

# 1. Einführung

*Borrow £ 1 million, and you are in trouble.  
Borrow £ 1 billion, and the bank is in trouble.  
(Altes britisches Bankensprichwort)*

## 1.1. Finanzierung als volks- und betriebswirtschaftliche Funktion

Jedes Wirtschaftssubjekt braucht zur Verfolgung seiner Ziele Kapital. Dies gilt gleichermaßen für den Privathaushalt, die kleine Bäckerei, das mittelständische Familienunternehmen, den weltweit tätigen Industriekonzern und einen Staat. Ein Wirtschaftssubjekt kann entweder Geld ansparen, um eine geplante Investition in der Zukunft zu finanzieren, oder es kann Kapital von Dritten zu Hilfe nehmen. Jemand kann bspw die für den Kauf einer Eigentumswohnung notwendigen Mittel über viele Jahre hinweg ansparen und bis dahin in einem Zelt am Fluss oder bei den Eltern wohnen. Die Alternative ist, einen Teil anzusparen und den Rest durch einen Bankkredit zu finanzieren, der in Raten zurückgezahlt wird. Ähnliches gilt für ein Unternehmen, das eine neue Fabrikhalle errichten, oder einen Staat, der ein neues Kraftwerk bauen will. Wirtschaftlich sinnvoller ist in aller Regel die zweite Variante, die es ermöglicht, die Investition schon heute und nicht erst in zehn oder zwanzig Jahren zu tätigen. Außerdem kann man dadurch dem inflationsbedingten Verlust der Kaufkraft des Ersparnen entgegenwirken.

Als Kapitalgeber kommt jedes Wirtschaftssubjekt in Frage. Ein wichtiger Fremdkapitalgeber sind seit jeher Banken. Wesensmerkmal einer Bank ist, dass sie Spareinlagen von Wirtschaftssubjekten entgegennimmt und diese zur Vergabe von Krediten an andere Wirtschaftssubjekte verwendet. Banken üben somit die Funktion eines Intermediärs aus. Blendet man den Intermediär aus, kann man beim Beispiel des mittels Bankkredits finanzierten Fernheizwerks einer Gemeinde sagen, dass die Kleinsparer, die ihre Ersparnisse bei der Bank eingelegt haben, das Fernheizwerk finanziert und für Wärme in den Wohnungen der Bürger gesorgt haben.

Jede Rechtsordnung sieht für das Bank- und Finanzierungsgeschäft eine Fülle an Regeln vor. Eine wichtige Rolle spielen im Bank- und Finanzdienstleistungssektor der heutigen Zeit öffentlich-rechtliche regulatorische Vorschriften, deren Umfang mittlerweile nahezu unüberschaubar geworden ist. Beim privatrechtlichen Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden steht das Vertragsrecht im Mittelpunkt. Dieses Buch beschäftigt sich mit dem englischen Recht<sup>1</sup> der Finanzierung von Unternehmen durch Kredit. Es beschäftigt sich nicht mit Verbraucherkrediten. Mit Ausnahme eines kurzen Überblicks über die Säulen der Finanzmarktaufsicht im Vereinigten Königreich beschäftigt es sich auch nicht mit regulatorischen Vorschriften.

---

<sup>1</sup> Das englische Recht ist die Rechtsordnung von England und Wales. Es ist nicht gleichzusetzen mit dem Recht des Vereinigten Königreichs. Das Vereinigte Königreich besteht aus drei verschiedenen Rechtsordnungen: England und Wales, Schottland und Nordirland. Das Recht des Vereinigten Königreichs ist das Recht, das für das gesamte Königreich gilt. Vom Recht des Vereinigten Königreichs spricht man zB im Bereich des Verfassungsrechts, des Finanzmarktaufsichtsrechts und des Steuerrechts.

## 2. Rechtsquellen des englischen Rechts

Gesetze des Parlaments	Acts of Parliament
Verordnungen und andere untergesetzliche Rechtsakte	Statutory Instruments
Gemeines Recht (das von den historischen Common-Law-Gerichten geschaffene Recht)	Common law (rules from the old common law courts)
Billigkeit (das von den historischen Gerichten des Kanzlers geschaffene Recht)	Equity (rules from the old courts of equity)
Billigkeitsregeln/Billigkeitsrechtsbehelfe	Equitable rules/Equitable remedies

### 2.1. Einteilung der Rechtsquellen

Rechtsnormen sind im englischen Recht bzw im Recht des Vereinigten Königreichs im Gesetz und in Verordnungen sowie in Entscheidungen der Gerichte enthalten. Neben diesen zwei Hauptrechtsquellen sind auch Handelsbräuche und Lehrmeinungen als Rechtsquellen anerkannt. Deren Bedeutung ist aber gering. Lehrmeinungen haben im englischen Recht weniger Bedeutung als in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Früher war es sogar verpönt, in Gerichtsentscheidungen lebende Autoren zu zitieren.<sup>16</sup> Dies gehört heute zwar der Vergangenheit an, doch werden (anders als in einigen anderen Rechtsordnungen) von Gerichten grundsätzlich nur namhafte Autoren zitiert.<sup>17</sup>

