Formen. Gemäß § 123 Abs. 2 UmwG kann ein übertragender Rechtsträger einen Teil oder mehrere Teile aus seinem Vermögen abspalten. Nach § 123 Abs. 3 UmwG kann ein übertragender Rechtsträger aus seinem Vermögen einen Teil oder mehrere Teile ausgliedern. Einer Abtretung bedarf es insoweit nicht. Unabhängig der Gestaltung als Abspaltung oder Ausgliederung, kann der übertragende Rechtsträger wählen, ob die Übertragung auf einen bestehenden Rechtsträger oder auf einen neugegründeten Rechtsträger erfolgen soll, auf den der Teil oder die Teile zu übertragen sind.

In der Praxis ist die Ausgliederung auf einen neugegründeten Rechtsträger eine sehr häufig anzutreffende Variante.<sup>36</sup> Das Kreditinstitut gründet hierfür zur Ausgliederung eine Zweckgesellschaft.<sup>37</sup> Durch die Ausgliederung werden alle relevanten Kreditverträge inklusive Sicherheiten auf die neu gegründete Tochtergesellschaft übertragen, sämtliche Kreditverhältnisse gehen also als Gesamt-

---

33 Palandt, Grüneberg, § 398 / Rn. 42; Prütting/ Wegen/ Weinreich, Müller, § 398 / Rn. 29.

34 Staudinger, Busche, Einl. zu §§ 398 ff. / Rn. 201.

35 Kristen/ Kreppel, BKR 2005, 124; Prüver, S. 40.

36 Prüver, S. 41.

37 Sog. „Special Purpose Vehicle“.

heit auf die Tochter über.<sup>38</sup> Hierfür erhält das Kreditinstitut die Geschäftsanteile der Zweckgesellschaft. Nach Eintragung ins Handelsregister tritt die Zweckgesellschaft im Wege der vorgeschriebenen partiellen Gesamtrechtsnachfolge in alle Rechte und Pflichten des Kreditinstitutes ein. Der Share Deal findet im Anschluss daran statt, indem sämtliche Anteile an der neu gegründeten Tochtergesellschaft vom Investor übernommen werden. Der Anteilskauf ist ein Rechtskauf nach §§ 433, 453 BGB, bei dem sich die Rechts- und Sachmängelhaftung nur auf den Anteil, nicht auf das zugrunde liegende Unternehmen bezieht.<sup>39</sup>

Durch eine Gesellschaftereinlage in Gestalt der Forderungen auf das Tochterunternehmen und den anschließenden Verkauf dieser Tochter bleibt infolge der Gesamtrechtsnachfolge nach dem UmwG das ursprüngliche Darlehensverhältnis unberührt, da es nur zu einem Austausch des Gesellschafters der Zielgesellschaft kommt.<sup>40</sup> Das Einverständnis des Kreditnehmers ist somit nicht erforderlich.

#### 4. Unterbeteiligung

Die Unterbeteiligung bzw. „Sub Participation“ stellt eine Möglichkeit der Transaktionsstruktur dar, um das wirtschaftliche Risiko eines Kredites auf einen Dritten zu übertragen. Die Unterbeteiligung erfolgt durch eine Beteiligung des Investors, dessen Verhältnis zum Verkäufer einer BGB-Gesellschaft in Form der Innengesellschaft entspricht.<sup>41</sup> Durch die Unterbeteiligung entstehen Rechtsbeziehungen nur zwischen dem Unter- und Hauptbeteiligten,<sup>42</sup> eine Rechtsbeziehung zwischen Investor und Kreditnehmer entsteht somit nicht. Es erfolgt keine Abtretung oder sonstige Übertragung von Forderungen oder Sicherungsrechten.<sup>43</sup> Der Investor übernimmt das Forderungsausfallrisiko im Innenverhältnis und tritt wirtschaftlich gesehen an die Stelle des bisherigen Gläubigers.<sup>44</sup> Die vertragliche Beziehung zwischen dem Darlehensnehmer und seinem ursprünglichen Kreditgeber bleibt bei der Unterbeteiligung unberührt. Der Forderungseinzug verbleibt bei der ursprünglich kreditgewährenden Bank, eingehende Zahlungen sind aber an den Investor weiterzuleiten.<sup>45</sup>

---

38 Prüver, S. 41.

39 Prütting/ Wegen/ Weinreich, D. Schmidt, § 453 / Rn. 28.

40 Prüver, S. 41.

41 Bütter/ Aigner, BB 2005, 123; Kristen/ Kreppel, BKR 2005, 125; Prüver, S. 44.

42 Prütting/ Wegen/ Weinreich, von Ditfurth, § 705 / Rn. 52.

43 Froitzheim, S. 125.

44 Kristen/ Kreppel, BKR 2005, 125; Prüver, S. 44.

45 Prüver, S. 44.