



---

# ALBERT-LUDWIGS- UNIVERSITÄT FREIBURG

---

PLATZ DER ALTEN SYNAGOGE 1 D-79085 FREIBURG IM BREISGAU  
TEL.: ++49/761/203-2163 FAX: 203-2165 E-MAIL: [izpr1@jura.uni-freiburg.de](mailto:izpr1@jura.uni-freiburg.de)

INSTITUT FÜR DEUTSCHES UND  
AUSLÄNDISCHES ZIVILPROZESSRECHT

Direktor:  
Professor Dr. jur. Rolf Stürner

## **Entwurf der Art. 1-6 des Risikobegrenzungsgesetzes**

### **Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung zum Risikobegrenzungsgesetz am 23.01.2008**

#### **I. Die Zielsetzung**

Der Gesetzentwurf will negative Auswirkungen der Aktivitäten von Finanzinvestoren auf die Lage von Unternehmen verhindern, also insbesondere von Private Equity Fonds und Hedge Fonds. Dabei werden in der Gesetzesbegründung positive und negative Auswirkungen dieser Aktivitäten zwar erwähnt, aber nicht genauer spezifiziert.<sup>1</sup>

#### **1. Positive und negative Wirkungen der Private Equity Fonds**

Die positiven Auswirkungen der Private Equity Fonds bzw. Buy Out Fonds werden in einer verbesserten Unternehmensleistung (Gewinnverbesserung, Produktivitätserhöhung) mit Beschäftigungswachstum gesehen, wobei sogar eine hohe Schuldenlast zur Finanzierung der Restrukturierung und höherer Ausschüttungen teilweise als disziplinierend eingeschätzt werden.<sup>2</sup> Die Negativwirkung liegt in einer

---

<sup>1</sup> Zum Folgenden insbesondere *Eidenmüller* DStR 2007, 2116 ff. mNw.; *ders.* ZIP 2007, 1729 ff.; *ders.* ZHR 171 (2007), 644 ff.; ferner *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 4 ff., 101 ff., 111 ff., 264 ff.

<sup>2</sup> Insbesondere *Eidenmüller* DStR 2007, 2116 ff., 2117 I.Sp.

Erhöhung der Insolvenzgefahr („Aussaugung“), mit der ein schleichender oder ruckartiger Arbeitsplatzabbau verbunden sein kann. Der Streit gilt der empirischen Analyse, also der Frage, ob Positivwirkungen die Regel und Negativwirkungen Einzelphänomene sind.<sup>2a</sup> Weniger Aufmerksamkeit wird der Frage gewidmet, inwieweit die häufig hohe Wertschöpfung vor allem bei den Käufern zu wertvollen regionalen Reinvestitionen führt oder in andere Regionen abfließt, so dass die Wertrealisierung nicht der Region zugute kommt, deren Menschen diese Werte geschaffen haben, sondern anderen Regionen europa- oder weltweit („fat cat feast“). Empirische Datenerhebungen und Analysen sind wie stets nicht ohne Interessenabhängigkeit und gelten vor allem relativ kurzen Zeiträumen. Die Wirkungen dieser europa- und weltweiten Handelbarkeit, die Unternehmen und ihre Belegschaft zum Produkt und damit Objekt macht, auf die politische und soziale Kultur sind bisher weniger Gegenstand wissenschaftlicher und öffentlicher Diskussion.<sup>3</sup> Fest steht, dass sich die Aktivitäten der Private Equity nicht nur oder sogar weniger auf börsennotierte Unternehmen richten, sondern stärker auf den nichtbörslichen Unternehmensmarkt, was angesichts der strukturellen Bedeutung von kleineren und mittleren Unternehmen für die deutsche Wirtschaftskultur besondere Beachtung verdient.<sup>4</sup>