### 2.2. Gesetze und Verordnungen

Gesetzliche Rechtsquellen sind in erster Linie Gesetze des Parlaments. Bis zum Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU war freilich auch das Unionsrecht eine wichtige Rechtsquelle. Die Verfassung<sup>18</sup> steht im Vereinigten Königreich im einfachgesetzlichen Rang. Es gibt folglich keine Kontrolle der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Eine gerichtliche Überprüfung von Gesetzen ist im Vereinigten Königreich mit dem Grundsatz der Souveränität des Parlaments nicht vereinbar.<sup>19</sup> Gesetze des Parlaments (vom House of Commons unter Mitwirkung des House of Lords verabschiedet und vom Monarchen mit dem Royal Assent versehen) stehen im Vereinigten Königreich in der Hierarchie der Rechtsquellen an oberster Stelle. Internationale Verträge (und bis zum Vollzug des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU das Unionsrecht) haben

16 S *Kekewich* J in *Union Bank v Munster* (1887) 37 Ch D 51 (Ch) 54.

17 Vgl die Rechtslage im italienischen Recht: In Italien genießen Lehrmeinungen angesehener Autoren zwar einen hohen Stellenwert, den Gerichten ist es aber gesetzlich verboten, Lehrmeinungen in Entscheidungen zu zitieren (Art 118 Abs 3 der Durchführungsbestimmungen zur italienischen ZPO). Die Ratio des Verbots ist, die Unabhängigkeit der Gerichte nicht in Frage zu stellen. Es ist jedoch fraglich, ob diese Vorschrift noch zeitgemäß ist, weil Gerichte in der Praxis selbstverständlich Lehrmeinungen zu Rate ziehen, dies aber in den Entscheidungen nicht offenlegen dürfen.

18 Das Vereinigte Königreich hat bekanntlich keine geschriebene Verfassung.

19 Kein Gericht kann die Gültigkeit eines Gesetzes des Parlaments in Frage stellen: *British Railways Board v Pickin* [1974] AC 765, [1974] 1 All ER 609.

## 4. Verschwiegenheitspflicht (Bankgeheimnis)

### 4.1. Allgemeines

Das Bankgeheimnis wird im englischen Recht unter dem Titel Verschwiegenheitspflicht (*duty of confidentiality*) behandelt. Die Verschwiegenheitspflicht von Banken steht im Spannungsfeld zwischen dem Schutz schutzwürdiger Interessen des Bankkunden einerseits und dem Schutz von allgemeinen öffentlichen Interessen und der Bekämpfung von Steuerhinterziehung andererseits. Geschützt durch das Bankgeheimnis war es Terroristen möglich, unbemerkt Geld über den ganzen Globus zu transferieren. In neuerer Zeit gibt es zur Bekämpfung von Missbrauch zahlreiche internationale Rechtsakte, die das Bankgeheimnis im Interesse des Schutzes übergeordneter Interessen außer Kraft setzen, so zB das Protokoll zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der EU von 2001, im Vereinigten Königreich durch Section 33 des Crime (International Co-operation) Act 2003 umgesetzt. Weitere Ausnahmen gibt es im Bereich der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.

### 4.2. Ursprung des Bankgeheimnisses

Im englischen Recht war das Bankgeheimnis **ursprünglich nicht** als rechtliche Verpflichtung **anerkannt**. Es wurde von den Gerichten als moralische Verpflichtung, aber nicht als rechtliche Verpflichtung gesehen.<sup>38</sup> Erst 1924 hat der Court of Appeal im Fall *Tournier*<sup>39</sup> Banken eine Verschwiegenheitsverpflichtung auferlegt, indem er in der Rechtsbeziehung zwischen der Bank und ihrem Kunden eine Geheimhaltungsverpflichtung als stillschweigend vereinbart angenommen hat. Herr Tournier hatte geklagt, weil der Filialleiter seiner Bank, bei der er das Konto um £ 10 überzogen hatte, dies seinem Arbeitgeber offengelegt hat, der ihn darauf in der Probezeit entlassen hat. Diese E wurde zur Grundlage für das Bankgeheimnis in den Rechtsordnungen des Common Law.<sup>40</sup> Die Verschwiegenheitspflicht von Banken fußt im englischen Recht auch heute noch auf dem Common Law. Die Rechtsbehelfe im Falle einer Verletzung des Bankgeheimnisses sind jene, die allgemein für Vertrauensbruch (*breach of confidence*) zur Verfügung stehen (Kündigungsrecht, Schadenersatz, gerichtliche Verfügung). Anders als in anderen Rechtsordnungen sieht das englische Recht keine strafrechtlichen oder verwaltungsstrafrechtlichen Konsequenzen vor.

