

# NJW Neue Juristische Wochenschrift

Sonderdruck aus NJW Heft 48/2009

*Rechtsanwalt Hans Scharpf, LL. M., Frankfurt a. M.*

## Risiken des Handels mit notleidenden Krediten

Verlag C.H. Beck München und Frankfurt a. M.

# Neue Juristische Wochenschrift (NJW)



## Schriftleitung:

Rechtsanwalt Professor Dr. Achim Schunder (verantwortlich für den Textteil) und Rechtsanwalt Christoph Wenz-Fischer.

Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a.M., Postanschrift: Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a.M., Telefon: (0 69) 75 60 91-0, Telefax: (0 69) 75 60 91-49.

E-Mail: [redaktion@njw.de](mailto:redaktion@njw.de)  
Internet: [www.njw.de](http://www.njw.de)

## Mitglieder der Redaktion:

Rechtsanwältin Nathalie Dennier,

Rechtsanwalt Jürgen Dietermann,

Rechtsanwalt Stefan Fahrmeier,

Rechtsanwalt Bernd Gerhardt,

Rechtsanwältin Anett Hoffmann,

Rechtsanwalt Dr. Andreas Kappus,

Rechtsanwältin Dr. Maria Nauke-Lömkner,

Rechtsanwältin Esther Noske, LL.M.,

Rechtsanwalt Dr. Andreas Rein,

Rechtsanwältin Marianne Schwarz-Moore,

Rechtsanwältin Dr. Monika Spiekermann,

Rechtsanwalt Professor Dr. Martin Weber (alle Schwerpunkt Zivilrecht);

Rechtsanwalt Dr. Stephan Tausch (Schwerpunkt Strafrecht);

Rechtsanwältin Stephanie Kuchenbauer (Schwerpunkt Öffentliches Recht);

Rechtsanwalt Tim Nesemann (NJW-aktuell);

Assessorin Anne Holtermann (Schlussredaktion);

Bianca Bügler (Buchbesprechungen);

Dr. Georg Neureither (www.njw.de).

**Manuskripte:** Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt ein-

gereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres kann der Autor anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung erteilen; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, so weit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

**Anzeigenabteilung:** Verlag C. H. Beck, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Post-

fach 40 03 40, 80703 München, Telefon: Susanne Raff (0 89) 3 81 89-601, Julie von Steuben (0 89) 3 81 89-608, Bertram Götz (0 89) 3 81 89-610, Telefax: (0 89) 3 81 89-782.

Disposition: Herstellung Anzeigen, technische Daten, Telefon: (0 89) 3 81 89-606, Telefax: (0 89) 3 81 89-599, [njwanziegen@beck.de](mailto:njwanziegen@beck.de)

Anzeigenpreise: Zurzeit gilt Anzeigenpreisliste Nr. 52.

Anzeigenschluss: Ca. 9 Tage vor Er scheinen.

Verantwortlich für den Anzeigenteil: Fritz Lebherz.

**Verlag:** Verlag C. H. Beck oHG, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank München: Nr. 6 229-802, BLZ 700 100 80.

**Erscheinungsweise:**  
Wöchentlich an jedem Donnerstag.

**Beilagen (mehrmais jährlich):**  
NJW-Spezial und Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP).

**Bezugspreise 2009:** Halbjährlich (incl. NJWDirekt für 3 Nutzer) € 109,- (darin € 7,13 MwSt.); Vorzugspreis (gegen Nachweis) für Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins und Forum für junge RA (incl. NJWDirekt für 3 Nutzer) € 98,- (darin € 6,41 MwSt.), für Studenten, Referendare (fachbezogener Studiengang) und Anwälte, deren Zulassung jünger ist als drei Jahre (incl. NJWDirekt für 1 Nutzer) € 64,- (darin € 4,19 MwSt.), für Studenten und Referendare (fachbezogener Studiengang), die gleichzeitige Bezieher der JuS

sind € 49,- (darin € 3,21 MwSt.). Der Anspruch auf den Vorzugspreis für Studenten und Referendare erlischt mit dem Ablegen des Assessorexams. Einzelheft: € 5,- (darin € -,33 MwSt.). Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugzeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Jahrestitel und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

**Bestellungen:** über jede Buchhandlung und beim Verlag.

**Abo-Service:** Telefon: (0 89) 3 81 89-750, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 58, E-Mail: [abo.service@beck.de](mailto:abo.service@beck.de)

**Abbestellungen:** 6 Wochen vor Halbjahresschluss.

**Adressenänderungen:** Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

**Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienst-Datenschutzverordnung:** Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes beim Verlag widersprechen.

**Druck:** Druckerei C. H. Beck (Adresse wie Verlag). Lieferanschrift: Versand und Warenannahme, Berger Str. 3-5, 86720 Nördlingen.

Rechtsanwalt Hans Scharpf, LL. M., Frankfurt a. M.

## Risiken des Handels mit notleidenden Krediten\*

### Von non performing loans zu non existing loans

Im Frühjahr 2007 kam es in den USA zu erheblichen Zahlungsausfällen auf so genannte Subprime-Kredite. Hierunter versteht man Kredite, die überwiegend an Kreditnehmer mit geringer Bonität vergeben wurden. Die Subprime-Kredite wurden über strukturierte Anlageformen, vornehmlich durch Kredit-Derivate, im Kapitalmarkt refinanziert. Letztlich lösten Zahlungsausfälle im Sommer 2007 die Subprime-Krise aus, die sich zur weltweit schwersten Finanz- und Wirtschaftskrise seit dem Zweiten Weltkrieg entwickelt hat. Allerdings gab es das Problem immenser Zahlungsausfälle bereits vor der Subprime-Krise in den USA auch in Deutschland. Dieser Aufsatz widmet sich einer der Ursachen für die entstandene Bugwelle von Zahlungsausfällen bei Immobilienkrediten in Deutschland und der Frage, ob die Kreditvergabe insbesondere in Fällen der Überbewertung von Sicherheiten bzw. bei mangelnden Sicherheiten zu wirksamen Kreditverträgen führen konnte und welche Konsequenzen sich aus der etwaigen Nichtigkeit dieser Verträge ergeben könnten.

