

# Inhaltsverzeichnis

## Erster Teil: Grundlagen

### Kapitel 1: Einführung 25

A. <i>Eingrenzung des Themas</i> .....	25
I. Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes .....	25
II. Fallgruppen und Terminologie .....	27
B. <i>Gründe für die Abgabe von Unterbeteiligungen</i> .....	29
I. Vor- und Nachteile für die Hauptbeteiligte .....	29
II. Vor- und Nachteile für die Unterbeteiligte .....	34
III. Vor- und Nachteile für den Kreditnehmer .....	36
C. <i>Problemfälle</i> .....	36
I. Yale Express-Fall .....	36
II. Bellat-Fall .....	37
III. Schlesischer Montankredit-Fall .....	37
IV. Michigan National-Fall .....	37
V. Lehigh Valley Trust-Fall .....	38
VI. Colocotronis-Fall .....	38
VII. Mademoiselle-Fall .....	38
VIII. Zusammenfassung .....	39
D. <i>Untersuchungsziel</i> .....	39
E. <i>Der Gang der Untersuchung</i> .....	40

### Kapitel 2: Die Unterbeteiligung auf dem Eurokreditmarkt 40

A. <i>Der Euromarkt</i> .....	41
B. <i>Beschreibung eines typischen Euro-Konsortialkreditvertrags</i> .....	43
I. Definitionen .....	43
II. Beschreibung des Kredits und Zahlungsbedingungen .....	44
III. Zinsen, Gebühren und Kosten .....	44
IV. Schutz vor unvorhergesehenen Entwicklungen .....	46
V. Representations, Warranties und Covenants .....	47
VI. Default .....	48
VII. Verhältnis der Banken untereinander .....	48
VIII. Abtretungsklausel .....	50
IX. Rechtswahl- und Gerichtsstandsklausel. „waiver of sovereign immunity“ .....	51

<i>C. Entwicklungen im Euromarkt</i> .....	51
I. Probleme bei der Umstrukturierung von Krediten im Hinblick auf die Unterbeteiligung .....	51
a) Problem der Mitbestimmungsrechte .....	53
b) Problem der Refinanzierung .....	54
c) Neue Ansätze zur Bewältigung der Schuldenkrise .....	55
II. Sekundärmarkt .....	56
a) Marktteilnehmer und Handelsgegenstand .....	58
b) Motivationen .....	58
c) Transaktionen im Marktgeschehen .....	61
d) Asset Swaps .....	61
e) Die Unterbeteiligung im Sekundärmarkt .....	62
1) Bedeutung .....	62
2) Unterschiede im Vergleich mit „klassischen“ Unterbeteiligungen? .....	63
III. Securitisation, insbesondere Transferable Loan Facilities .....	65
IV. Aktuelle Bedeutung der Unterbeteiligung .....	70
 <b>Kapitel 3: Vertragsanalyse</b> 	
A. Einführung .....	71
B. Abfassung als Brief, Zertifikat oder Vertrag .....	73
C. Beschreibung und Analyse der typischen Vertragsbestimmungen .....	75
I. Beschreibung von Kredit und Parteien .....	75
II. Einräumung der Unterbeteiligung .....	75
III. „Operationelle“ Bestimmungen .....	77
a) Bereitstellung von Liquidität durch die Unterbeteiligte .....	77
b) Zahlung des pro-rata-Anteils an eingehenden Zahlungen durch die Hauptbeteiligte .....	78
c) Kostenteilungsklausel .....	79
d) „Service Fee“ .....	79
e) Zusammenfassung der Hauptpflichten der Parteien .....	80
IV. Bindung der Unterbeteiligten an die Bestimmungen des Hauptkreditvertrages .....	80
V. Befugnis der Hauptbeteiligten zur Verwaltung des Kredits .....	81
VI. Mitbestimmungs- und Kontrollrechte der Unterbeteiligten .....	82
a) Mitbestimmungsrecht bei besonderen Maßnahmen .....	82
b) Konsultations-/ Informationspflichten der Hauptbeteiligten und Recht der Unterbeteiligten auf Einsicht in Unterlagen .....	84
VII. Freizeichnungsklauseln .....	85
a) Haftungsausschluß hinsichtlich der Rückzahlung des Hauptkredites .....	86
b) Unabhängige Bonitätsprüfung durch die Unterbeteiligte („independent reliance“-Klausel) .....	88
c) Beschränkung der Haftung der Hauptbeteiligten für getroffene Maßnahmen .....	88

