

Dr. Günther M. Bredow, RA, und Finn-Michael Liebscher, RA

# Kreditportfoliotransaktionen – Probleme nach Erwerb und deren Vermeidung

Infolge der Finanzkrise war der Markt für Kreditportfoliotransaktionen nach der Boomphase 2003 bis 2007 vorübergehend sehr ruhig geworden. Seit 2012 hat sich der Markt jedoch wieder spürbar belebt. Gründe hierfür sind insbesondere die erhöhten Eigenkapitalanforderungen (Basel III), die Stress-Tests der EBA (European Banking Authority), und der Verkauf von Portfolien aufgrund beihilferechtlich bedingter Auflagen der EU oder weil diese nicht mehr zum Kerngeschäft gehören (vgl. Hinweis auf Ernst & Young Studie, BB 2011, 3111). Im Mittelpunkt der Publikationen zu Kreditportfoliotransaktionen stehen meist die rechtlichen Fragen beim Erwerb und der Akquisitionstrukturierung aufgrund des Bankgeheimnisses und der Anforderungen des Datenschutzes sowie bankaufsichtsrechtliche Aspekte (Bankerlaubnis). Weniger im Fokus standen bislang die Probleme des Käufers nach Erwerb eines Portfolios, insbesondere bei der Durchsetzung der erworbenen Portfolio-Ansprüche gegenüber den Schuldern einerseits und der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber dem Portfolio-Verkäufer andererseits. Solche Probleme ergeben sich insbesondere, wenn das Portfolio schon mehrfach Gegenstand eines Verkaufs gewesen ist. Die dabei auftretenden Fragen lassen sich jedoch durch vertragliche Regelungen im Portfolio-Kaufvertrag weitgehend beherrschen. Hierzu gibt der Beitrag Hinweise aus Praktikersicht.

## I. Gang der Darstellung

Im Folgenden werden zum besseren Verständnis zunächst die wesentlichen Schritte beim Erwerb eines Kreditportfolios dargestellt (Ziff. II.), dann werden die möglichen Probleme nach Erwerb erläutert (Ziff. III.), und anschließend vertragliche Gestaltungen zu deren Vermeidung vorgeschlagen, mit konkreten Beispielen für denkbare Vertragsklauseln (Ziff. IV.).

## II. Zum Hintergrund: wesentliche Schritte beim Ablauf eines Portfolioerwerbs

### 1. Due Diligence

Der Käufer eines Portfolios erhält vom Verkäufer grundsätzlich vor dem Erwerb Gelegenheit, das Portfolio, insbesondere den Bestand der Grundpfandrechte und Forderungen, im Rahmen einer *Due Diligence* zu prüfen. In der Regel wird zumindest eine rechtliche, finanzielle (wirtschaftliche) und steuerliche *Due Diligence* durchgeführt. Enthält ein Portfolio sowohl notleidende Kredite (*non-performing loans*) als auch (noch) nicht notleidende (*performing loans*), ist aus Gründen des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes erforderlich, dass die betreffenden Datenbestände und Informationen getrennt werden: Die Informationen über die nicht notleidenden Kredite werden in einem „roten“ Datenraum nur solchen Personen zugänglich gemacht, die einer berufsrechtlichen Verschwiegenheit

unterliegen (Rechtsanwälte, Steuerberater), nicht jedoch etwaigen Vertretern des Käufers selbst. Für die Informationen über notleidende Kredite bestehen dagegen keine besonderen Restriktionen, so dass diese in einem „grünen“ Datenraum auch anderen Personen zur Verfügung gestellt werden können (allerdings auch hier erst nach Unterzeichnung üblicher Vertraulichkeitserklärungen). Für den Käufer bedeutet dies, dass er für den Erwerb nicht notleidender Kredite zwingend entsprechende Berater hinzuziehen muss. Erst über diese und den betreffenden *Due-Diligence*-Report erhält er etwaige Risikohinweise hinsichtlich des Portfolios (in anonymisierter Form).

Bei sehr großen Portfolien, die mehrere tausend Kreditengagements umfassen können, wird die Prüfung jedes einzelnen Engagements oft zeitlich nicht möglich sein oder der Käufer scheut den personellen und kostenmäßigen Aufwand, nicht zuletzt für die verschiedenen externen Berater. In der Praxis führt dies dazu, dass der Käufer häufig nur eine Stichprobe aus der Gesamtzahl aller Kreditengagements prüfen (lassen) wird.

Daneben wird dem Käufer eine Bestandsdatenbank überlassen, meist als „Datenband“ bezeichnet. Dieses enthält hinsichtlich aller Engagements Angaben insbesondere über den Schuldner (anonymisiert bei nicht notleidenden Krediten), die Forderungshöhe, Zinsrate und Zinsbindung, Grundpfandrechte (Art, Nominalbetrag, Rang), die Art und Belegenheit der belasteten Objekte und die sonstigen Sicherheiten. Auf der Basis der Angaben im Datenband ermittelt der Käufer nach Maßgabe seiner Bewertungskriterien den Kaufpreis für das Portfolio. Das Datenband ist damit für den Käufer von maßgeblicher Bedeutung. Sind wertrelevante Angaben im Datenband unrichtig – z.B. Grundpfandrechte bestehen nicht in der angegebenen Höhe oder haben nicht den angegebenen Rang – so beruht die Kaufpreisbemessung des Käufers auf unzutreffenden Prämissen. Die Ergebnisse der *Due Diligence* müssen deshalb mit den Angaben im Datenband abgeglichen werden. Da wie erläutert in aller Regel jedoch nicht sämtliche Engagements des Portfolios, sondern nur Stichproben geprüft werden, ist ein vollständiger Abgleich meist nicht möglich. Ergeben sich bei den Stichproben Abweichungen, kann der Käufer allenfalls „hochrechnen“ und die Risiken bezogen auf das Gesamtportfolio schätzen. Es liegt in der Natur einer solchen Schätzung, dass dabei ein Teil der Risiken möglicherweise nicht angemessen berücksichtigt wird. Ein Käufer muss folglich Wert darauf legen, dass er gegen etwaige Risiken möglichst umfassend vertraglich abgesichert ist.