#### I. Einleitung

Nicht nur in den USA stiegen die Kreditausfälle und der Handel mit notleidenden Krediten erheblich an. Auch in Deutschland kam es bereits im Jahre 2004 zu den ersten Milliardentransaktionen von bad loans<sup>1</sup>. Das Volumen der gehandelten notleidenden Kredite stieg nach Investorenangaben 2004 von zwei bis drei Milliarden Euro auf rund zwölf Milliarden Euro an (Nominalwert)<sup>2</sup>. Beispielsweise wurden Portfolios der *Hypo Real Estate* mit einem Nominalwert von 3,6 Milliarden Euro und der *Dresdner Bank* mit einem Volumen von 1,2 Milliarden Euro durch *Lone Star* erworben<sup>3</sup>. Auch die *Archon Group*, eine Tochtergesellschaft der *Goldman Sachs* Gruppe, hat in Deutschland, etwa von der *Hypo-Vereinsbank* AG, größere Portfolios von distressed loans erworben. Diese spektakulären Deals führten dazu, dass auch die Öffentlichkeit diesen Markt inzwischen verstärkt wahrnimmt. Das Geschäft mit bad loans ist gerade für die finanziierenden Banken interessant, da sie sich dadurch zum einen von unattraktiv gewordenen Geschäften mit hohen Risiken und Kosten trennen können und zum anderen regulatorisches Eigenkapital durch Verringerung der risikogewichtigen Aktiva freisetzen. Gerade der letztgenannte Effekt ist in Zeiten von Basel II von erheblicher Bedeutung.

Von bad loans spricht man<sup>4</sup>, wenn die Bank auf Grund Zahlungsverzugs oder Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers (event of default) die Mög-

lichkeit der Kündigung des Darlehensvertrags hat<sup>5</sup> bzw. eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der Kredit nebst Zinsen nicht mehr oder zumindest nicht vollständig zurückgezahlt werden wird<sup>6</sup>. Aus Sicht von Investoren bieten sich verschiedene Gründe an, solche Kredite zu kaufen. In den meisten Fällen verfolgen die Investoren eine klare „Exit-Strategie“, das heißt eine aggressive Forderungseinziehung und/oder Sicherheitenverwertung. Risikokapitalgesellschaften kaufen die notleidenden Kredite mit erheblichem Abschlag, zeichnen sich oft durch schnellere Entscheidungsprozesse aus und erzielen daher nennenswerte Verbesserungen bei den Verwertungsergebnissen.

Daneben kann auch ein Unternehmenserwerb über den Umweg eines Forderungskaufs mit anschließendem dept-equity-swap Motiv für die Investition sein. Hierunter versteht man den Tausch von erworbenen Kreditverbindlichkeiten gegen Beteiligungskapital, das heißt Aktien des Schuldnerunternehmens.

Investoren können daher mit dem Kauf und der Verwertung von bad loans erhebliche Gewinne erwirtschaften. In Frage steht, warum es gerade in den vergangenen Jahren zu einem erheblichen Anstieg von Kreditausfällen gekommen ist und welche rechtlichen Konsequenzen sich aus den Ursachen der Kreditausfälle ergeben.

#### II. Problemstellung

Notleidende Kredite werden durch Forderungsabtretung übertragen. Grundlage hierfür ist immer ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen Bank und Erwerber. Die Zustimmung des Schuldners ist hierfür grundsätzlich nicht erforderlich. Werden hingegen ganze „Kundenbeziehungen“ abgetreten, bedarf es gem. § 415 BGB der Zustimmung des Bankkunden bzw. Kreditnehmers. Die rechtlichen Probleme einer Transaktion der Forderungen sollen im Einzelnen nicht erör-

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. und Geschäftsführer der *Scharpf & Associates Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*.

1 Die Begriffe notleidende Kredite, faule Kredite, bad loans, distressed loans und non performing loans werden synonym gebraucht.

2 Vgl. *DiebmerKnab*, „Das Geschäft mit Non-Performing-Loans“, Vortrag für die Schmalenbachgesellschaft München vom 21. 10. 2005, [www.kmf.bwl.uni-muenchen.de/schmalenbach/download/diebmer-schmalenbach.pdf](http://www.kmf.bwl.uni-muenchen.de/schmalenbach/download/diebmer-schmalenbach.pdf).

3 *Schalast*, BKR 2006, 193.

4 Die Begriffe bad loans und non performing loans etc. gehen nicht auf eine juristische Definition zurück.

5 *Toth-Fehér/Schick*, ZIP 2004, 491; *Wittig*, NZI 2002, 634.

6 *Schalast*, BKR 2006, 193 (195).

tert werden<sup>7</sup>. Die folgende Darstellung geht vielmehr der Frage nach, warum es zu dem Phänomen bad loans gekommen ist und welche rechtlichen Konsequenzen und Risiken, insbesondere für die Erwerberseite, sich hieraus ergeben.

Allgemein wird davon ausgegangen, dass notleidenden Forderungen ein vertragswidriges Verhalten des Darlehensnehmers zu Grunde liegt<sup>8</sup>, da dieser seiner Rückzahlungspflicht aus dem Kreditvertrag nicht nachkommt und daher seine primäre Pflicht nicht erfüllt. Diese Annahme blendet aus, dass ebenso gut eine vorschriftswidrige Kreditvergabe, also eine pflichtwidrige Verhalten des Kreditgebers, die Ursache sein kann. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen Kreditsicherheiten überbewertet wurden und Kreditvergaben trotz mangelnder Sicherheiten und Bonität des Kreditnehmers erfolgten<sup>9</sup>.