3) Risk Capital-Test .....	135
4) Family Resemblance Test („literalist approach“) .....	137
5) Zusammenfassung .....	139
c) Die Unterbeteiligung als Investment Contract .....	139
1) Howey-Test .....	140
2) Gerichtsentcheidungen I: Unterbeteiligungen sind keine Investment Contracts .....	140
3) Gerichtsentcheidungen II: Unterbeteiligungen sind Investment Contracts .....	144
4) Literatur .....	146
5) Zusammenfassung .....	148
d) „Reliance“ als Voraussetzung eines Anspruchs und der Effekt von Freizeichnungsklauseln .....	150
<i>E. Konkurs der Hauptbeteiligten</i> .....	151
I. Das amerikanische Insolvenzverfahren für Banken .....	151
II. Sicherungsrechte nach Art. 9 UCC .....	154
a) Einführung in Art. 9 UCC im Hinblick auf Unterbeteiligungen an Krediten .....	154
b) Unterbeteiligung als Darlehen — Re Alda .....	156
c) Einordnung in der Literatur .....	158
III. Schutz der Unterbeteiligten über Trustrecht .....	160
a) Ausdrücklich oder stillschweigend begründeter Trust — Stratford v. Finex .....	161
b) Implied Trust — Mademoiselle .....	163
IV. Die Aufrechnungsproblematik .....	168
a) Wirtschaftlicher Hintergrund .....	168
b) Scott v. Armstrong .....	169
c) Mademoiselle .....	170
d) Die Penn Square-Fälle .....	170
1) Chase Manhattan Bank .....	170
2) Hibernia National Bank .....	172
3) Northern Trust .....	173
4) Seattle First .....	174
e) Literatur und Zusammenfassung .....	175
<b>Kapitel 5: England</b> .....	176
<i>A. Grundlagen</i> .....	176
I. Praktische Anwendungsfälle der Unterbeteiligung in England .....	176
II. Gestaltungsmöglichkeiten von Beteiligungen an Krediten .....	177
a) Novation .....	177
b) Assignment .....	178
1) Statutory Assignment nach Section 136 Law of Property Act ....	178
2) Equitable Assignment .....	180
3) Assignment of Proceeds .....	181
c) Sub-Participation .....	182
III. Die Richtlinien der Bank of England .....	182

<i>B. Hauptpflichten der Parteien</i> .....	185
I. Ansprüche der Hauptbeteiligten auf Auszahlung .....	185
a) Anspruchsgegner .....	185
b) Entstehen der Rückzahlungspflicht bei Refinanzierung im Rahmen einer Umstrukturierung .....	186
II. Schutzklauseln im Kreditvertrag .....	187
III. Pflichten der Unterbeteiligten .....	187
a) Bereitstellung von Liquidität .....	187
b) New Money-Problem .....	188
<i>C. Mitbestimmungs- und Kontrollrechte</i> .....	188
I. Mitbestimmungsrechte .....	188
II. Kontrollrechte und Bankgeheimnis .....	190
<i>D. Haftung der Hauptbeteiligten</i> .....	191
I. Haftung für Verwaltungsmaßnahmen .....	191
a) Haftung bei Umstrukturierungsmaßnahmen .....	191
b) Haftung bei sonstigen Verwaltungsmaßnahmen .....	192
1) Bestehen einer Sorgfaltspflicht .....	192
2) Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln .....	193
II. Haftung für Falschangaben .....	196
a) Vertragliche Haftung .....	197
b) Haftung nach dem Misrepresentation Act .....	197
1) Inhalt, Anwendbarkeit .....	197
2) Begriff der Misrepresentation .....	198
c) Deliktshaftung nach Hedley Byrne v. Heller .....	199
1) Der Fall Hedley Byrne .....	199
2) Anwendung auf Unterbeteiligungen .....	200
3) Vergleich zur Haftung nach dem Misrepresentation Act .....	200
d) Haftung nach Kapitalanlagenrecht .....	201
1) Der Prevention of Fraud (Investments) Act 1958 .....	201
2) Der Financial Services Act 1986 .....	201
e) Freizeichnungsklauseln .....	202
1) No liability-Klausel .....	202
2) No representation-Klausel .....	203
3) Independent reliance-Klausel .....	204
f) Wirkung des Rundschreibens der Bank of England .....	204
<i>E. Konkurs der Hauptbeteiligten</i> .....	205
I. Möglichkeiten zur Bestellung von Sicherheiten .....	205
a) Mortgages .....	205
b) Charges .....	206
II. Fiduziarischer Charakter der Unterbeteiligung .....	209
a) Sub-Loan .....	209
b) Assignment of Proceeds .....	210
c) Agency .....	211