### 2. Vertragsabschluss und Vollzug der Transaktion

Nachdem der Kaufvertrag über den Portfolioverkauf abgeschlossen wurde und die vereinbarten Vollzugsvoraussetzungen (Closing-Bedingungen) eingetreten sind, wird das Portfolio am Vollzugstag über-

tragen. Bei nicht notleidenden Krediten erfolgt dies in der Regel unter Verwendung von umwandlungsrechtlichen Strukturen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, um die bei Einzelrechtsübertragung der Vertragsverhältnisse notwendige Zustimmung der Schuldner zu vermeiden (vereinfacht z. B. durch eine Ausgliederung des Portfolios auf eine Zweckgesellschaft und der anschließende Erwerb der Anteile an dieser Zweckgesellschaft durch den Portfolio-Käufer am Vollzugstag). Bei notleidenden Krediten werden hingegen auch bei großen Portfolien die Forderungen und Sicherheiten meist durch Einzelrechtsnachfolge ohne Zustimmung der Schuldner übertragen, d. h. am Vollzugstag werden alle Forderungen und Sicherheiten durch separate Erklärungen (mithin ggf. durch mehrere tausend Erklärungen) abgetreten.

Bei Portfolien mit notleidenden Krediten ist im Übrigen der Verkäufer zum Teil nur wirtschaftlich Berechtigter der Forderungen und Grundpfandrechte, nicht jedoch der rechtliche Berechtigte (dinglicher Rechtsinhaber). Dinglich Berechtigter ist in diesen Fällen oft ein Sicherheitentreuhänder. Die dingliche Übertragung erfolgt dann durch den Sicherheitentreuhänder.

Ferner sind am Vollzugstag sämtliche Kreditunterlagen, u. a. die Grundpfandbriefe und Vollstreckungstitel, an den Portfolio-Käufer zu übergeben. Sind die betreffenden Dokumente nicht im Besitz des Verkäufers, tritt der Verkäufer seine Herausgabeansprüche gegen die unmittelbaren Besitzer an den Portfolio-Käufer ab. Angesichts der Vielzahl der Erklärungen und zu übergebender Dokumenten liegt es auf der Hand, dass die Vollständigkeit der Erklärungen und Dokumente vom Portfolio-Käufer am Vollzugstag faktisch nicht überprüft werden kann. Es ist somit möglich, dass die Übertragung einzelner Forderungen oder Grundpfandrechte oder die Übergabe bestimmter Dokumente versehentlich unterbleibt oder in den Abtretungserklärungen bestimmte Angaben, etwa die Grundbuchangaben zu den Grundpfandrechten, fehlerhaft sind. Für den Portfolio-Käufer ist aber die Vollständigkeit und Richtigkeit der Erklärungen und Dokumente wesentliche Voraussetzungen für die spätere Durchsetzung der Forderungen und Sicherheiten gegenüber den Schuldnern (dazu sogleich nachfolgend Ziff. III).

### III. Mögliche Probleme nach Erwerb

Mögliche Probleme nach dem Portfolioerwerb stellen sich in erster Linie bei der Abwicklung des Portfolios, mithin in der Phase der Verwertung und Zwangsvollstreckung, nachdem ein Kredit notleidend geworden ist. Solche Probleme können sein:

#### 1. Fehlerhafte Angaben in den Abtretungserklärungen des Verkäufers (1. Fallgruppe)

In den Abtretungserklärungen, durch die der Verkäufer (oder der Sicherheitentreuhänder) die Grundpfandrechte auf den Portfolio-Käufer übertragen hat (übertragen sollte), können u. a. falsche oder unzutreffende Grundbuchangaben enthalten sein. Will der Portfolio-Käufer als Zessionar aus abgetretenem Recht aber Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den jeweiligen Schuldner einleiten, muss er zunächst unter Darlegung der Rechtsnachfolge beim beurkundenden Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Schuldtitels bzw. die Umschreibung der Vollstreckungsklausel beantragen (vgl. §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 727 ZPO). Hierzu sind dem Notar die Nachweise über die Rechtsnachfolge in öffentlich beglaubigter Form vorzulegen.<sup>1</sup> Ist die Abtretungserklärung fehlerhaft, kann dieser Nach-

weis nicht erbracht werden und der Antrag auf Umschreibung der Vollstreckungsklausel wird abgewiesen. Die Rechtsnachfolge ist auch nachzuweisen, wenn der Portfolio-Käufer bereits laufende Zwangsvollstreckungsmaßnahmen (wie bei notleidenden Krediten oftmals der Fall) fortführen will. Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, muss das Vollstreckungsverfahren unter Umständen eingestellt werden.

#### 2. Unvollständige oder fehlerhafte Kreditunterlagen (2. Fallgruppe)

Die vom Verkäufer an den Portfolio-Käufer zu übergebenden Kreditunterlagen können unvollständig sein, da die Vollständigkeit der Unterlagen bei Übergabe faktisch nicht zu überprüfen ist (siehe oben). Wesentliche Probleme ergeben sich, wenn Grundschuldbestellungsurkunden oder Grundpfandbriefe oder Abtretungserklärungen zwischen den Vorgläubigern fehlen.<sup>2</sup>

##### a) Fehlende Grundschuldbestellungsurkunden

Sofern der Portfolio-Käufer gegen einen Schuldner Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einleiten will, muss er zwecks Umschreibung der Vollstreckungsklausel dem beurkundenden Notar auch die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde vorlegen.<sup>3</sup> Fehlt diese Grundschuldbestellungsurkunde, muss der Portfolio-Käufer beim Notar die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung beantragen und der Notar hat hierzu von Amts wegen die Entscheidung des zuständigen Amtsgerichts einzuholen (§ 797 Abs. 3 ZPO). Wenn jedoch – wie regelmäßig – schon dem Erstgläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt wurde, verlangt die Literatur und Rechtsprechung besondere Gründe für das Interesse des Zessionars an der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung.<sup>4</sup> Ohne die ursprünglich erteilte vollstreckbare Ausfertigung kann daher möglicherweise die jeweilige Forderung und das Grundpfandrecht nicht verwertet werden.

Ein Fehlen der Grundschuldbestellungsurkunde ist insbesondere denkbar, wenn sich die Urkunde noch bei einem der Vorgläubiger oder bei Vollstreckungsorganen befindet, falls mit Vollstreckungsmaßnahmen bereits begonnen wurde. In der Praxis kommt es auch durchaus vor, dass nicht ermittelt werden kann, in wessen Besitz sich die Urkunde aktuell tatsächlich befindet. In diesen Fällen nützt es dem Portfolio-Käufer nicht, dass der Verkäufer die Herausgabeansprüche gegen den unmittelbaren Besitzer an den Käufer abgetreten hat, da der Käufer mangels Kenntnis des Besitzers diese Ansprüche nicht geltend machen kann. Der Verkäufer wird seinerseits stets einwenden, dass er mit Abtretung der Herausgabeansprüche seine primäre Leistungspflicht erfüllt habe.

##### b) Fehlender Grundpfandbrief

Sofern bei einem Briefgrundpfandrecht der Grundpfandbrief fehlt, wird dies die Klauselumschreibung in der Regel nicht hindern (str.),<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Vgl. *Amann*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. 2009, Abschn. A.VI. Rn. 61.