Als besonders gravierend hinsichtlich zumindest der objektiv pflichtwidrigen Kreditvergabe (Verstoß gegen § 18 KWG i. V. mit § 16 PfandbriefG und §§ 11, 12 HypothekenbankG: Pflicht der Bank, die Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers zu verlangen, wenn der Kredit den Beleihungswert übersteigt; Nichteinhaltung der Beleihungsgrenzen von 60% bzw. gegebenenfalls 80% bei Realkrediten) ist an den Fall *Jürgen Schneider* zu erinnern, der schon in den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts eine Wende in der Kreditvergabepolitik der Immobilienfinanzierer in Deutschland herbeigeführt hat. In den Vernehmungen der damals zuständigen Vorstandsmitglieder der Deutschen Bank und ihrer Tochtergesellschaft Deutsche Centralboden-Kredit AG stellte sich heraus, dass die Vorstände die Kreditvergabeentscheidungen auf die Angaben hauseigener Experten ohne eigene Prüfung stützten und die hauseigenen Experten Bewertungsgutachten wie „Werbetexte“ verfasst hatten<sup>10</sup>. Auch die ebenfalls in den neunziger Jahren durch so genannte Strukturvertriebe vermittelten Kredite zum Erwerb von so genannten „Schrottimmobilien“ an Bezieher einfacher und mittlerer Einkommen, die zurzeit die deutschen Gerichte, insbesondere den II. und XI. Zivilsenat des BGH stark beschäftigen, sind – wie immer deutlicher klar wird – in vielen Fällen pflichtwidrige Kreditvergaben gewesen (Verstöße gegen § 18 KWG, §§ 11, 12 HypothekenbankG sowie bankinterne Richtlinien der Kreditvergabe)<sup>11</sup>. Darüber hinaus beruhten diese Kredite häufig auf falschen Angaben und Berechnungen der Strukturvertriebsvertreter zum Wert und zum Ertrag der Immobilie gegenüber dem Kunden und Darlehensnehmer.

Schließlich gibt es noch die Fälle der Joint Venture-Finanzierungen und der Finanzierung der Errichtung von Gewerbe- und Wohnanlagen in Ostdeutschland durch deutsche Großbanken Anfang der neunziger Jahre, die zu Wertberichtigungen in Milliardenhöhe geführt haben. So musste etwa allein die aus der Allgemeinen Bayerischen Hypotheken und Wechselbank AG und der Bayerischen Vereinsbank AG fusionierte HypoVereinsbank AG Mitte der neunziger Jahre in einem ersten Schritt Wertberichtigungen auf derartige Kreditierungen in Höhe von 3,5 Milliarden DM vornehmen.

Betrachtet man die Details derartiger Kreditvergaben, die teilweise jegliche Vorsicht und Sorgfalt vermissen lassen, wird man gewahr, dass auch bankinterne Anreizsysteme zur Belohnung von kreditvergebenden Mitarbeitern (Extraprämiens und Provisionen), aber auch korrumplierende Methoden einzelner Kreditnehmer (sog. Kick-backs)<sup>12</sup> eine ganz wesentliche Rolle schon bei der Kreditvergabe erkennbar schief laufender Kreditengagements gespielt haben. Verständlich wird dieses Verhalten vor dem Hintergrund des Wettbewerbsdrucks der Banken untereinander, soweit sie

sich z. B. im Bereich der Immobilienfinanzierung um Ausweitung ihres Kreditvolumens bemüht haben, weil sie mit derartigen Finanzierungen, insbesondere mit Großkunden, ihr Geschäft machen bzw. machen wollten.

Vorschriftswidrige Kreditvergabe hat also in erheblichem Umfang zu dem anschwellenden Phänomen der bad loans beigetragen und das Ausfallrisiko deutlich erhöht<sup>13</sup>. Daneben spielt sicherlich auch die wirtschaftliche Entwicklung in Deutschland seit dem Jahre 2000, welche sich z. B. in der gewachsenen Zahl von Insolvenzen widerspiegelt, eine wesentliche Rolle, ebenso wie die kontinuierlichen Zinserhöhungen in den USA bei gleichzeitigem Verfall der Immobilienpreise. Auch die anfangs erwähnten Subprime-Kredite in den USA wurden, wie bereits erwähnt, an Kreditnehmer mit schlechter Bonität ohne ausreichende Sicherheiten vergeben<sup>14</sup>.

Die auf Grund solcher Kreditvergaben entstandenen erhöhten Ausfallrisiken waren allerdings für die Banken als Folge innovativer Refinanzierungsinstrumente, die in den USA schon in den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts entwickelt wurden<sup>15</sup>, handelbar geworden. Die Ausfallrisiken werden dabei durch die Banken alsforderungsbesicherte Wertpapiere (sog. Asset Backed Securities) verbrieft oder/ und über Kredit-Derivate verkauft. Ankäufer dieser Produkte waren Hedgefonds, Publikumsfonds, Versicherungen und andere Banken.

Aber auch wenn die Ausfallrisiken nicht verbrieft und veräußert werden, kann die Bank sich von den unliebsamen Krediten durch Veräußerung von Einzelforderungen (single names) und so genannten Portfolios aus notleidenden Krediten trennen. Die Handelbarkeit konnte sogar für die finanzierte Bank einen Anreiz darstellen, Kredite mit hohen Ausfallrisiken an bonitätsschwache Kunden ohne ausreichende Sicherheiten zu vergeben.

Sollte ein bad loan auf Grund von vorsätzlich fehlerhafter Sicherheitsbewertung und/oder durch den Verstoß gegen sonstige Kreditvergaberechtlinien (z. B. fehlende Bonitätsprüfungen) der Bank zu Stande gekommen sein, stellt sich aus juristischer Sicht die interessante Frage, welche zivilrechtlichen Konsequenzen sich hieraus ergeben. Die rechtlichen Auswirkungen und Konsequenzen solcher Verstöße der finanzierten Bank bzw. ihrer Vertreter, insbesondere auf

7 Eine diskutierte, mittlerweile entschiedene Frage ist die mögliche Verletzung des Bankgeheimnisses. Hierzu BGH, NJW 2007, 2106; vgl. auch *Toth-Fehler/Schick*, ZIP 2004, 491; *Kristen/Kreppel*, BKR 2005, 123; *Schalast*, BKR 2006, 193.