VIII. Abtretungs- und Rückkaufsklauseln .....	89
a) Abtretung durch die Unterteilte .....	90
b) Abgabe weiterer Unterteilungen durch die Hauptteilte .....	90
c) Rückkauf durch die Hauptteilte .....	91
d) Recht der Hauptteilten zur Vollabtretung der Kreditforderung an die Unterteilte .....	92
IX. Geheimhaltungsklausel .....	92
X. Rechtswahl und Prorogation .....	93
<i>D. Zusammenfassung und rechtsvergleichende Analyse .....</i>	<i>93</i>
I. Typische Klauseln eines Unterteilungsvertrags .....	93
II. Rechtsvergleichende Analyse .....	96
III. Die fundamentalen Prinzipien eines Unterteilungsvertrags .....	97
a) Prinzip Nr. 1: „Indirektheit“ .....	98
b) Prinzip Nr. 2: „Wirtschaftliche Gleichstellung“ .....	98

## **Zweiter Teil: Die Unterteilung im Common Law**

### **Kapitel 4: USA**

100

<i>A. Grundlagen: Die Geschichte der Unterteilung im U.S. Binnenmarkt .....</i>	<i>100</i>
I. Unterteilungen an Hypotheken .....	100
II. Moderne Anwendungsfälle der Unterteilung .....	103
III. Die Geschichte der Penn Square Bank-Pleite .....	105
IV. Die Richtlinie des Comptroller of the Currency .....	107
<i>B. Hauptpflichten der Parteien .....</i>	<i>107</i>
I. Ansprüche der Unterteilten .....	107
a) Anspruchsgegner .....	108
1) Der Fall Yale Express Systems .....	108
2) Abweichende Auffassungen .....	109
b) Schutzklauseln im Kreditvertrag .....	112
II. Ansprüche der Hauptteilten .....	113
a) Stellung von Liquidität .....	113
b) Kostenerstattung .....	114
c) „Fresh money“ .....	116
<i>C. Mitbestimmungs- und Kontrollrechte der Unterteilten .....</i>	<i>118</i>
<i>D. Haftung der Hauptteilten .....</i>	<i>121</i>
I. Zivilrechtliche Haftung .....	122
a) Vertragliche Haftung für fehlerhafte Verwaltungsmaßnahmen .....	122
b) Deliktische Haftung für unrichtige Bonitätsangaben .....	127
II. Kapitalmarktrechtliche Haftung .....	129
a) Einführung in „Securities Regulation“ .....	129
b) Die „note“ als Security .....	132
1) Der Begriff „note“ .....	132
2) Investment / Commercial-Dychotomie .....	134

d) Trust .....	211
1) Ausdrücklicher Trust .....	212
2) Constructive Trust .....	212
III. Aufrechnung .....	213
a) Sub-Loan .....	213
b) Assignment of Proceeds .....	213