<sup>2</sup> Zu fehlenden Abtretungserklärungen zwischen den Vorgläubigern siehe unten Ziff. III.3 lit. b).

<sup>3</sup> Vgl. *Wolfsteiner*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012, § 727 Rn. 54; der Sache nach handelt es sich bei der „Umschreibung“ um die Rückgabe der alten vollstreckbaren Ausfertigung gemäß § 733 Abs. 1 ZPO und die Erteilung einer neuen Vollstreckungsklausel für oder gegen den Rechtsnachfolger gemäß § 727 ZPO; *Stöber*, in: *Zöller, ZPO*, 27. Aufl. 2009, § 727 Rn. 27.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. OLG Frankfurt, 25.2.1987 – 20 W 27/87, NJW-RR 1988, 512.

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf, 13.6.2001 – 3 Wx 116/01, RNotZ 2001, 406; DNotI-Report 2004, 117; *Wolfsteiner*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012, § 799 Rn. 2.

da die üblichen Formulare zur Abtretung einer Briefgrundschuld auch die Abtretung der Herausgabeansprüche als Übergabesurrogat enthalten und dies zur Übertragung des Briefgrundpfandrechts genügt (§§ 1191, 1192, 1154 Abs. 1, 1117 Abs. 1 S. 2 BGB). Auch für das Vollstreckungsverfahren ist die Vorlage des Briefes grundsätzlich nicht notwendig, da der Gläubiger allein durch den Titel ausgewiesen wird.<sup>6</sup> Der Schuldner kann jedoch gemäß § 1160 Abs. 1 BGB der Geltendmachung des Briefgrundpfandrechts widersprechen, falls der Brief nicht vorgelegt wird.<sup>7</sup> Ist der Gläubiger zur Vorlage des Briefes dann nicht in der Lage, kann der Schuldner Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO einlegen.<sup>8</sup> Somit kann im Ergebnis auch bei Fehlen des Grundpfandbriefes ggf. das Grundpfandrecht nicht verwertet werden.

### 3. Mehrfacher Portfolio-Verkauf (3. Fallgruppe)

#### a) Fehlende Eintragung der Vorgläubiger

Die auf dem Markt befindlichen Portfolien sind nicht selten schon mehrmals Gegenstand eines Verkaufs gewesen, d.h. ein Portfolio-Käufer erwirbt das Portfolio nicht mehr von dem originären Inhaber der Forderungen und Grundpfandrechte (Primärgläubiger), sondern von dessen Rechtsnachfolgern. Aus Kostengründen wird zum Teil die Übertragung der Grundpfandrechte bei Verkauf eines Kredits nicht im Grundbuch nachvollzogen, so dass der Verkäufer, von dem der Portfolio-Käufer das Portfolio erwirbt, nicht als Inhaber des jeweiligen Grundpfandrechts im Grundbuch eingetragen ist. Wurde ein Portfolio schon mehr als einmal verkauft, sind möglicherweise auch der oder die Rechtsvorgänger des Verkäufers (Vorgläubiger) nicht eingetragen, sondern letztlich nur der originäre Inhaber. Bei Briefgrundpfandrechten ist die Eintragung im Grundbuch für eine wirksame Übertragung auch nicht notwendig; es genügt die Abtretungserklärung in regelmäßig öffentlich beglaubigter Form und die Übergabe des Briefes oder ein Übergabesurrogat (vgl. §§ 1117, 1154 Abs. 1 S. 1 ggf. i.V.m. § 1192 BGB).<sup>9</sup> Bei Buchgrundpfandrechten setzt eine wirksame Übertragung jedoch die Abtretungserklärung und die Eintragung im Grundbuch voraus (§§ 1154 Abs. 3, 873 Abs. 1 ggf. i.V.m. § 1192 BGB).<sup>10</sup> Ist die Eintragung der Vorgläubiger nicht erfolgt, müssen in den Kreditunterlagen zumindest öffentlich beglaubigte Eintragungsbewilligungen der Primär- und Vorgläubiger vorhanden sein. Eine solche Eintragungsbewilligung ist zwar in den üblicherweise verwendeten Formularen für die Abtretungserklärungen von Buchgrundpfandrechten enthalten. Die Verfasser haben in der Praxis aber auch schon Fälle begleitet, in denen dies nicht zutrifft. Ohne Eintragungsbewilligungen der Vorgläubiger kann auch der spätere Portfolio-Käufer nicht Inhaber des jeweiligen Buchgrundpfandrechts werden und dieses mithin auch nicht verwerten.

#### b) Fehlende oder fehlerhafte Abtretungserklärungen der Primärgläubiger

Denkbar ist auch, dass bei mehrfacher Veräußerung des Portfolios einzelne Abtretungserklärungen der Primär- und Vorgläubiger an ihre jeweiligen Rechtsnachfolger fehlen oder fehlerhaft sind.<sup>11</sup> Damit kann der spätere Portfolio-Käufer die lückenlose Übertragungskette auf sich nicht nachweisen und die Klauselumschreibung nicht veranlassen. Auch in diesem Fall ist der Käufer folglich an einer Verwertung der Grundpfandrechte und Forderungen gehindert.

### 4. Datenband-Angaben erweisen sich als falsch (4. Fallgruppe)

Die wertrelevanten Angaben im Datenband, auf deren Basis Verkäufer und Käufer den Kaufpreis für das Portfolio verhandelt und festgelegt haben, können sich ganz oder teilweise als falsch erweisen: So können z.B. vorrangige Lasten von Dritten dem verkauften angeblich erstrangigen Grundpfandrecht vorgehen, eine verkaufte Forderung besteht nur noch in einer niedrigeren Höhe als angegeben oder das Grundpfandrecht lastet auf einer landwirtschaftlichen Fläche statt auf einem Einfamilienhaus. In diesen Fällen besteht zwar kein grundsätzliches Verwertungshindernis, der Käufer wird aber aus einer solchen Verwertung weit weniger Erlösen, als er bei der Kaufpreisermittlung veranschlagt hat.

## IV. Problemvermeidung, Vorschläge zur vertraglichen Gestaltung

### 1. Due Diligence

Sämtliche der vorbeschriebenen Probleme können grundsätzlich im Rahmen einer *Due Diligence* identifiziert werden. Unabhängig von der Frage, ob die Geschäftsführer eines Erwerbers stets verpflichtet sind, eine *Due Diligence* durchzuführen,<sup>12</sup> ist eine solche deshalb in jedem Fall zu empfehlen. In der Regel wird man davon ausgehen können, dass eine Verpflichtung des Managements zur sorgfältigen Durchführung einer dem konkreten Fall angepassten *Due-Diligence*-Prüfung besteht.<sup>13</sup> Der gänzliche Verzicht auf eine *Due Diligence* wird hingegen nur in seltenen Ausnahmefällen keine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen. Denn erst die Ergebnisse einer *Due Diligence* versetzen den Erwerber in die Lage, identifizierte Probleme im Kaufvertrag mit dem Verkäufer überhaupt angemessen zu regeln. Standardisierte Regelungen, die in den meisten Kaufverträgen vorhanden sind, schützen gegen spezifische Mängel und Risiken oft nicht.