### 4.3. Umfang des Bankgeheimnisses

Von der Verschwiegenheitspflicht sind alle Informationen umfasst, die die Bank in ihrer Eigenschaft als solche über den Kunden und sein Geschäft erlangt,<sup>41</sup> unabhängig davon, ob sie die Informationen vom Kunden selbst oder aus anderer Quelle erlangt. Mit der

38 *Hardy v Veasey* (1862) LR 3 Ex 107; s auch *Tassel v Cooper* (1850) 9 CB 509, 137 ER 990.

39 *Tournier v National Provincial and Union Bank of England* [1924] 1 KB 461.

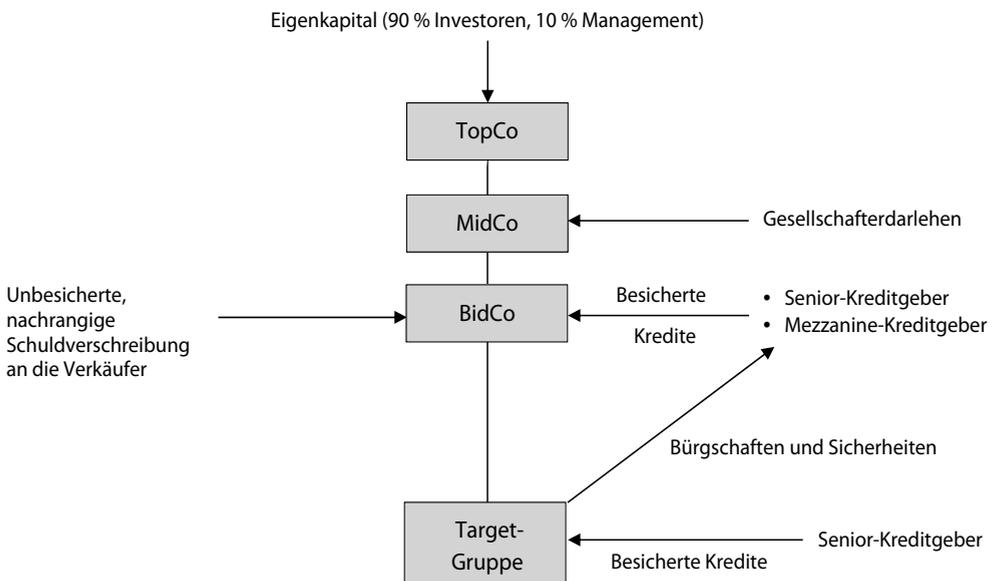
40 R. Cranston et al, *Principles of Banking Law*<sup>3</sup> (2018) 255.

41 *Tournier v National Provincial and Union Bank of England* [1924] 1 KB 461, 473–474. S auch *Barclays Bank plc v Taylor* [1989] 1 WLR 1066, 1070 (CA).

starken 1990er-Jahren und in den ersten Jahren des 21. Jh weit verbreitet.<sup>249</sup> Auf dem europäischen Kontinent ist der Markt für fremdfinanzierte Unternehmensübernahmen hingegen erst gegen Ende der 1990er-Jahre sowie in der Zeit der Einführung des Euro gewachsen. Vor der globalen Finanzkrise des Jahres 2008 haben insbesondere Kreditfonds (Debt-Fonds) den Markt mit billiger Liquidität überschwemmt. Der Überhang von Kreditangebot zu Kreditnachfrage hat es Kreditnehmern ermöglicht, günstige wirtschaftliche und rechtliche Bedingungen für die Kreditfinanzierung zu verhandeln. Bei den Finanzkennzahlen waren *covenant lights* vorherrschend. Die rechtlichen Bedingungen waren teilweise sogar lockerer als bei Investment-Grade-Krediten. Der Private-Equity-Markt hat durch die Finanzkrise einen starken Dämpfer erlitten und hat sich in den Folgejahren nur langsam davon erholt. Die Verfügbarkeit **billiger Kredite** in den letzten Jahren hat die Branche aber wieder beflügelt.