8 Statt vieler *Toth-Fehler/Schick*, ZIP 2004, 491 (494).

9 Derartige Kreditvergaben sollen eine wesentliche Ursache für die so genannte Subprime-Krise sein und führten in den USA zu Untersuchungen durch das FBI nicht zuletzt bezüglich der Vergabepraktiken der Hypothekenkreditanbieter. Vgl. hierzu auch *Financial Times Deutschland* v. 31. 1. 2008, S. 1: „FBI ermittelt gegen Banken wegen Betrugs“.

10 Die Zeit, Nr. 41/1997: „Bei der Kreditvergabe an den ImmobilienSpekulanten verließ sich der Vorstand der Deutschen Bank auf die hausigen Experten.“

11 Vgl. Studie „Erwerb von Kreditforderungen durch Private Equity-Unternehmen: Mögliche Gefahren für Verbraucher“ im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. vom 12. 10. 2007, vzbv.de. Die Studie enthält eine detaillierte Analyse über den Markt von non-performing-loans in Deutschland.

12 So geschehen im Falle des früheren Generalbevollmächtigten der Bayerischen Hypotheken- u. Wechselbank AG, der nachweislich über drei Mio. DM an Schmiergeldern erhalten hatte und wegen Untreue verurteilt wurde (s. LG München I, Urt. v. 2. 10. 2001 – KLS 323 Js 3844/01).

13 Vgl. auch *Schalast*, BKR 2006, 193.

14 FAZ v. 27. 12. 2005: „40 Mrd. Euro Ausfall durch Insolvenzen“; *Schalast*, BKR 2006, 193.

15 Vgl. hierzu *Schmeisser/Leonhardt*, DStR 2007, 169 (zu Asset-Backed Securities).

den Verkauf von bad loans an Risikoanlagegesellschaften, soll nachfolgend behandelt werden.

### III. Fallgruppen

Um die rechtlichen Folgen der Verletzung von Kreditvergabebestimmungen und Überbewertungen zu erläutern, sind zunächst zwei Fallgruppen zu unterscheiden.

#### 1. Veranlassung der Kreditvergabe durch den Kunden trotz mangelnder Kreditsicherheiten

Zuerst ist der Fall zu untersuchen, dass der Kunde und Kreditnehmer den Bankmitarbeiter zur Überbewertung seiner angebotenen Sicherheiten und zur Bewilligung eines nicht ausreichend besicherten Kredits veranlasst<sup>16</sup>. In diesen Fällen begeht der vorsätzlich handelnde Bankmitarbeiter eine Untreue zu Lasten der Bank<sup>17</sup>. Der Kunde und Kreditnehmer ist als Anstifter gem. § 26 StGB ebenfalls strafbar, da er den Bankmitarbeiter zu dessen Tat bestimmt hat. Neben den strafrechtlichen Auswirkungen sind im Hinblick auf den Handel mit bad loans, der in erster Linie durch zivil- und handelsrechtliche Normen gesteuert wird, die zivilrechtlichen Folgewirkungen eines solchen Verhaltens auf die geschlossenen Kreditverträge und die Sicherheitenbestellung, insbesondere deren Wirksamkeit, von Interesse.

a) *Nichtigkeit des Kreditvertrags und Rückzahlungsanspruch*. Ein durch eine Untreue zu Stande gekommener Kreditvertrag ist nichtig. Die Nichtigkeit ergibt sich zum einen aus § 134 BGB<sup>18</sup> und zum anderen auch aus dem Missbrauch der Vertretungsmacht durch die handelnden Bankangestellten, die die Bank vertreten. In solchen Fällen liegt ein kollusives Zusammenwirken des Kreditnehmers und der Bankangestellten zu Lasten der Bank vor. Ein Vertreter, der seine Bindungen im Innenverhältnis zum Vertretenen in dieser Weise überschreitet, handelt sittenwidrig<sup>19</sup>. Bei einem kollusiven Zusammenwirken mit dem illoyalen Vertreter handelt auch der Vertragspartner sittenwidrig<sup>20</sup>. Mithin ist der schuldrechtliche Vertrag gem. § 138 I BGB nichtig<sup>21</sup>.

Ein Rückzahlungsanspruch der Bank gegen den Kreditnehmer über das Bereicherungsrecht ist gem. § 817 S. 2 BGB gesperrt. Insoweit muss sich die Bank das gesetz- und sittenwidrige Verhalten ihres Vertreters zurechnen lassen<sup>22</sup>. Allerdings könnte sich aus § 823 II BGB i. V. mit §§ 266 I Alt. 1, 26 StGB, §§ 249 ff. BGB ein Rückzahlungsanspruch der Bank gegen den Kreditnehmer ergeben. Sieht man in der vorsätzlichen Verletzung von Kreditvergabebestimmungen und der vorsätzlichen falschen Bewertung eine Untreue gem. § 266 I Alt. 1 StGB, liegt eine Schutzgesetzverletzung vor<sup>23</sup>.

Gewiss ist dabei ein Mitverschulden der Bank zu berücksichtigen. Ein etwaiges Mitverschulden eines Organs der Bank, beispielsweise des Vorstands oder des Aufsichtsrats, etwa auf Grund der Verletzung von Aufsichts- und Kontrollpflichten, wäre der Bank über § 31 BGB zuzurechnen<sup>24</sup>. Die Anrechnung eines Mitverschuldens eines Bankmitarbeiters über §§ 254 II 2, 278 BGB<sup>25</sup> kommt hingegen nicht in Betracht, da es sich um eine Rechtsgrundverweisung handelt und gem. § 278 BGB eine Sonderverbindung gefordert wird<sup>26</sup>, die im Deliktsrecht gerade fehlt.