Die *Due Diligence* gewährleistet jedoch keinen vollumfänglichen Schutz. Wie beschrieben ist es gerade bei größeren Portfoliotransaktionen meist faktisch nicht gangbar, sämtliche Kreditengagements eines Portfolios zu prüfen, so dass nur eine Stichprobe oder ein gewisser beschränkter Teil des Portfolios bewertet wird. Obgleich eine solche Stichprobe nach statistischen Kriterien repräsentativ ausgewählt wird, ist nicht auszuschließen, dass sich manche Risiken des Portfolios in der Stichprobe nicht zeigen.

### 2. Vertragliche Regelungen

Zur Risikoabsicherung bedarf es mithin ergänzend besonderer vertraglicher Regelungen:

6 Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 18. Aufl. 2006, § 16 Rn. 4.4.

7 Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 18. Aufl. 2006, § 16 Rn. 4.4.

8 Vgl. Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 18. Aufl. 2006, § 16 Rn. 4.4.

9 Vgl. Epp, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 94 Rn. 142 ff.

10 Epp, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 135 ff.

11 Diese Fälle gehören systematisch im Wesentlichen zur 2.Fallgruppe (unvollständige Unterlagen), werden hier aber aus Gründen der Verständlichkeit im Zusammenhang mit dem mehrfachen Portfolio-Verkauf erörtert.

12 Vgl. z. B. OLG Oldenburg, 22.6.2006 – 1 U 34/03, BB 2007, 66, DStR 2007, 635; Beisel, in: Beisel/Klumpff, Der Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2009, 2. Kap. Rn. 28; Klöpffer, in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 28 Rn. 15 f.

13 Klöpffer, in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, Rn. 16.



### a) Nebenpflichten zur Beschaffung fehlender Dokumente und Beseitigung von Verwertungshindernissen

Der Käufer hat in den oben genannten Fallgruppen in aller Regel kein vorrangiges Interesse an der Verfolgung von Sekundäransprüchen (Schadensersatz) aus etwaigen Garantieverletzungen, sondern ihm ist daran gelegen, dass das jeweilige Verwertungshindernis behoben wird und er die erworbene Forderung und Sicherheit realisieren kann. Ansprüche aus den vertraglichen Garantien (soweit diese die betreffenden Fallgruppen überhaupt abdecken würden) sind darüber hinaus regelmäßig bestimmten Haftungsbeschränkungen unterworfen, etwa einer Wesentlichkeitsschwelle (De-Minimis-Regelung), einem Freibetrag oder einer Freigrenze, unter deren Betrag jeweils eine Haftung ausgeschlossen ist, sowie einem Haftungshöchstbetrag (Cap). Gerade in den Fällen fehlender Unterlagen kann aber durchaus fraglich sein, ob die relevanten Haftungsschwellen erreicht werden.

Deshalb sollte im Kaufvertrag unabhängig von den vertraglichen Garantieverprechen geregelt werden, dass der Verkäufer verpflichtet ist, fehlende Unterlagen zu beschaffen und bestehende Verwertungshindernisse zu beseitigen, soweit der jeweilige Mangel aus seinem Verantwortungsbereich herrührt. Dies gilt insbesondere für die Fallgruppe der unvollständigen oder fehlerhaften Kreditunterlagen (siehe oben 2. Fallgruppe). Vergleichbare Regelungen sind in den in der Praxis verwendeten Kaufverträgen auch enthalten, die üblichen Bestimmungen decken aber nicht alle der oben genannten Fälle ab oder geben Anlass zu Streitigkeiten zwischen Käufer und Verkäufer über die Reichweite und den Anwendungsbereich.

#### aa) Klauselvorschlag

Entsprechende Regelungen könnten z. B. wie folgt lauten:

1. Sofern und soweit Übertragungen von Forderungen oder Sicherheiten auf den Käufer fehlschlagen, und zwar auch soweit dies darauf beruht, dass Abtretungserklärungen an den Verkäufer und/oder dessen Vorgläubiger fehlen oder fehlerhaft sind, werden die Parteien unverzüglich unter Beachtung der anzuwendenden Formvorschriften alle Handlungen vornehmen und Erklärungen abgeben und entgegennehmen bzw. solche Handlungen und Erklärungen veranlassen, die zur wirksamen nachträglichen Übertragung dieser Forderungen oder Sicherheiten notwendig oder zweckmäßig sind. Die Kosten für diese Handlungen und Erklärungen trägt der Verkäufer.

2. Soweit sich bei Briefgrundpfandrechten die dazugehörigen Grundpfandrechtsbriefe nicht bei den dem Käufer nach Maßgabe dieses Vertrages am Vollzugstag übergebenen Dokumenten befinden, insbesondere in den Fällen, in denen die Übergabe eines Grundpfandrechtsbriefes durch Vereinbarung eines Übergabesurrogates mit dem Käufer, dem Verkäufer oder einem Vorgläubiger ersetzt worden ist, z. B. durch Abtretung des Herausgabeanspruches gegen den Besitzer, ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den derzeitigen unmittelbaren Besitzer des Briefes mitzuteilen oder, falls der Verkäufer diesen Besitzer nicht kennt, diesen zu ermitteln; der Käufer ist dabei zur Mitwirkung verpflichtet. Soweit die Ermittlung des Besitzers des jeweiligen Briefes unmöglich ist, ist der Verkäufer verpflichtet, sämtliche Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, um die Erteilung eines neuen Grundpfandrechtsbriefes zu ermöglichen. Die Kosten der Ermittlung des jeweiligen Besitzers und ggf. der Neuerteilung eines Grundpfandrechtsbriefes trägt der Verkäufer.

3. Hinsichtlich derjenigen Grundpfandrechte, bei denen der Verkäufer mangels Eintragung im Grundbuch oder mangels Übergabe des Grundpfandrechtsbriefes an den Verkäufer nicht oder noch nicht rechtlicher Inhaber des Grundpfandrechts ist, verpflichtet sich der Verkäufer, spätestens vier Wochen nach dem Vollzugstag die zur Übertragung des Grundpfandrechts notwendigen Eintragungsbewilligungen des eingetragenen Berechtigten und, falls notwendig, weiterer Vorgläubiger des Grundpfandrechts, in grundbuchmäßiger Form zu erlangen und/oder den Grundpfandrechtsbrief an den Käufer zu übergeben. Die Kosten für diese Eintragungsbewilligungen sowie für die Beschaffung und Übergabe des Grundpfandrechtsbriefes trägt der Verkäufer.