### 6.5.2.3. Typische LBO-Struktur

Eine **typische Struktur** einer fremdfinanzierten Unternehmensübernahme durch einen Private Equity Fonds<sup>250</sup> sieht folgendermaßen aus:



249 Die Ursprünge des Private-Equity-Modells liegen in den USA, wo der Leveraged Buyout (LBO) erfunden wurde. Der größte und wohl bekannteste amerikanische Finanzinvestor ist *Kohlberg Kravis Roberts* (KKR), dem es 1989 sogar gelungen war, den börsennotierten Mischkonzern RJR Nabisco, der im Tabak- und Lebensmittelgeschäft tätig war, im Wege einer feindlichen Übernahme zu einem Preis von \$ 31 Milliarden zu übernehmen. Finanziert wurde die Übernahme zum Großteil mit Fremdkapital, einschließlich Hochzinsanleihen (*junk bonds*). Ist das Management der Zielgesellschaft an der Übernahme beteiligt, spricht man von einem Management Buyout (MBO).

250 Ein Private Equity Fonds wird im Vereinigten Königreich typischerweise in der Form einer Limited Partnership (LP) nach dem Limited Partnership Act 1907 (vergleichbar mit einer Kommanditgesellschaft) aufgesetzt. Eine LP hat keine eigene Rechtspersönlichkeit und muss zumindest einen unbeschränkt haftenden und einen oder mehrere beschränkt haftende Partner haben.

#### 7.32.4.4. Vermutung der ordnungsgemäßen Unterzeichnung

Für einen bestimmten Bereich sieht das Gesetz zum Schutz des Dritten eine Vermutung der ordnungsgemäßen Unterzeichnung von Urkunden (Deeds, Verträge und andere schriftliche Urkunden) vor. Die Vermutung gilt nur zugunsten von gutgläubigen Käufern, die entgeltlich erwerben, und umfasst auch Mieter und andere Personen, die ein Recht an einer Sache erwerben. Bei anderen Verträgen, zB Kreditverträgen, gilt diese Vermutung nicht. Gemäß Section 44(5) Companies Act 2006 wird vermutet, dass eine Urkunde von<sup>542</sup> der Gesellschaft ordnungsgemäß unterzeichnet wurde, wenn sie vorgibt, entweder von zwei Direktoren, von einem Direktor und dem Sekretär oder von einem Direktor im Beisein eines Zeugen unterzeichnet zu sein. Gemäß Section 74 Law of Property Act 1925 gilt dieselbe Vermutung, wenn auf der Urkunde das Gesellschaftssiegel im Beisein von zwei Direktoren oder einem Direktor und dem Sekretär angebracht wurde. Diese Vermutung bewirkt, dass ein gutgläubiger Käufer sich nicht darum kümmern muss, ob die von der Satzung oder anderen internen Regelungen der Gesellschaft vorgeschriebenen Anforderungen eingehalten wurden.

#### 7.32.4.5. Prüfung der Vertretungsbefugnisse eines Bevollmächtigten

Die Prüfung der Vertretungsbefugnisse ist nicht nur bei Verbandspersonen erforderlich, sondern auch dann, wenn eine Partei eine andere (natürliche oder juristische) Person mit der Unterzeichnung **bevollmächtigt**. Auch hier muss geprüft werden, ob der Bevollmächtigte mit der notwendigen Vertretungsmacht ausgestattet ist.

### 7.32.5. Bevollmächtigung

Auftrag (Bevollmächtigungsvertrag)	Agency
Geschäftsherr	Principal
Beauftragter	Agent
Befugnis (Rechtsmacht)	Authority
Vertretungsmacht kraft Rechtsgeschäfts	Actual authority
Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins	Apparent authority (ostensible authority)
Gewöhnliche Vertretungsmacht	Usual authority
Genehmigung	Ratification
Vollmacht	Power of attorney
Vollmachtgeber	Donor (principal)
Bevollmächtigter	Donee (attorney)
Gesamtbevollmächtigung	Joint appointment
Einzelbevollmächtigung	Joint and several appointment
Übertragung (der Befugnisse/Rechtsmacht)	Delegation (of authority)
Unterbevollmächtigter	Sub-attorney (sub-delegate)
Ersatzbevollmächtigter	Substitute attorney

542 Die Vermutung gilt nicht, wenn die Urkunde im Namen der Gesellschaft unterzeichnet wurde. Die Unterzeichnung im Namen der Gesellschaft ist die Alternative zur Unterzeichnung durch die Gesellschaft. Die Unterscheidung ist dem kontinentaleuropäischen Juristen fremd. Die Details können hier aus Platzgründen nicht erläutert werden.

#### 8.5.3.3.4. Die Begünstigten eines Trusts zur Kreditsicherung

Ein wichtiger Grundsatz des Trustrechts ist das **Bestimmtheitsprinzip**. Genauer gesagt muss Bestimmtheit hinsichtlich dreier Elemente gegeben sein (*three certainties*): Bestimmtheit der Absicht des Treugebers, einen Trust zu errichten, Bestimmtheit bzw Bestimmbarkeit des Gegenstands des Trusts und Bestimmtheit bzw Bestimmbarkeit der Begünstigten oder des Zwecks.