### Dritter Teil: Die Unterbeteiligung im Civil Law

#### Kapitel 6: Deutschland 214

A. Grundlagen: Geschichte und Abgrenzung von verwandten Geschäften .....	214
I. Geschichte .....	214
a) Gesetzliche Regelungen der Unterbeteiligung .....	214
b) Fälle über Unterbeteiligungen an Emissionskonsortien im 19. Jahrhundert .....	215
II. Verwandte Geschäftsarten .....	218
a) Treuhandkredit .....	218
b) Metageschäft .....	219
c) „Gemeinschaftskredite“ im Sparkassenwesen .....	220
d) Exkurs: Unterbeteiligungen an Personengesellschaftsanteilen im deutschen Recht .....	220
III. Heutige Bedeutung der Unterbeteiligung an Krediten im deutschen Bankengeschäft .....	222
B. Methoden: „Rechtsnatur“ der Unterbeteiligung .....	222
I. Schwierigkeiten bei der Ermittlung der „Rechtsnatur“ der Unterbeteiligung .....	223
a) Die Rechtsnatur der Unterbeteiligung an einem Personengesellschaftsanteil als Ausgangspunkt .....	223
1) Der gemeinsame Zweck .....	224
2) Förderung durch Beiträge .....	225
3) Innengesellschaft .....	226
4) Stille Gesellschaft .....	226
b) Weitere Schwierigkeiten bei der Unterbeteiligung an einem Kredit .....	228
1) Gesellschaft .....	228
2) Partiarisches Darlehen .....	231
3) Auftrags- und Treuhandrecht .....	231
4) Kauf .....	234
c) Zusammenfassung und Zwischenergebnis .....	236
II. Eigener methodischer Vorschlag .....	236
a) Die Relevanz der Methodenfrage .....	236
b) Alternativen .....	237
1) Gemischter Vertrag .....	237
2) Verkehrstypische Verträge .....	238
3) Ergänzende Vertragsauslegung .....	238
4) Ergebnis .....	241

<i>C. Hauptpflichten der Parteien</i> .....	242
I. Exkurs: Unterbeteiligungen an Personengesellschaftsanteilen .....	242
II. Ansprüche der Unterbeteiligten .....	242
a) Anspruch auf Auszahlung des pro-rata-Anteils an den eingehenden Zahlungen des Darlehensnehmers .....	242
b) Direkter Anspruch der Unterbeteiligten gegen den Darlehensnehmer? .....	243
c) Die Anwendung von Schutzklauseln aus dem Kreditvertrag im Rahmen der Unterbeteiligung .....	244
1) Disasterklausel und Increased Cost-Klausel .....	246
2) Illegality-Clause .....	248
3) Sharing Clause .....	249
III. Ansprüche der Hauptbeteiligten .....	250
a) Anspruch auf Stellung von Liquidität .....	250
b) Kostenerstattung und andere Ansprüche .....	251
c) „Fresh-Money“-Problem .....	251
<i>D. Mitbestimmungs- und Kontrollrechte der Unterbeteiligten</i> .....	253
I. Mitbestimmungsrechte .....	253
a) Exkurs: Unterbeteiligung an einem Personengesellschaftsanteil .....	253
b) Rechte bei der Kreditunterbeteiligung .....	254
c) Kündigungsrecht bei Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte .....	259
II. Informations- und Kontrollrechte .....	261
a) Exkurs: Unterbeteiligung an einem Personengesellschaftsanteil .....	261
b) Unterbeteiligung an einem Kredit, insbesondere der Konflikt mit dem Bankgeheimnis .....	262
<i>E. Haftung der Hauptbeteiligten</i> .....	263
I. Haftung für Verwaltungsmaßnahmen .....	263
a) Anspruch bei mitbestimmungsfreien Maßnahmen .....	264
b) Haftung bei Verletzung der Mitbestimmungsrechte .....	264
c) Haftungsmaßstab .....	265
d) Umfang des Schadensersatzanspruches .....	265
II. Haftung für die Rückzahlung des Darlehens .....	266
a) Vertrag .....	267
1) § 708 BGB analog .....	267
2) § 438 BGB analog .....	267
3) Positive Vertragsverletzung .....	268
b) culpa in contrahendo .....	268
c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung .....	270
d) Delikt .....	270
III. Freizeichnungsklauseln .....	272
a) Keine Bonitätsgarantie .....	272
b) Unabhängige Bonitätsprüfung .....	272
c) Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit .....	273
d) Ausdrücklicher und vollständiger Haftungsausschluß für Richtigkeit und Vollständigkeit der Kreditinformation .....	273