4. Hinsichtlich derjenigen Grundpfandrechte, bei denen das jeweils zuständige Grundbuchamt trotz Vorlage der dem Käufer nach Maßgabe dieses Vertrages am Vollzugstag übergebenen Dokumente die Umschreibung des jeweiligen Grundpfandrechts auf den Käufer ablehnt, verpflichtet sich der Verkäufer nach dem Vollzugstag auf schriftliches Verlangen des Käufers unverzüglich sämtliche weiteren Handlungen vorzunehmen sowie Erklärungen in der jeweils erforderlichen Form abzugeben und entgegenzunehmen, die für die Umschreibung des betreffenden Grundpfandrechts auf den Käufer notwendig oder zweckmäßig sind. Die Kosten für diese Handlungen und Erklärungen und etwaiger ergänzender Eintragungsbewilligungen trägt der Verkäufer, die weiteren Kosten der Umschreibung auf sich selbst trägt der Käufer.

5. Hinsichtlich derjenigen Grundpfandrechte und der Rechte aus abstrakten Schuldversprechen, die in den der Eintragung der Grundpfandrechte zugrundeliegenden Grundpfandrechtsbestellungsurkunden oder im Zusammenhang mit der Abtretung von Grundpfandrechten gesondert erklärt wurden, bei denen der jeweils zuständige Notar trotz Vorlage der dem Käufer nach Maßgabe dieses Vertrages am Vollzugstag übergebenen Dokumente die Erteilung der dinglichen oder persönlichen Vollstreckungsklausel für den Käufer oder die Umschreibung der dinglichen oder persönlichen Vollstreckungsklausel auf den Käufer ablehnt, verpflichtet sich der Verkäufer nach dem Vollzugstag auf schriftliches Verlangen des Käufers unverzüglich sämtliche weiteren Handlungen vorzunehmen sowie Erklärungen in der jeweils erforderlichen Form abzugeben und entgegenzunehmen, die für die betreffende Erteilung bzw. Umschreibung der dinglichen und/oder persönlichen Vollstreckungsklausel notwendig oder zweckmäßig sind, insbesondere ist der Verkäufer verpflichtet, die jeweils erforderlichen Nachweise der Rechtsnachfolge in öffentlich beglaubigter Form an den Käufer zu übermitteln. Die Kosten für die weiteren Handlungen und Erklärungen und ggf. die Nachweise der Rechtsnachfolge trägt der Verkäufer; die weiteren Kosten der Erteilung bzw. Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf sich trägt der Käufer.

#### bb) Erläuterung der Klauseln:

Ziff. 1 ist letztlich eine Auffangklausel, die allgemein sicherstellen soll, dass beide Parteien bei der Beseitigung von Übertragungshindernissen mitwirken müssen. Ziff. 1 erfasst dabei auch den Fall der fehlerhaften Abtretungserklärungen (siehe oben, 1. Fallgruppe und 3. Fallgruppe, lit. b)), wobei der Käufer bei einer fehlerhaften Abtretungserklärung an ihn selbst daneben auch einen primären Erfüllungsanspruch hat (siehe nachstehend lit. b)).

Ziff. 2 regelt die Fälle der fehlenden Grundpfandrechtsbriefe (siehe oben, 2. Fallgruppe, lit. b)). Die Klausel soll insbesondere gewährleisten, dass der Verkäufer für den Fall, dass der gegenwärtige Besitzer eines Briefes nicht bekannt ist, sich nicht darauf zurückziehen kann, dass er den Herausgabeanspruch gegen den Besitzer abgetreten hat.

Seiner Ermittlungspflicht wird der Verkäufer meist nur nachkommen können, indem er auf seinen vormaligen Servicer zurückgreift. Da aber sowohl dieser Servicer als auch der Verkäufer nach dem Vollzugstag die Kreditunterlagen nicht mehr haben, ist eine Mitwirkungspflicht des Käufers vorgesehen.

Ziff. 3 erfasst die Fälle der fehlenden Voreintragung des Verkäufers (siehe oben, 3. Fallgruppe).

Ziff. 4 regelt allgemein den Fall, dass das Grundbuchamt die Umschreibung von Grundpfandrechten auf den Käufer ablehnt und hat insoweit auch Auffangfunktion zu den Ziff. 2 und 3. Der Grund hierfür können u.a. unvollständige Kreditunterlagen sein (siehe oben, 2. Fallgruppe).

Ziff. 5 betrifft solche Sachverhalte, in denen der Notar die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Käufer zurückweist (s. oben, 2. Fallgruppe). Dabei ist zu unterscheiden, ob die Grundschuldbestellungsurkunde nur eine dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Schuldner enthält oder auch eine persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen des abstrakten Schuldversprechens.<sup>14</sup> Die Klausel soll sicherstellen, dass der Verkäufer in beiderlei Hinsicht die jeweiligen Nachweise der Rechtsnachfolge zu übergeben hat.

Sämtliche Regelungen sind käuferfreundlich. Der Verkäufer hat an spezifischen Mitwirkungspflichten kein Interesse. Allerdings schuldet der Verkäufer zumindest einen Teil der oben ausdrücklich geregelten Handlungen und Erklärungen ohnehin auch im Rahmen seiner primären Erfüllungspflichten zur Übertragung der Forderungen und Sicherheiten, so dass die Regelungen insgesamt nicht unangemessen sind.

### b) Erfüllungsansprüche

In den Fällen der fehlerhaften Abtretungserklärungen des Verkäufers (1. Fallgruppe) ist die Abtretung der jeweiligen Forderung oder Sicherheit an den Käufer nicht wirksam geworden. Der Verkäufer hat somit seine entsprechende Übertragungsverpflichtung nicht erfüllt. Der Käufer hat weiterhin einen Erfüllungsanspruch. Insoweit sollte nur sichergegangen werden, dass die üblichen Klauseln, die jegliche gesetzlichen Ansprüche neben den vertraglichen Gewährleistungen ausschließen, die primären Erfüllungsansprüche unberührt lassen.

### c) Garantien

Auch bei einem Portfolio mit notleidenden Krediten übernimmt der Verkäufer gewöhnlich eine Reihe von Gewährleistungen, meist in Form selbstständiger, verschuldensunabhängiger Garantieverprechen (§ 311 Abs. 1 BGB). Keine Garantie wird indes grundsätzlich für die Bonität der Schuldner übernommen.