**Begünstigte** eines Trusts zur Kreditsicherung sollen sämtliche Mitglieder des Gläubigerkreises (Kreditgebersyndikats) sein. Erfasst sein sollen nicht nur die im Zeitpunkt der anfänglichen Kreditgewährung bestehenden Kreditgeber, sondern auch deren Rechtsnachfolger (Zessionare und Personen, die im Wege einer Novation an die Stelle des ursprünglichen Kreditgebers treten) und neu hinzutretende Kreditgeber. Es stellt sich die Frage, ob der so festgelegte Begünstigtenkreis den Anforderungen des Bestimmtheitsprinzips genügt. Das Bestimmtheitsprinzip verlangt, dass die Begünstigten bestimmt bzw zumindest bestimmbar sind. Nach *McPhail v Douulton*<sup>652</sup> ist das Bestimmtheitsprinzip gewahrt, wenn der Treuhänder zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt mit Gewissheit sagen kann, ob eine bestimmte Person ein Mitglied des Kreises der Begünstigten ist oder nicht. Bei einer syndizierten Kreditfinanzierung oder einer Anleihe ist dies im Regelfall ohne weiteres möglich.

Der **Treuhänder** kann selbst auch ein **Begünstigter** sein. Er kann jedoch nicht der einzige Begünstigte sein. Kommt es nämlich zu einer Vereinigung des rechtlichen Treuhand Eigentums und des wirtschaftlichen Eigentums des Begünstigten in derselben Person, geht das wirtschaftliche Eigentum im rechtlichen Eigentum auf.<sup>653</sup> Die betreffende Person hält das Eigentum an den Sachen bzw Rechten in dem Fall als absoluter rechtlicher Eigentümer bzw Inhaber und unterliegt keinen trustrechtlichen Verpflichtungen.<sup>654</sup> In der Praxis kommt es oft vor, dass die als Sicherheitentreuhänder bezeichnete Person im Zeitpunkt der Kreditgewährung und der Sicherheitenbestellung der einzige Kreditgeber ist. Der Sicherheitentreuhänder wäre somit der einzige Begünstigte der an ihn bestellten Sicherheiten. Im Lichte des Gesagten ist er in diesem Fall aber kein Treuhänder, sondern hält die Sicherheiten in seiner Eigenschaft als Gläubiger. Erst wenn mindestens ein weiterer Gläubiger hinzutritt (zB infolge einer Abtretung von Forderungen), entfaltet die Treuhänderkonstruktion ihre Wirkung und hält der Sicherheitentreuhänder die an ihn bestellten Sicherheiten als Treuhänder für den weiteren Gläubiger und ihn selbst als Begünstigte.

#### 8.5.3.4. Aufgaben des Sicherheitentreuhänders

Zentrale Aufgabe des Sicherheitentreuhänders ist das **Halten** und **Verwalten** und gegebenenfalls die **Verwertung**<sup>655</sup> der zu seinen treuen Händen bestellten Sicherheiten zugunsten der einzelnen Kreditgeber (Begünstigten des Trusts). Außerdem ist er für die

652 [1971] AC 424.

653 *Re Cook* [1948] Ch 212, [1948] 1 All ER 231.

654 *Rye v Rye* [1962] AC 496, [1962] 1 All ER 146, HL.

655 Die Pflichten des Sicherheitentreuhänders bei der Verwertung von Sicherheiten wurden in *Saltri III Ltd v MD Mezzanine Sa Sicar* [2012] EWHC 3025 (Comm) analysiert.

### 9.5.5. Treuhanderklärung

Die Treuhanderklärung durch den Forderungsinhaber ist eine Methode zur Veräußerung von Forderungen. Der Forderungsinhaber (Gläubiger) erklärt dabei, die Forderung fortan als Treuhänder für den Erwerber zu halten.<sup>735</sup> Diese Methode kommt bei der Diskontierung von Kundenforderungen häufig vor. Der Zedent zieht die Forderungen ein und hält die Erlöse als Treuhänder des Erwerbers. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob ein Abtretungsverbot einer Treuhanderklärung entgegensteht. In *Don King Productions Inc v Warren*<sup>736</sup> wurde dies verneint. Besteht ein Abtretungsverbot, stellt die Veräußerung von Kreditforderungen durch Treuhanderklärung daher eine praktische Alternative dar.