Sollte es zu einem Abzug eines Mitverschuldens gem. §§ 254, 31 BGB kommen, so stellt sich die Frage, in welchem Umfang eine Kürzung vorzunehmen ist. Für das Mitverschulden gilt grundsätzlich der Maßstab des § 276 BGB<sup>27</sup>. Die Höhe des Abzugs obliegt den Umständen des Einzelfalls<sup>28</sup>. Nach dem Gerechtigkeitsgedanken erscheint ein Anspruch ledig-

lich auf die Darlehenssumme ohne Anspruch auf die Zinsen als möglicher gerechter Ausgleich der Verschuldensbeiträge. Der Anspruch auf Rückzahlung der Darlehenssumme wäre in diesen Fällen sofort fällig.

b) *Auswirkung auf die Sicherheiten*. In Frage steht, wie sich die Nichtigkeit des Darlehensvertrags auf die Sicherheiten auswirkt. Insofern ist zwischen den verschiedenen Sicherheiten zu differenzieren. Handelt es sich um akzessorische Sicherheiten (z. B. Hypotheken), so führt die Nichtigkeit der zu sichernden Forderung grundsätzlich auch zum Untergang der Sicherheit im Verhältnis zum Forderungsgläubiger (sie wandelt sich in eine Eigentümergrundschuld um, § 1163 I 2 BGB). In den meisten Fällen dürften die Forderungen jedoch durch Sicherungsgrundschulden abgesichert worden sein, welche gerade keine Akzessorietät erfordern, sondern eine Verbindung zwischen Sicherheit und Forderung lediglich durch den Sicherungsvertrag, also auf schuldrechtlicher Ebene, vorsehen. Die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Darlehensverhältnisses führt grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit der Bestellung der Grundschuld als Erfüllungsgeschäft<sup>29</sup>. Ausnahmen gelten, wenn mit dem dinglichen Geschäft sittenwidrige Zwecke verfolgt werden oder die Unsittlichkeit gerade im Vollzug der Leistung liegt<sup>30</sup>. Sieht man diese Ausnahmen als nicht gegeben, könnten sich Herausgabeansprüche bzw. Löschungsansprüche bezüglich der Grundschuld

16 Als besonders gravierenden Fall kann man die Kick-back-Zahlungen von Berthold Kaaf an den damaligen Generalbevollmächtigten der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank AG Peter Stumpf zur Bewirkung von vorschriftswidrigen Kreditvergaben mit der Folge eines Wertberichtigungsbedarfs von über 1 Mrd. DM anführen (s. o. Fußn. 12).

17 Abzugrenzen ist dies zu erlaubten Risikogeschäften. Der Wille der Bank ist aber im Zweifel dahingehend auszulegen, dass der Bankmitarbeiter nur solche Dispositionen treffen darf, die dem Zweck und der üblichen Sorgfalt der Geschäfte entsprechen. Hierzu BGH, StV 2004, 424 = BeckRS 2004, 02937. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass der Untreutestatbestand erfüllt ist, insbesondere eine „Heilung“ durch eine Genehmigung der Bank nicht möglich ist (s. hierzu OLG Hamm, NStZ 1986, 119).

18 Auf Untreue gerichtete Geschäfte sind grundsätzlich nichtig; vgl. hierzu Armbrüster, in: MünchKomm, 5. Aufl. (2006), § 134 Rdnr. 53.

19 RGZ 108, 405 (407); Staudinger/Oechsler, BGB, Neubearb. 2003, § 826 Rdnr. 241.

20 RGZ 130, 131 (142); RGZ 136, 359 (360); RGZ 145, 311 (315); BGHZ 12, 308 = NJW 1954, 1159; BGH, NJW 1962, 1099; NJW 1968, 1471.

21 Grundsätzlich geht § 134 BGB § 138 BGB vor, allerdings ist die Regelung des § 134 BGB nicht abschließend, so dass sich die Nichtigkeit auch aus beiden Normen ergeben kann.

22 RGZ 100, 246 (250); BGH, NJW 1992, 310; Lieb, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2004), § 817 Rdnr. 35.

23 Vgl. hierzu auch: Kiefer, in: Festschr. f. Stree u. Wessels, 1993, S. 1205.

24 BGHZ 68, 142 (151) = NJW 1977, 1148; Oetker, in: MünchKomm, 5. Aufl. (2007), § 254 Rdnr. 136.

25 § 254 II 2 BGB gilt auch für Absatz 1 und ist nach herrschender Ansicht als Absatz 3 zu lesen. Hierzu BGHZ 1, 248 (249) = NJW 1951, 477; BGHZ 3, 46 (48) = LM § 254 (C) BGB Nr. 1; RGZ 62, 106 (108); Oetker, in: MünchKomm (o. Fußn. 24), § 254 Rdnr. 126; Finger, JR 1972, 406; Medicus, SchuldR I, 12. Aufl. (2000), § 59 II 1a, Rdnr. 569; Soergel/Mertens, BGB, 13. Aufl. (1999), § 254 Rdnr. 89; Staudinger/Schiemann, BGB, 13. Bearb. 1998, § 254 Rdnr. 95; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl. (2008), § 254 Rdnr. 60; a. A. Esser/Schmidt, AT 2, 8. Aufl. (2000), § 35 III 1.

26 So die h. M.; vgl. statt vieler: BGHZ 73, 190 (192) = NJW 1979, 973; BGHZ 103, 338 (342) = NJW 1988, 2667; Grundmann, in: MünchKomm (o. Fußn. 24), § 278 Rdnr. 1.

27 Oetker, in: MünchKomm (o. Fußn. 24), § 254 Rdnr. 35.

28 Bei Vorsatz der Organe als unmittelbares eigenes Verschulden der juristischen Person kann ein Schadensersatzanspruch auch gänzlich ausgeschlossen sein. Dies erscheint in den zu untersuchenden Fällen jedoch als unbillig, da hier auch das Verschulden der Kreditnehmer zu berücksichtigen ist.

29 BGH, WM 1977, 979; ZIP 1981, 487; Eickmann, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2004), § 1191 Rdnr. 41; hierzu auch Joswig, ZfR 2000, 184 m. w. Nachw.

30 BGH, WM 1966, 1221 (1223); NJW 1973, 613 (615); Joswig, ZfR 2000, 184.

aus dem Sicherungsvertrag<sup>31</sup> oder aus §§ 812 ff. BGB<sup>32</sup> ergeben<sup>33</sup>. Diese Ansprüche wären jedoch gem. § 817 S. 2 BGB gesperrt bzw. ihnen stünde die dauernde Einrede der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegen. Folglich bleibt grundsätzlich die Grundschuld bestehen und sichert nunmehr den Schadensersatzanspruch der Bank gegen den Kreditnehmer<sup>34</sup>.