<i>F. Konkurs der Hauptbeteiligten</i> .....	274
I. Exkurs: Die Unterbeteiligung an einem Personengesellschaftsanteil ...	274
a) Auflösung und Liquidation von Hauptgesellschaft und Unterbeteiligungsgesellschaft .....	274
b) § 51 KO .....	274
c) § 16 I KO .....	275
d) § 236 HGB .....	277
II. Konkurs der Hauptbeteiligten .....	279
a) Bei gesellschaftsrechtlicher Einordnung .....	279
b) Schutz als Treugut .....	280
1) Unterbeteiligung als Treuhandverhältnis .....	280
2) Das Unmittelbarkeitsprinzip .....	281
3) Kritik am Unmittelbarkeitsprinzip .....	282
4) Exkurs: Konkurs der Hauptbeteiligten in Österreich .....	283
5) Eigene Ansicht .....	284
6) Anwendung auf Unterbeteiligungen nach Valutierung des Kredites	286
7) Anwendung auf Unterbeteiligungen vor Valutierung des Kredites	286
8) Folgen .....	287
c) Schutz durch Sicherungsabtretung .....	288
d) Aufrechnungsproblematik .....	289

## **Kapitel 7: Frankreich** 290

<i>A. Grundlagen</i> .....	290
<i>B. Hauptpflichten der Parteien</i> .....	291
I. Ansprüche der Unterbeteiligten .....	291
a) Anspruch der Unterbeteiligten gegen den Darlehensnehmer .....	291
1) Die Ansicht der Rechtsprechung .....	291
2) „Convention de croupier“ (Mattout) .....	296
3) „Cession occulte“ (Bloch) .....	297
4) „Contrat de dépôt entre banques“ bei Unterbeteiligung vor Valutierung des Kredites .....	297
5) „Subrogation“ bei Unterbeteiligung nach Valutierung des Kredites	298
b) Anspruch gegen die Hauptbeteiligte .....	299
c) Die Anwendung von Schutzklauseln aus dem Kreditvertrag im Rahmen der Unterbeteiligung .....	300
II. Ansprüche der Hauptbeteiligten .....	301
a) Anspruch auf Stellung von Liquidität .....	301
b) Kostenerstattung .....	301
c) Fresh-Money-Problem .....	301
<i>C. Mitbestimmungs- und Kontrollrechte der Unterbeteiligten</i> .....	302
I. Mitbestimmungsrechte .....	302
II. Kontrollrechte und Informationspflichten .....	302
<i>D. Haftung der Hauptbeteiligten</i> .....	303
I. Haftung für getroffene Verwaltungsmaßnahmen .....	303
II. Haftung für unrichtige Bonitätsangaben .....	304



<i>E. Konkurs der Hauptbeteiligten</i> .....	305
I. Société en participation .....	306
II. Convention de croupier .....	307
III. Cession occulte .....	307
IV. Fiducie .....	308
a) Mandat d'encaissement als Schutzmechanismus .....	308
b) Einordnung der „société en participation“ als „fiducie“ .....	308
c) Wirkung der „fiducie“ im Konkurs des Treuhänders .....	309
d) Clauses d'inaliénabilité als Schutzmechanismus? .....	309
V. Spanisches und belgisches Recht .....	310

## Vierter Teil: Rechtsvergleichende Würdigung

### **Kapitel 8: Gemeinsamkeiten und Unterschiede der untersuchten Rechtsordnungen** 312

<i>A. Hauptpflichten</i> .....	312
I. Anspruchsgegner .....	312
II. Schutzklauseln .....	314
III. New Money .....	315
<i>B. Mitbestimmungs- und Kontrollrechte</i> .....	315
I. Mitbestimmungsrechte .....	315
a) bei der Modifikation des Kreditvertrages .....	315
b) bei Maßnahmen im Rahmen des Kreditvertrages .....	317
II. Kontroll- und Informationsrechte .....	318
<i>C. Haftung der Hauptbeteiligten</i> .....	320
I. Haftung für Verwaltungsmaßnahmen .....	320
II. Haftung für Bonitätsangaben .....	321
III. Freizeichnungsklauseln .....	323
<i>D. Konkurs der Hauptbeteiligten</i> .....	324
I. Sicherungsrechte .....	325
II. Rechtsnatur und Vorzugsrechte im Konkurs .....	326
<i>E. Synthese</i> .....	329
I. Parteiautonomie als oberstes Regelungsprinzip .....	329
a) Vertragliche Regelung .....	329
b) Einfluß des Bankaufsichtsrechts .....	331
II. Die Verwirklichung der „Prinzipien“ .....	331
III. Notwendigkeit eines Schutzes der Unterbeteiligten? .....	333
a) Konflikt zwischen Prinzip Nr. 1 und Prinzip Nr. 2 als Auslöser für Überlegungen zum Schutz der Unterbeteiligten .....	334
b) Die Unterbeteiligte als schutzwürdige Partei? .....	334
1) Problem des direkten Anspruchs .....	334
2) Problem der Kontrolle der Tätigkeit der Hauptbeteiligten .....	334