### 9.5.6. Verbriefung

Die Übertragung von Kreditforderungen kann auch zu Verbriefungszwecken erfolgen. Bei einer Verbriefung (*securitisation*) überträgt der Inhaber eines Portfolios von Forderungen diese Forderungen gegen ein Entgelt an eine Zweckgesellschaft (SPV). Das Entgelt wird von der Zweckgesellschaft über die Ausgabe von Schuldtiteln auf dem Kapitalmarkt finanziert. Die Forderungen dienen als Quelle für die Kapital- und Kuponzahlungen und werden auch als Sicherheit für diese Verbindlichkeiten bestellt. Die globale Finanzkrise von 2008 hat die Risiken, die für die Inhaber der Schuldtitel entstehen können, wenn die ihnen als Sicherheit dienenden Forderungen nicht einbringlich sind, deutlich vor Augen geführt.

## 9.6. Abtretungs- und Übertragungsbeschränkungen in der Kreditvertragspraxis

### 9.6.1. Allgemeines

Dem Kreditnehmer sind die Abtretung von Rechten und die Übertragung von Rechten und Pflichten in der Praxis unweigerlich vertraglich untersagt. **Kreditgebern** hingegen kommt bei der Abtretung bzw Übertragung typischerweise weitgehende **Freiheit** zu. Insbesondere bei syndizierten Krediten, die für den Handel auf dem Sekundärmarkt bestimmt sind, haben Kreditgeber ein Interesse an größtmöglicher Freiheit bei der Abtretung bzw Übertragung. Weitgehende Beschränkungen sind dort untypisch. Sie wären in der Regel auch nicht im Interesse des Kreditnehmers, weil viele Kreditgeber nicht bereit wären, sich an einer syndizierten Kreditfinanzierung zu beteiligen, wenn die Beteiligung nur schwer veräußert werden kann. Um diesen Nachteil abzugelten, würden Kreditgeber höhere Gebühren und eine höhere Marge verlangen.

### 9.6.2. Investment-Grade-Kredite

Das Ausmaß der Beschränkungen hängt von der Art der Kreditfinanzierung und der Verhandlungsmacht des Kreditnehmers ab. Bei **Investment-Grade-Krediten** ist für die Abtretung von Rechten bzw die Übertragung von Rechten und Pflichten typischerweise

---

<sup>735</sup> *Milroy v Lord* (1862) 4 De GF & J 264.

<sup>736</sup> [2000] Ch 291. Ebenso *Barbados Trust Co v Bank of Zambia* [2007] EWCA Civ 148 und *Co-operative Group Ltd v Birse Developments Ltd* [2014] EWHC 530.

### 10.10.1.11. Rechte des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner

#### Schadloshaltung

Der Schuldner ist verpflichtet, den Bürgen schadlos zu halten, wenn dieser die Hauptschuld erfüllt. Das Recht auf Schadloshaltung (*right of indemnity*) des Bürgen stellt einen Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes dar, dass jemand, der auf Ersuchen eines anderen hin Aufwände tätigt oder Verbindlichkeiten eingeht, ein Recht hat, den Aufwand ersetzt zu halten und schadlos gehalten zu werden. Das Ersuchen impliziert eine Verpflichtung zum Aufwändersatz und zur Schadloshaltung.<sup>825</sup> Erfüllt der Hauptschuldner die Hauptschuld nicht, wird die Haftung des Bürgen schlagend (dh, seine Verpflichtung entsteht) und der Bürge kann (bereits bevor er erfüllt) gerichtliche Feststellung seines Rechts auf Schadloshaltung und die gerichtliche Anordnung an den Hauptschuldner, die Hauptschuld zu erfüllen, begehren.<sup>826</sup> Hat der Bürge die Bürgschaft von sich aus, dh, ohne dazu verpflichtet oder vom Hauptschuldner darum ersucht worden zu sein, übernommen, hat er (nach einer nicht unumstrittenen Ansicht) keinen Anspruch auf Schadloshaltung.<sup>827</sup>

#### Einsetzung in die Rechte des Gläubigers

Erfüllt der Bürge die Hauptschuld, ist er berechtigt, in die Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, einschließlich Sicherungsrechten, eingesetzt zu werden. Unerheblich ist, ob der Gläubiger die Rechte vor oder nach der Übernahme der Bürgschaft erworben hat und ob der Bürge Kenntnis von den Rechten hat.<sup>828</sup> Zwar erlischt die Hauptschuld mit Zahlung, die Sicherungsrechte werden jedoch fiktiv aufrechterhalten und gehen von Rechts wegen auf den Bürgen über. Scheitert der automatische Übergang, kann der Bürge die Übertragung verlangen. Anders als für das Recht auf Schadloshaltung gilt für das Recht auf Einsetzung in die Rechte des Gläubigers Folgendes: Wurde die Bürgschaft für die gesamte Hauptschuld übernommen, erwirbt der Bürge das Recht auf Einsetzung in die Rechte des Gläubigers erst, wenn die gesamte Hauptschuld erfüllt ist. Dies gilt auch dann, wenn seine Haftung mit einem Höchstbetrag beschränkt ist; es reicht dann nicht aus, dass der Bürge den Höchstbetrag bezahlt, solange der Gläubiger nicht vollständig befriedigt ist.<sup>829</sup> Hat sich der Bürge hingegen nur für einen Teil der Hauptschuld verbürgt, kann er die Einsetzung in die Rechte des Gläubigers verlangen, wenn dieser Teil der Hauptschuld vollständig erfüllt ist.<sup>830</sup>