In der untersuchten Fallgruppe führt dies zu folgendem Ergebnis: Die Bank hat einen Rückforderungsanspruch gegen den Kreditnehmer aus Deliktsrecht. Darüber hinaus bestehen auch etwaige Ansprüche gegen den Bankmitarbeiter, welcher gesamtschuldnerisch neben dem Kreditnehmer haftet. Abzüglich eines etwaigen Mitverschuldens ist dieser Anspruch beispielsweise lediglich auf die Rückzahlung der Darlehenssumme gerichtet. Eine bestellte Grundschuld bleibt grundsätzlich bestehen und sichert diesen Rückzahlungsanspruch. Die Bank kann demnach in diesen Fällen nur in Höhe der Darlehenssumme vollstrecken, bezüglich der Zinsen steht dem Kreditnehmer eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag zu.

## 2. Vorsätzliche Überbewertung von Kreditsicherheiten durch die Bank

Die zweite Fallgruppe betrifft die rechtlichen Konsequenzen eines „einseitigen“ Verstoßes gegen Kreditvergabebestimmungen bzw. die vorsätzliche falsche Überbewertung von Sicherheiten<sup>35</sup>. In diesen Fällen macht sich der Kreditnehmer nicht strafbar und es liegt auch kein Mitwissen auf seiner Seite vor. Das Vertragsverhältnis zwischen der Bank und dem Kreditnehmer ist jedoch auch in diesen Fällen nichtig. Die Nichtigkeit beruht auf dem sittenwidrigen Verhalten der Bank. Der Nichtigkeitsvorwurf basiert auf der Täuschung des Kreditnehmers, er könne sich die Investition leisten bzw. er verfüge über ausreichende Sicherheiten hierfür, da beispielsweise die von ihm zu erwerbende Immobilie als Sicherheit zu hoch bewertet wurde. Als Folge dieser falschen Bewertung schließt der Kreditnehmer im Vertrauen auf die Richtigkeit der durch die Bank vorgenommenen Bewertung den Kreditvertrag ab. Aus Sicht des Kreditnehmers ist daher auch das Risiko eines Zahlungsausfalls und einer darauf folgenden Zwangsvollstreckung kalkulierbar, da vermeintlich ausreichend Sicherheiten vorhanden sind, um den Gläubiger zu befriedigen. Folglich sieht der Kreditnehmer sein restliches Vermögen – soweit vorhanden – als nicht gefährdet an. Da jedoch die Sicherheiten überbewertet wurden, fällt auch das restliche Vermögen in die Vollstreckungsmasse, und da die Sicherheiten nicht ausreichend sind, wird auf dieses vorhandene Vermögen zugegriffen. Wäre dies jedoch den Kreditnehmern bei Abschluss des Darlehensvertrags bekannt gewesen, hätten sie den Vertragsschluss überdenken können. Ebenso durften die Kreditnehmer auf die Richtigkeit der vorgenommenen Bewertungen durch die Kreditgeber vertrauen, da diese auf Grund ihrer Tätigkeit und Expertise grundsätzlich besonderes Vertrauen genießen. Eine Täuschung des Kreditnehmers durch eine vorsätzlich vorgenommene Überbewertung verstößt daher gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und ist folglich sittenwidrig. In diesen Fällen besteht somit keine Darlehensforderung der Bank gegen den Kreditnehmer (§ 138 I BGB). Vielmehr hat die Bank bzw. ein Mitarbeiter eine vorvertragliche Aufklärungspflicht gegenüber dem Kreditnehmer verletzt, was zu einem Schadensersatzanspruch des Kreditnehmers aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (c.i.c.) führt, der auf das negative Interesse gerichtet ist<sup>36</sup>. Diesbezüglich wird der Bank auch gem. § 278 BGB das Verschulden ihrer Mitarbeiter und/oder der von ihr eingeschalteten

Kreditvermittler zugerechnet. Gegen den Bankmitarbeiter und/oder Kreditvermittler bestehen darüber hinaus möglicherweise noch Ansprüche aus § 826 BGB<sup>37</sup>. In dieser Fallkonstellation ist auch die Bestellung der Grundschuld als unwirksam anzusehen, da sich der Sittenwidrigkeitsvorwurf auch auf die Sicherheitenbestellung bezieht<sup>38</sup>. Mithin steht dem Kreditnehmer ein Löschungsanspruch bzw. Grundbuchberichtigungsanspruch sowohl aus c. i. c. als auch aus Gesetz (§ 894 BGB) zu, da das Grundbuch objektiv falsch ist.

Auch in dieser Fallgestaltung verwandeln sich non performing loans in „non existing loans“. Der Bank steht auch in dieser Fallgruppe ein Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB bezüglich der ausgezahlten Darlehenssumme zu, der sich um die entgegenstehenden Schadensersatzansprüche aus c. i. c. verkürzen kann, wenn die Aufrechnung erklärt wird. Der Anspruch der Bank ist auch nicht gem. § 817 S. 2<sup>39</sup> oder gem. § 814 BGB gesperrt, da der Leistungsempfänger nicht darauf vertrauen durfte, die Darlehenssumme behalten zu dürfen<sup>40</sup>. Davon unabhängig könnte der Anspruch der Bank auch noch dem Entreicherungseinwand gem. § 818 III BGB ausgesetzt sein. Zwar lehnt die Rechtsprechung einen solchen Einwand in den Fällen eines sittenwidrigen Darlehens ab, weil dem Darlehensnehmer nicht die Substanz (Darlehenskapital), sondern nur die zeitweilige Nutzung des Kapitals überlassen werde<sup>41</sup> und darüber hinaus eine verschärzte Haftung vorläge, die den Entreicherungseinwand ausschließe (§§ 819 I, 818 IV, 292, 989 BGB)<sup>42</sup>. Diese Rechtsprechung kann jedoch für die zu untersuchenden Fälle nicht überzeugen. Die Bank, die in sittenwidriger Weise ein Darlehen vergeben hat, damit der Darlehensnehmer hiervon eine Immobilie minderen Werts erwirbt und dabei den Darlehensnehmer durch die Bewertung der Immobilie über den wahren Wert täuscht, hat Kenntnis von dem mit der Zweckverfolgung verbundenen Risiko. Insoweit widerspricht es gerade dem dem Bereicherungsrecht innwohnenden Ziel eines gerechten und billigen Ausgleichs, um materielle Gerechtigkeit herbeizuführen, wenn man eine etwaige Entreicherung gerade nicht zum Abzug bringt. Daher ist nach Auffassung des Verfassers der Entreicherungseinwand nicht auszuschließen. Bezuglich der Geltendmachung der Grundschuld stehen dem Kreditnehmer Einwendungen gegen die dingliche Berechtigung wegen unwirksamer Bestellung zu.