3) Problem der Informationsdefizite .....	335
4) Problem des Insolvenzschutzes .....	335
c) Verwirklichung eines Schutzes durch Bankaufsichtsrecht .....	336
d) Notwendigkeit für einen weiteren Schutz durch Zivilrecht .....	336
1) Verhandlungsmacht der Unterbeteiligten .....	336
2) „Sophistication“ der Unterbeteiligten .....	337
<b>Kapitel 9: Die „Rechtsnatur“ der Unterbeteiligung</b> .....	337
A. Die Konsequenzen der Ermittlung einer „Rechtsnatur“ der Unterbeteiligung .....	338
I. Vertragspflichten .....	338
II. Berechtigung an der Darlehensforderung .....	339
B. Die Rechtsnatur der Unterbeteiligung im Common Law .....	340
I. Kein Vertragstypenproblem im Common Law .....	340
II. Rechtsnatur nicht als Universallösung .....	341
III. Vorrang des Austauschvertrags .....	343
C. Die Rechtsnatur im Civil Law .....	344
I. Fragwürdigkeit des „Rechtsnaturdenkens“ aus rechtsmethodologischer Sicht im deutschen Recht .....	344
a) Ursachen des Rechtsnaturdenkens im deutschen Recht .....	344
1) Subsumtion und Typenlehre .....	345
2) Atypische Verträge und atypische Vertragsgestaltungen .....	348
b) Vorrang einer „systemstabilisierenden“ Typisierung? .....	348
c) Gefahren und Probleme des Typendenkens .....	349
II. Rechtsnatur als Universallösung .....	350
a) Rechtsprechung .....	350
b) Literatur .....	351
III. Vorrang des Gesellschaftsrechts bei der Einordnung unbenannter Verträge .....	352
D. Fazit .....	353
<b>Kapitel 10: Die Unterbeteiligung im internationalen Kreditgeschäft — ein Anwendungsfall von „transnationalem“ Recht?</b> .....	354
A. Hypothese: transnationales Recht im Euro-Bankengeschäft .....	354
B. Die <i>lex mercatoria</i> -Theorie .....	357
I. Internationale <i>lex mercatoria</i> als Idee .....	357
II. Die einzelnen Elemente .....	358
a) Rechtsquellenlehre .....	359
b) Rechtsanwendung durch die Schiedsgerichte .....	360
1) Schiedsrichterliche Praxis und internationales Privatrecht .....	360
2) Ordentliche Gerichte .....	361
c) Inhalte einer <i>lex mercatoria</i> .....	362

III. Sinnvolle Anwendung der <i>lex mercatoria</i> -Theorie auf das internationale Bankvertragsrecht? .....	363
a) Rechtsquellen? .....	363
b) Rechtsanwendung? .....	365
c) Inhalte? .....	366
d) Fazit .....	367
C. <i>Transnationales Recht — Theoretische Grundlegung</i> .....	367
I. Die Theorie von Eugen Langen .....	367
II. Weiterentwicklung .....	368
III. Rechtsquellen des transnationalen Rechts .....	370
IV. Mögliche Einwände .....	371
D. <i>Praktische Anwendung von transnationalem Recht auf die Unterbeteiligung</i> ....	372
I. Handlungsbedarf für Transnationales Recht .....	373
II. Uniformität der untersuchten Rechte .....	374
a) Bereiche ohne Uniformität .....	374
b) Uniformität im Vertragsrecht .....	377
c) Bedeutung von Handelsbräuchen .....	379
III. Anhaltspunkte für eine „Transnationalität“ der vorgefundenen einheitlichen Rechtssätze .....	379
a) Vertragstexte .....	380
b) Internationaler Markt .....	381
c) Literatur .....	382
E. <i>Schlußbetrachtung</i> .....	383

**Literaturverzeichnis** 385

**Sachwortverzeichnis** 399