### 10.10.1.12. Regress unter Mitbürgen

Verbürgen sich zwei oder mehrere Personen als Teil- oder Gesamtschuldner für dieselbe Hauptschuld, entsteht eine Mitbürgschaft. Mangels abweichender Vereinbarung tragen Mitbürgen die Last der Bürgenverpflichtung im Innenverhältnis **gleichmäßig**, also kopfteilig. Zahlt ein Mitbürge auf die verbürgte Verbindlichkeit mehr als seinen Anteil,

825 *Re A Debtor (No 627 of 1936)* [1937] Ch 156, CA.

826 *Ascherson v Tredegar Dry Dock and Wharf Co Ltd* [1909] 2 Ch 401.

827 *Owen v Tate* [1976] 2 QB, 402.

828 *Forbes v Jackson* (1882) 19 Ch D 615.

829 *Re Sass Ex p National Provincial Bank of England Ltd* [1896] 2 QB 12.

830 *Gedye v Matson* (1858) 25 Beav 310.

### 10.11.6.4.5. Erforderliche Kontrolle bei Sicherungsrechten an anderen Vermögensgegenständen

Für die Abgrenzung von festen und schwebenden Sicherungsrechten an körperlichen Gegenständen gelten dieselben Grundsätze wie bei Forderungen. An **Lagerbeständen** kann theoretisch ein festes Sicherungsrecht begründet werden. Voraussetzung dafür ist, dass der Sicherungsnehmer Kontrolle über die Waren hat und der Sicherungsgeber diese nicht ohne Zustimmung des Sicherungsnehmers veräußern darf. Ähnliches gilt für **Rohstoffe, halbfertige** Erzeugnisse und **verbrauchbare** Gegenstände (zB Heizöl und Kohle). Ein festes Sicherungsrecht an diesen Gegenständen erfordert, dass der Sicherungsgeber diese nicht ohne Zustimmung weiterverarbeiten oder verbrauchen darf. All dies wäre nicht praktikabel und wirtschaftlich nicht sinnvoll. An diesen Gegenständen des Umlaufvermögens wird daher – wie bei den Forderungen – in der Praxis typischerweise ein schwebendes Sicherungsrecht begründet. Die Begründung eines festen Sicherungsrechts an den Erlösen, die beim Verkauf von Waren entstehen, ist wie bei den Forderungen möglich. Auch dies wird jedoch regelmäßig nicht praktikabel sein, weil der Sicherungsgeber die Erlöse zur Ausübung der Geschäftstätigkeit benötigt.

### 10.11.6.4.6. Nachteile der schwebenden Belastung

Die schwebende Belastung bietet zahlreiche Vorteile, insbesondere die Möglichkeit der Generalbelastung des gesamten Vermögens bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Befugnis des Sicherungsgebers, bis auf weiteres im ordentlichen Geschäftsverlauf über die Sicherungsgegenstände zu verfügen. Ein festes Sicherungsrecht setzt dagegen voraus, dass der Sicherungsnehmer die rechtliche Kontrolle über die Sicherungsgegenstände hat, dh der Sicherungsgeber nicht ohne Zustimmung des Sicherungsnehmers darüber verfügen darf. Aus wirtschaftlichen und praktischen Gründen wird in vielen Fällen der schwebenden Belastung der Vorzug gegeben. Aus rechtlicher Sicht hat ein schwebendes Sicherungsrecht jedoch Nachteile gegenüber einem festen Sicherungsrecht. Diese werden nachfolgend dargestellt. Erwähnenswert ist, dass Nachteile, die ihren Grund in insolvenzrechtlichen Vorschriften haben, bei ausländischen Sicherungsgebern nicht Anwendung finden, weil diese typischerweise nicht den Insolvenzvorschriften des Vereinigten Königreichs unterliegen, soweit der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen nicht im Vereinigten Königreich liegt.