31 Der Sicherungsvertrag ist causa des Bestellungsgeschäfts bzw. des dinglichen Geschäfts. Die Rechtsnatur des Sicherungsvertrags ist umstritten, aber für das vorliegende Ergebnis ohne Relevanz. Hierzu: *Eickmann*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 29), § 1191 Rdnrs. 14 ff.

32 BGH, DNotZ 1974, 292; NJW 1989, 1732; NJW 1990, 392.

33 *Eickmann*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 29), § 1191 Rdnr. 16; *Brehm/Berger*, *SachenR*, 2. Aufl. (2006), Rdnr. 18.29; *Wilhelm*, *SachenR*, 3. Aufl. (2007), Rdnr. 1577; *Baur/Stürner*, *Lehrb. des SachenR*, 17. Aufl. (1998), § 45 Rdnr. 26.

34 Dies entspricht auch der h. M. bei Sicherung eigener Schuld; statt vieler: *Eickmann*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 29), § 1191 Rdnr. 78; *Huber*, *Die Sicherungsgrundschuld*, 1965, S. 107; vgl. auch *OLG Köln*, ZIP 1983, 926.

35 Diese Fallgruppe entspricht der von Strukturbetrieben vermittelten Finanzierung von Schrottimmobilien.

36 BGHZ 99, 101 (106) = NJW 1987, 639; *Armbrüster*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 18), § 138 Rdnr. 167.

37 Vgl. hierzu auch BGH, NJW 1970, 657 (658).

38 Hierzu *Joswig*, ZfR 2000, 184.

39 Der nach der Rspr. und h. L. auch auf einseitige Verstöße nur durch den Leistenden Anwendung findet; hierzu *Lieb*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 22), § 817 Rdnr. 16.

40 BGHZ 73, 202 (206) = NJW 1979, 763; *Palandt/Sprau* (o. Fußn. 25), § 817 Rdnrs. 15, 21.

41 BGH, NJW 1995, 1152; NJW 1999, 1636; *Palandt/Sprau* (o. Fußn. 25), § 817 Rdnr. 21.

42 BGHZ 83, 293 = NJW 1982, 1585; BGH, NJW 1995, 1152; *OLG Karlsruhe*, WM 2005, 645 = BeckRS 2004, 10650; BGH, NJW 1999, 1636; NJW 2004, 1376; *Palandt/Sprau* (o. Fußn. 25), § 819 Rdnr. 2.

#### IV. Verkauf an Investoren

Im Folgenden wird untersucht, wie sich die oben festgestellten Ergebnisse auf den Verkauf an Investoren auswirken.

##### 1. Verkauf von bad loans bei Veranlassung der Kreditvergabe durch den Kunden trotz fehlender Sicherheiten

Erfolgt der Handel mit bad loans durch Abtretung der Forderung<sup>43</sup>, stellt sich die Frage, welche Forderungen abgetreten werden. Grundsätzlich werden selbstverständlich die Darlehensforderungen abgetreten. Da diese aber wegen Nichtigkeit des Kreditvertrags nicht bestehen, können sie nicht abgetreten werden, non performing loans entpuppen sich als „non existing loans“. Auch ein gutgläubiger Erwerb dieser Forderungen ist nicht möglich. Dem Investor werden entweder die Ansprüche aus Delikt abgetreten, wobei es hierfür allerdings an einer ausdrücklichen Einigung mangelt, oder er erwirbt lediglich einen Anspruch auf Abtretung der deliktischen Ansprüche aus vertraglicher Nebenpflicht. Im Falle des Erwerbs des deliktischen Anspruchs besteht das rechtliche Risiko, dass dieser möglicherweise nur in Höhe der Darlehenssumme besteht, nicht jedoch die Zinsen umfasst und verjährt sein könnte, da der Zedent bereits mehr als drei Jahre Kenntnis von den Tatbestandsmerkmalen des Schadensersatzanspruchs gehabt hat. Allerdings kann der Investor noch Schadensersatzansprüche gegen die veräußernde Bank aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (c. i. c.) haben. Zudem kann er die Grundschuld durch Abtretung erwerben und hieraus die Verwertung der Immobilie betreiben, allerdings mit dem Risiko der Herausgabepflicht des Verwertungserlöses bzw. Teilen davon.

Der Investor kann aus seinem dinglichen Titel vollstrecken. Insoweit hat er das Recht zur vollen Realisierung seines dinglichen Anspruchs. Jedoch stehen dem Kreditnehmer Einreden gegen die Geltendmachung der Grundschuld zu, da diese nur den Rückzahlungsanspruch in Höhe des deliktischen Anspruchs absichert. Über die Höhe der gesicherten Forderung hinaus darf die Grundschuld nicht in Anspruch genommen werden<sup>44</sup>, insoweit besteht die Einrede des mangelnden Sicherungsfalls<sup>45</sup>. Diese Einrede kann der Kreditnehmer auch dem Zessionär entgegenhalten, sofern dieser nicht Gutgläubenschutz genießt<sup>46</sup> (§ 1157 BGB). Durch das so genannte Risikobegrenzungsgesetz, welches am 19. 8. 2008 in Kraft getreten ist, wurde in § 1192 BGB ein Absatz 1 a eingefügt, welcher die Anwendung des Gutgläubenschutzes des § 1157 S. 2 BGB für die Fälle der Sicherungsgrundschuld ausschließt<sup>47</sup>.