#### aa) Garantie für Inhaberschaft an Grundpfandrechten und Forderungen

Üblich ist eine Garantie des Verkäufers, dass er rechtlicher und wirtschaftlicher Inhaber der zum Portfolio gehörenden Forderungen und Grundpfandrechten ist und diese frei von Rechten Dritter sind, soweit solche Rechte nicht offengelegt wurden (sofern es einen Sicherheitentreuhänder gibt, wird garantiert, dass dieser der rechtliche Inhaber ist). Diese Garantie ist u.a. verletzt, wenn

- bei einem Briefgrundpfandrecht der Brief nicht an den Verkäufer übergeben wurde (und kein Übergabesurrogat vereinbart wurde, §§ 1117, 1154 Abs. 1 Satz 1 ggf. i.V.m. § 1192 BGB); dies kann ins-

besondere der Fall sein, wenn der Grundpfandbrief in den Kreditunterlagen nicht enthalten ist (s. oben 2. Fallgruppe);

- bei einem Buchgrundpfandrecht der Verkäufer (bzw. der Sicherheitentreuhänder) nicht als Erwerber im Grundbuch eingetragen wurde (§§ 1154 Abs. 3, 873 Abs. 1 ggf. i.V.m. § 1192 BGB, siehe oben 3. Fallgruppe);
- die Abtretung der Forderung oder des Grundpfandrechts an den Vorgläubiger fehlt oder fehlerhaft ist, da dann auch der Verkäufer nicht wirksam erworben haben kann (siehe oben 3. Fallgruppe, lit. b)); oder
- einem vermeintlich erstrangigen Grundpfandrecht eine im Grundbuch eingetragene Belastung eines Dritten vorgeht (s. oben, 4. Fallgruppe).

In all diesen Fällen hat der Käufer also auch ohne weitere Mitwirkungs- und Nebenpflichten des Verkäufers (siehe vorstehender Klauselvorschlag) vertragliche Ansprüche aus der Verletzung der betreffenden Garantie.

#### bb) Weitere Garantieverprechen

Nicht unüblich sind weiter bestimmte Garantien des Verkäufers im Hinblick auf die Angaben im Datenband. Häufig (jedenfalls bei noch nicht notleidenden Krediten) werden die richtige Angabe der Höhe der Forderung (Veritätshaftung), der Zinsrate und Zinsbindung, der Höhe des Grundpfandrechtsbetrages und der vorgehenden Belastungen garantiert. In der oben genannten 4. Fallgruppe (falsche Angaben im Datenband) hat der Käufer somit ggf. auch einen Anspruch aus Garantieverletzung. Der Käufer sollte darauf bedacht sein, dass die Richtigkeit derjenigen Angaben im Datenband, denen er bei seiner Berechnung des Kaufpreises für die Forderungen und Sicherheiten einen Wert beigemessen hat, vom Verkäufer auch garantiert wird. In dem oben unter Ziff. III.4. genannten Beispielsfall (landwirtschaftliche Fläche statt Einfamilienhaus als belastetes Objekt) würde dies bedeuten, dass der Käufer eine Garantie für die richtige Angabe der Art des jeweils belasteten Objektes im Datenband erhält. Eine solche Garantie kommt in der Praxis vor, wird allerdings in den Verhandlungen nicht immer durchzusetzen sein.

Möglich ist ferner, dass der Verkäufer für die Vollständigkeit der Kreditunterlagen eine Garantie übernimmt. Würde eine solche Garantie abgegeben, hätte der Käufer in der oben genannten 2. Fallgruppe ebenfalls einen entsprechenden Gewährleistungsanspruch.

#### cc) Rechtsfolgen aus Garantieverletzungen

Gemäß den gängigen allgemeinen Bestimmungen in Portfolio-Kaufverträgen kann der Käufer verlangen, dass der Verkäufer den Zustand herstellt, der bestehen würde, wenn die jeweilige Garantie nicht verletzt worden wäre (Naturalrestitution). Ist diese Herstellung nicht möglich oder erfolgt sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist, hat der Verkäufer Schadensersatz in Geld zu leisten.

Der Käufer könnte in den vorgenannten Fällen (lit. aa)) also primär verlangen, dass der Verkäufer den fehlenden Grundpfandbrief beschafft, für seine Voreintragung im Grundbuch Sorge trägt, die notwendigen Abtretungserklärungen der Vorgläubiger einholt bzw. fehlerhafte Erklärungen in richtiger Form neu abgibt und vorrangige Lasten von Dritten ablöst.

<sup>14</sup> Vgl. Amann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. 2009, Abschn. A.VI. Rn. 61.

Leistet der Verkäufer jedoch die verlangte Naturalrestitution nicht, ist die Bemessung des Schadensersatzes in Geld und der Nachweis der Höhe des entstandenen Schadens problematisch:

Gerade in den Fällen, in denen der Käufer an einer Verwertung aufgrund bestimmter Mängel gehindert ist oder durch einen Mangel der Verwertungserlös geschmälert würde, bestimmte sich der Schaden des Käufers danach, was der Kläger realisiert hätte, wenn die Garantie erfüllt gewesen wäre. Denn bei Garantieverletzungen kann der Geschädigte grundsätzlich verlangen, so gestellt zu werden, als ob der garantierte Erfolg eingetreten wäre.<sup>15</sup> Geschuldet ist das positive Interesse.<sup>16</sup> Gleich, ob der Käufer den Ersatz seines Schadens im Rahmen des früher sog. „großen“ Schadensersatzes geltend macht (Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichterfüllung gegen Rückübertragung der Forderungen und Sicherheiten, §§ 280, 281 BGB)<sup>17</sup> oder im Wege des „kleinen“ Schadensersatzes (Ersatz des Minderwertes zu bestimmen nach dem Unterschied zwischen dem Wert der empfangenen Leistung und dem Wert, den die Leistung hätte, wenn sie wie geschuldet (wie garantiert) erbracht worden wäre),<sup>18</sup> in beiden Fällen kommt es darauf an, was der Käufer hypothetisch bei Nichtverletzung der jeweiligen Garantie aus der Verwertung der Forderungen und Sicherheiten hätte realisieren können. Die Ungewissheit kann dabei in zweierlei Hinsicht bestehen: zum einen ist vor der tatsächlichen Verwertung ungewiss, was der Käufer aus der Verwertung der mangelhaften Forderung/Sicherheit (noch) realisieren wird. Und zum anderen ist ungewiss, was der Käufer ohne den Mangel (d.h. den die Garantieverletzung begründenden Umstand) aus der betreffenden Verwertung realisieren hätte. Konkret lässt sich dieser Schaden regelmäßig (noch) nicht berechnen, da der Käufer ja gerade an der Verwertung gehindert ist oder die Verwertung der minderwertigen Forderung/Sicherheit noch nicht erfolgt ist und die Mindererlöse des Käufers somit nicht feststehen. Eine abstrakte Schadensberechnung wie für den entgangenen Gewinn (§ 252 S. 2 BGB) hat der BGH bei Grundstücksgeschäften bislang nicht angewendet,<sup>19</sup> weil bei Immobilien der zu erwartende Marktpreis mangels vergleichbarer Objekte nicht immer bestimmt werden kann. Aus demselben Grund wird auch eine Schadensschätzung gem. § 287 ZPO nicht in Betracht kommen, da es hinsichtlich des hypothetischen Erlöses an den notwendigen greifbaren Anhaltspunkten für eine Schätzung fehlen dürfte.<sup>20</sup> In der Praxis wird folglich der Käufer erhebliche Schwierigkeiten haben, bei der Bemessung seines Schadensersatzanspruches in Geld die Höhe des Schadens aus der jeweiligen Garantieverletzung zu beweisen. Für den Verkäufer ist dies unproblematisch, da die Beweislast beim Käufer liegt.