### Lastenfreier Erwerb

Der Inhaber eines festen Sicherungsrechts ist vor Verfügungen des Sicherungsnehmers über den Sicherungsgegenstand weitgehend geschützt. Nur ein gutgläubiger Erwerber, der vom Sicherungsgeber entgeltlich einen rechtlichen Titel (*legal title*) ohne Kenntnis des Sicherungsrechts erwirbt, erwirbt lastenfrei. Ist das Sicherungsrecht eingetragen, werden Dritte (mit Ausnahme jener, die vom Sicherungsgeber im ordentlichen Geschäftsverlauf erwerben) so behandelt, als ob sie Kenntnis vom Sicherungsrecht hatten, wodurch ein lastenfreier Erwerb ausgeschlossen ist. Bei einem schwebenden Sicherungsrecht hingegen erwerben Dritte im ordentlichen Geschäftsverlauf lastenfrei, unabhängig davon, ob sie von dem Sicherungsrecht Kenntnis hatten.

### Anfechtung

Nach Section 245 Insolvency Act 1986 ist eine schwebende Belastung, die in den zwölf Monaten (bzw zwei Jahren, wenn die Sicherheit zugunsten einer verbundenen Person bestellt wurde) vor dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bestellt wurde, ungültig, wenn sie für bestehende Verbindlichkeiten bestellt wurde. Um nicht nach Section 245 ungültig zu sein, muss die schwebende Belastung für Verbindlichkeiten bestellt werden, die gleichzeitig mit oder nach der Bestellung der Sicherheit entstehen. Schon ein minimaler Zeitraum zwischen der Entstehung der Verbindlichkeit und der nachträglich bestellten Sicherheit schadet.<sup>892</sup>

#### 10.11.6.4.7. Qualifizierte schwebende Belastung (qualifying floating charge)

Der Inhaber einer sog qualifizierten schwebenden Belastung ist gemäß Abs 14 von Schedule B1 zum Insolvency Act 1986 berechtigt, einen **Sanierungsverwalter** (*administrator*) für die Gesellschaft zu bestellen. Eine schwebende Belastung ist dann qualifiziert, wenn die Sicherungsvereinbarung vorsieht, dass der Inhaber (dh Sicherungsnehmer) zur Bestellung eines Sanierungsverwalters berechtigt ist oder dass Abs 14 von Schedule B1 auf die schwebende Belastung Anwendung findet (**formale** Voraussetzung). Als Inhaber einer qualifizierten schwebenden Belastung gilt aber nur ein Sicherungsnehmer, dem eine schwebende Belastung am gesamten oder im Wesentlichen dem gesamten Vermögen der Gesellschaft eingeräumt wurde (**materielle** Voraussetzung).

Die Bestellung des Sanierungsverwalters durch den Inhaber einer qualifizierten schwebenden Belastung ist in der Praxis neben der Bestellung durch die Gesellschaft oder die Direktoren der am häufigsten gewählte Weg für die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens (*administration*). Die Bestellung kann **außergerichtlich** erfolgen, wodurch schnelles Handeln ermöglicht wird. Der Sanierungsverwalter unterliegt bei der Ausübung seiner Befugnisse drei hierarchisch geordneten Zielvorgaben. Das primäre Ziel ist die Sanierung der Gesellschaft als laufendes Unternehmen. Die zweite Zielvorgabe ist die Erzielung eines für die Gesamtheit der Gläubiger besseren Ergebnisses, als es im Falle der Liquidation ohne vorheriges Sanierungsverfahren möglich wäre. An letzter Stelle steht die Verwertung des Vermögens zum Zweck der Befriedigung besicherter Gläubiger und/oder privilegierter Insolvenzgläubiger. Ist der Sanierungsverwalter der Ansicht, dass die Sanierung vernünftigerweise nicht realistisch ist oder die zweite Zielvorgabe ein besseres Ergebnis erwarten lässt, muss er sich bei der Ausübung seiner Befugnisse von der zweiten Zielvorgabe leiten lassen. Erscheint auch die Erzielung eines für die Gesamtheit der Gläubiger besseren Ergebnisses nicht möglich, muss er zur Verwertung des Vermögens des Sicherungsgebers schreiten. In der Theorie besteht für den Inhaber einer qualifizierten schwebenden Belastung wenig Anreiz, einen Sanierungsverwalter zu bestellen. In der Praxis sieht es jedoch anders aus, weil sich in vielen Sanierungsverfahren die ersten zwei Ziele als unrealistisch erweisen und der Sanierungsverwalter daher zur Verwertung des belasteten Vermögens schreiten und die Erlöse an den Inhaber der qualifizierten schwebenden Belastung verteilen kann. Dem Sanierungsverwalter kommen weitreichende Befugnisse zu. Er kann alles tun, was für die Verwaltung der Geschäfte, des Unternehmens und des Vermögens der Gesellschaft notwendig oder zweckmäßig ist. Außerdem ist er berechtigt, Direktoren abuberufen oder zu bestellen und Gesellschafter- oder Gläubigerversammlungen einzuberufen.

---

892 *Power v Sharp Instruments Ltd* [1994] 1 BCLC 111, CA.