Sollte ein einredefreier Erwerb nicht möglich sein, bestehen nach erfolgter Zwangsversteigerung und Auskehrung des Erlöses Ansprüche des Kreditnehmers aus §§ 812 ff. BGB bezogen auf den nicht gesicherten (Zins-)Anteil. Aber auch im Falle des gutgläubigen Erwerbs der Grundschuld besteht auf Grund des Sicherungsvertrags, der mit übertragen wird, eine Herausgabepflicht, soweit deliktische Ansprüche nicht mehr bestehen.

Der Kreditnehmer könnte zumindest Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer wegen Verletzung von Aufklärungspflichten geltend machen, wenn diese Pflichtverletzung zum gutgläubigen Erwerb der Sicherheit durch den Käufer geführt hat.

##### 2. Verkauf von bad loans bei vorsätzlicher Überbewertung von Kreditsicherheiten durch die Bank

Auch in dieser Konstellation sind non performing loans als non existing loans zu bezeichnen. Bezuglich der Forderung gilt das unter IV 1 Gesagte. Sieht man die Grundschuldbestel-

lung bei vorsätzlicher Überbewertung von Kreditsicherheiten durch die Bank als von der Sittenwidrigkeit erfasst an, stellt sich für die „Altfalle“ vor dem 19. 8. 2008 ebenfalls die Frage eines gutgläubigen Erwerbs der Grundschuld durch den Investor. Hierfür müsste der Investor bezüglich der Wirksamkeit der Grundschuldbestellung gutgläubig gewesen sein<sup>48</sup>. Davon ist grundsätzlich auszugehen, es sei denn, es wird eine Überprüfungspflicht zu den Umständen der Grundschuldbestellung als Teil der due diligence des Erwerbers statuiert, was jedoch wenig praktikabel und zu weitgehend wäre. Dem Kreditnehmer stehen jedoch Einreden gegen die Geltendmachung der Grundschuld aus der Rückgewährpflicht zu, welche sich aus c. i. c., § 242 BGB bzw. §§ 823 ff. BGB, insbesondere § 826 BGB, ergeben. Aber auch bezogen auf diese Einreden bestand bis zum Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes die Möglichkeit des gutgläubigen „Weg“-Erwerbs gem. § 1157 S. 2 BGB<sup>49</sup>. Sollte gutgläubig einredefrei erworben worden sein, können sich hieraus wiederum Schadensersatzforderungen des Kreditnehmers gegen die Bank wegen Verletzung von Nebenpflichten, insbesondere Aufklärungspflichten aus dem Kreditverhältnis, ergeben.

#### V. Zusammenfassung

Eine vorsätzliche Überbewertung von Sicherheiten bzw. ein vorsätzlicher Verstoß gegen Kreditvergaberechtlinien der Bank kann zur Nichtigkeit des Darlehensvertrags führen. In den Fällen der Subprime-Kredite und der bad loans ist daher schon die wirksame Entstehung der Kreditverträge zu überprüfen. In den beiden untersuchten Fallgruppen besteht bei Nichtigkeit lediglich ein Rückforderungsanspruch der Bank, der in der Höhe, je nach etwaigem Mitverschulden, auf die Darlehenssumme beschränkt sein kann. Bei vorsätzlicher Überbewertung von Kreditsicherheiten durch die Bank bestehen darüber hinaus Schadensersatzansprüche des Kreditnehmers gegen die kreditgebende Bank aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (c. i. c.), gerichtet auf das negative Interesse. Ist es zum Verkauf an Investoren gekommen, stellt sich für die Fälle vor dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes die Frage des gutgläubigen bzw. einredefreien Erwerbs der Grundschuld. Erlangte der Investor die Grundschuld kraft Gutgläubenschutz, so kann dies bei vorsätzlicher Überbewertung von Kreditsicherheiten durch die Bank ebenfalls zu Schadensersatzansprüchen des Kreditnehmers gegen die Bank führen. Darüber hinaus besteht das erhebliche Risiko für den Investor, dass die Schadensersatzansprüche der Bank gegen den Kreditnehmer, die er statt der Darlehensforderung erworben hat, auf Grund der Regelverjährung von drei Jahren bereits verjährt sind.

43 Die Abtretung der Forderungen ist zulässig; s. hierzu BGHZ 171, 180 = NJW 2007, 2106. Daneben bestehen noch andere rechtliche Möglichkeiten, mit Krediten bzw. Risiken zu handeln, beispielsweise durch Übernahme des gesamten Kreditvertrags oder durch so genannte synthetische Transaktionen, bei denen nur das Risiko gehandelt wird, wie bei Kredit-Derivaten oder Asset Backed Securities-Transaktionen.

44 BGH, NJW 1976, 45 = WM 1975, 1208; Eickmann, in: MünchKomm (o. Fußn. 29), § 1191 Rdnr. 26.

45 Eickmann, in: MünchKomm (o. Fußn. 29), § 1191 Rdnr. 86; Medicus, JuS 1971, 497 (503).

46 Bzgl. der Anforderungen an die Bösgläubigkeit besteht Streit; hierzu Eickmann, in: MünchKomm (o. Fußn. 29), § 1191 Rdnrs. 94 ff. Bzgl. Einreden aus dem Sicherungszweck und anderen schuldrechtlichen Beziehungen schadet insofern positive Kenntnis des Charakters als Sicherungsgrundschuld.

47 Vgl. hierzu allg. ZfIR-Dokumentation, ZfIR 2008, 649; Clemente, ZfIR 2008, 589.

48 Der Investor wäre diesbezüglich als bösgläubig anzusehen, wenn er positive Kenntnis von den entscheidenden Tatsachen hätte oder aber ein Widerspruch ins Grundbuch eingetragen wäre; s. Eickmann, in: MünchKomm (o. Fußn. 29), § 1191 Rdnr. 94.

49 Hierzu Eickmann, in: MünchKomm (o. Fußn. 29), § 1191 Rdnrs. 94 ff.