#### d) Regelungen zur Bemessung der Schadenshöhe

Will hingegen der Käufer erfolgreich seine Schäden aus der Verletzung von Garantien geltend machen, sind aus seiner Sicht die in Portfolio-Kaufverträgen üblichen allgemeinen Rechtsfolgenregelungen (siehe vorstehend eingangs zu lit. cc)) nicht ausreichend. Folgende Gestaltungen sind denkbar:

#### aa) Einfache Schadenspauschalierung

Verkäufer und Käufer können für die Zwecke der Schadensbemessung für jede Forderung nebst Sicherheiten jeweils eine gesonderte Einzelbewertung festlegen, welche als Mindestschaden des Käufers ggf. zuzüglich einer gewissen Verzinsung pauschal vereinbart wird.

Die Summe der Einzelbewertungen entspricht im Wesentlichen regelmäßig dem Kaufpreis, den der Käufer für das Portfolio zahlt. Einnahmen, die dem Käufer auf die jeweilige Forderung/Sicherheit bereits zugeflossen sind (Portfolio-Einnahmen), muss sich der Käufer anrechnen lassen. Entsprechende Aufwendungen (Portfolio-Aufwendungen) sind hinzuzurechnen, jedenfalls soweit sie als Mehraufwand aufgrund der jeweiligen Garantieverletzung anzusehen sind. Eine solche Regelung wird aber nur dann angemessen sein, wenn die Verwertung endgültig scheitert und weitere Verwertungserlöse nicht mehr zu erwarten sind, und ggf. die betreffende Forderung/Sicherheit gegen Zahlung des Schadensersatzes zurückübertragen wird. Zum einen kann es aber möglich sein, dass nachträglich noch Verwertungserlöse eingehen (so dass es interessengerecht wäre, wenn dem Käufer diese Erlöse angerechnet würden). Und zum anderen ist eine Rückübertragung häufig nicht gewollt, z.B. wenn der Verkäufer nach Veräußerung des Portfolios überhaupt keine Servicing-Kapazitäten mehr hat und die jeweilige Forderung/Sicherheit selbst nicht mehr verwerten kann (zum Teil sind die Verkäufer bloße Zweckgesellschaften, die nach Veräußerung eines Portfolios abgewickelt werden).

Eine solche einfache Pauschalierung eines Mindestschadens wäre danach zwar käuferfreundlich, wird aber vermutlich praktisch vom Verkäufer meist nicht akzeptiert werden.

#### bb) Berücksichtigung zukünftiger Erlöse, Erlösschätzung

Es bedarf mithin aus Käufersicht einer Regelung, die es ermöglicht, dass mögliche zukünftige Erlöse bei der Schadensbemessung berücksichtigt werden, und zwar in der Weise, dass der Käufer seinen Schaden nicht nach prozessualen Grundsätzen nachweisen muss, da ihm dieser Nachweis kaum gelingen kann (siehe oben). Eine denkbare Gestaltung besteht in einer Schätzung der vom Käufer erwarteten Erlöse (Erlöse verstanden als Nettoerlöse im Sinne eines Saldo aus den Aufwendungen für die jeweilige Forderung/Sicherheit und den entsprechenden Einnahmen). Dabei kann der Käufer die erwarteten Erlöse auch mit Null ansetzen, wenn er davon ausgeht, dass aufgrund der Garantieverletzung begründenden Mangels keine Erlöse mehr zu erwarten sind. In einem zweiten Schritt hat dann der Verkäufer das Recht, die Schätzung des Käufers zu prüfen und Einwendungen zu erheben. Erhebt der Verkäufer keine Einwendungen, wird die Schätzung des Käufers für beide Parteien bindend. Sofern der Verkäufer indessen Einwendungen geltend macht und die Parteien sich nicht innerhalb einer bestimmten Frist über diese einigen, entscheidet über die Meinungsverschiedenheit ein Schiedsgutachter. Schadensersatz schuldet der Verkäufer dann in der Höhe der vereinbarten Einzelbewertung für die jeweilige Forderung/Sicherheit abzüglich der schon vereinnahmten Erlöse und der geschätzten zukünftigen Nettoerlöse in der Höhe wie sie zwischen den Parteien ggf. nach Entscheidung durch einen Schiedsgutachter bindend geworden ist.

<sup>15</sup> BGH, 10.2.1999 – VIII ZR 70/98, NJW 1999, 1542, 1544; BGH, 15.3.2006 – VIII ZR 120/04, BB 2006, 1243, 1245; Grüneberg, in: Palandt, 71. Aufl. 2012, Vorb. vor § 249 Rn. 18.

<sup>16</sup> Grüneberg, in: Palandt, 71. Aufl. 2012, Vorb. vor Rn. 16.

<sup>17</sup> Vgl. Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 281 Rn. 125.

<sup>18</sup> Vgl. Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 281 Rn. 127; Grüneberg, in: Palandt, 71. Aufl. 2012, Vorb. vor § 281 Rn. 45.

<sup>19</sup> Vgl. BGH, NJW 1995, 587, 588; Grüneberg, in: Palandt, 71. Aufl. 2012, Vorb. vor § 252 Rn. 6 und § 281 Rn. 30; zudem kann nach den Regelungen im Portfolio-Kaufvertrag die Haftung für entgangenen Gewinn ausgeschlossen sein.

<sup>20</sup> Vgl. Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 287 Rn. 14.



Zu beachten ist allerdings, dass in den meisten Fällen in der Praxis die Haftung des Verkäufers für entgangenen Gewinn ausgeschlossen wird und die Haftung maximal auf die Höhe des erhaltenen Kaufpreises beschränkt wird. Der erhaltene Kaufpreis entspräche insoweit den jeweiligen Einzelwerten, die die Parteien für die einzelnen Forderungen und Sicherheiten vereinbaren. Die Gewinnerwartung, die sich der Käufer aus der Verwertung der Forderungen und Sicherheiten versprochen hat, wird daher in der Regel nicht durch Garantien abgesichert werden können.

**cc) Klauselvorschlag**

Eine Klausel, die die vorstehenden Erwägungen abbildet, könnte (wesentlich vereinfacht) wie folgt lauten:

1. *Stellt sich heraus, dass eine oder mehrere Aussage(n), für die der Verkäufer gemäß Ziff. [...] dieses Vertrages eine Garantie übernommen hat, nicht zutreffend ist bzw. sind, kann der Käufer verlangen, dass der Verkäufer innerhalb einer angemessenen Frist, spätestens aber innerhalb einer Frist von vier Wochen ab Zugang des entsprechenden Verlangens, den Zustand herstellt, der bestehen würde, wenn die betreffende Aussage bzw. Aussagen zutreffend wäre(n) (Naturalrestitution). Stellt der Verkäufer nicht innerhalb der vorgenannten Frist den der Garantie jeweils entsprechenden Zustand her oder ist die Herstellung des der Garantie entsprechenden Zustands nicht möglich, kann der Käufer von dem Verkäufer nach näherer Maßgabe der folgenden Bestimmungen für die Verletzung der entsprechenden Garantie Schadensersatz in Geld verlangen. Der Ersatz von entgangenem Gewinn sowie der Ersatz mittelbarer Schäden, Folgeschäden und immaterieller Schäden ist jedoch ausgeschlossen. Der jeweilige Schaden ist ab dem Vollzugstag bis zum Tag der Erstattung des Schadens mit einem Zinssatz von [...] % zu verzinsen.*

2. *Sofern und soweit der Käufer geltend macht, dass zum Zeitpunkt der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches aus der Verletzung einer Garantie gemäß Ziff. [...] wegen dieser Garantieverletzung nach seiner Auffassung die zukünftigen Nettoerlöse [Begriff zu definieren] aus der jeweiligen Forderung gegenüber seinen Erwartungen vermindert sind oder ganz entfallen, berechnet sich vorbehaltlich nachfolgender Ziff. 4 der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz in Geld gemäß Ziff. 1 wie folgt:*

a) *Einzelwert der von der Garantieverletzung jeweils betroffenen Forderung gemäß Anlage [...]*

*abzüglich*

b) *(i) des Saldos aus den Portfolio-Einnahmen und den Portfolio-Aufwendungen [Begriffe jeweils zu definieren], welche der Käufer bis zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches aus der Geschäftsbeziehung mit dem Schuldner der jeweils betroffenen Forderung bereits realisiert hat,*

*zuzüglich*

*(ii) der geschätzten zukünftigen Nettoerlöse in der gemäß nachfolgenden Bestimmungen für die Parteien bindend gewordenen Höhe.*

3. *Der Käufer wird dem Verkäufer mit der Geltendmachung seines Schadensersatzanspruches eine Schätzung der gemäß Ziff. 2 lit. b) (ii) zu berücksichtigenden zukünftigen Nettoerlöse übermitteln; diese sind auf den Zeitpunkt der Schätzung vom voraussichtlichen Zeitpunkt der Realisierung des Erlöses aus der betreffenden Forderung und der dazugehörigen Sicherheit mit einem Zinssatz von [...] % abzuzinsen. Der*

*Käufer kann die geschätzten zukünftigen Erlöse auch mit Null ansetzen.*

Zu ergänzen wäre im Anschluss die oben beschriebene Regelung mit dem Recht des Verkäufers zur Prüfung der Schätzung des Käufers und der Möglichkeit zu Einwendungen nebst Schiedsgutachtermechanismus bei Meinungsverschiedenheiten.

4. *Die Haftung des Verkäufers aus den Garantien gemäß Ziff. [...] ist darüber hinaus jeweils auf den Einzelwert der von der Garantieverletzung jeweils betroffenen Forderung gemäß Anlage [...] beschränkt [zu ergänzen: übliche De-Minimis-Regelung, Bestimmung Freibetrag oder Freigrenze].*

Diese Regelung gemäß Ziff. 4 ist eher käuferfreundlich. Aus Verkäufersicht wäre es vorzugswürdig, dass seine Haftung auf die jeweiligen Einzelwerte abzüglich der Nettoerlöse beschränkt wird, die der Käufer bereits realisiert hat oder zu realisieren erwartet. Dies bedürfte wiederum einer detaillierten Regelung mit einer Schätzung der künftigen Erlöse und einer Schiedsgutachterklausel.

**V. Zusammenfassung**

Nach dem Erwerb eines Kreditportfolios können sich bei der Abwicklung und Verwertung des Portfolios verschiedene Probleme ergeben, die eine Verwertung verhindern oder erschweren. Die in der Praxis vorkommenden Bestimmungen in Portfolio-Kaufverträgen regeln diese Probleme aus Käufersicht teils nur unzulänglich. Zur Beseitigung der Verwertungshindernisse bedarf es daher im Interesse des Käufers bestimmter Mitwirkungs- und Nebenleistungspflichten des Verkäufers, die konkret vertraglich geregelt werden sollten.

Bei Geltendmachung der vertraglichen Gewährleistungsansprüche wird es dem Käufer in den meisten Fällen nur schwer gelingen, die ihm entstandenen Schäden den prozessualen Anforderungen entsprechend zu beweisen, da diese von den zukünftigen, noch ungewissen Verwertungserlösen abhängen. Im Portfolio-Kaufvertrag sollte deshalb vorgesehen werden, dass der Käufer diese zukünftigen Erlöse schätzen kann, und bei Uneinigkeit der Parteien über diese Schätzung ein Schiedsgutachter entscheidet.

**Dr. Günther M. Bredow**, LL.M., RA, ist Partner der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Frankfurt a. M. und v. a. im Bereich M&A/Gesellschaftsrecht und im Rahmen von Unternehmensfinanzierungen sowie Restrukturierungen tätig. Er berät den Mittelstand ebenso wie Private Equity-Fonds, Banken und Finanzdienstleister. Schwerpunkt ist dabei der Banken- und Versicherungssektor sowie Unternehmen aus dem Bereich Erneuerbare Energien.



**Finn-Michael Liebscher**, RA, ist Salaried Partner der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Frankfurt a. M. Er berät Unternehmen zu M&A-Transaktionen und allen gesellschaftsrechtlichen Fragen sowie zu Portfoliotransaktionen, Restrukturierungen und gesellschaftsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten. Einen Schwerpunkt bildet hierbei der Bereich Banken und Finanzdienstleistungen und Erneuerbare Energien.