## **2. Positive und negative Wirkungen der Aktivitäten von Hedge Fonds**

Hedge Fonds, die in Modellen empirisch erhärteter Risikomischung und Risikostreuung ihren Anlegern bei Investitionen hoch gewinnbringende und gleichzeitig doch nicht zu risikoreiche Kapitalanlagen in Aussicht stellen, bewegen sich typischerweise eher im börsennotierten Unternehmensmarkt. Ihre positive Wirkung kann darin liegen, dass sie mit ihrer Beteiligung leistungs- und wertsteigernde Innovationen der Unternehmensführung veranlassen, zu der andere traditionelle institutionelle Anleger wie z.B. Investmentfonds oder Versicherungen wegen ihrer eher statischen Anlagekultur weniger neigen. Negative Wirkungen

---

<sup>2a</sup> Überwiegend positive Wirkung entspricht einer Fülle vor allem US-amerikanischer Studien (dazu *Eidenmüller* DStR 2007, 2116, 2117 mNw.) und einer Studie der European Commission, Report of the Alternative Investment Expert Group, Developing European Private Equity (July 2006); eine nunmehr von *Moody's* veröffentlichte Studie zeichnet ein eher kritisches Bild (F.A.Z. vom 16.01.2008, Nr. 13, S. 21).

<sup>3</sup> Thematisiert bei *Stürner*, Markt und Wettbewerb, S. 128 ff., 134 ff., 276 ff.

<sup>4</sup> *Eidenmüller* DStR 2007, 2116, 2118 r.Sp.; *Stürner*, Markt und Wettbewerb, S. 7, 268 f. Gegenwärtig sollen nach Schätzungen Private Equity Fonds Beteiligungen an ca. 6000 kleineren und mittleren Unternehmen halten (*Stürner* aaO Fn. 1479 mNw.).

können aus der recht kurzfristigen Anlage mit starker Neigung zur Gewinnmitnahme folgen, die langfristige Unternehmensstrategien verhindert, ferner aus Interessenkonflikten, wie sie sich aus der Beteiligung an mehreren Unternehmen ergeben, die konkurrieren oder Gegenstand von Übernahmen oder Verkäufen sind.<sup>5</sup> Auch hier geht der Streit um die Zuverlässigkeit und Güte empirischer Belege, das Verhältnis von Regel und Einzelfall bei der Zuordnung von positiven und negativen Effekten.<sup>6</sup>

### **3. Die Gewinner bei Private Equity Fonds und Hedge Fonds**

Ob die Anleger in ausreichendem Umfang Gewinner der Private Equity oder Hedge Fonds sind oder nicht nur oder eher ihre Kapitaleigner, ist erst Gegenstand neuerer Diskussion, wie sie sich auch im Zusammenhang wiederkehrender Schräglagen solcher Fonds entwickelt. Vieles spricht dafür, dass die Wertrealisierung durch solche Fonds überwiegend oder in hohem Maße nicht bei ihren Anlegern, sondern bei ihren Eignern anfällt und damit einen Wertetransfer weg von den Menschen weiter begünstigt, die in einer Region diese „schlummernden“ Werte wesentlich mit geschaffen haben.<sup>7</sup>

### **4. Die vom Entwurf verfolgten konkreten Ziele**

Der Entwurf verfolgt immerhin zwei konkrete Ziele bei der Vermeidung von Negativeffekten, die man vor dem Hintergrund einer Analyse möglicher Negativeffekte gegenwärtiger Gestalt einer „Corporate Finance“ sicher erschließen kann. Einmal will der Gesetzgeber einer Gewinnrealisierung vorbeugen, die nicht am Unternehmen und seinem Wachsen orientiert ist, sondern Folge manipulierenden Marktverhaltens ist, das sich zur Gewinnmitnahme vom Unternehmensinteresse voll abkoppelt. Zum anderen sollen auf übermäßiger Fremdfinanzierung beruhende Ausschüttungen verhütet werden, die das Unternehmen ausplündern. Gemeinsamer Nenner beider Ziele ist der Schutz langfristiger Unternehmensstrategie vor „räuberischen“ Wertrealisierungen. Dieses Grundanliegen verdient bei Abwägung aller geschilderten Gesichtspunkte uneingeschränkte Zustimmung.

---

<sup>5</sup> Eidenmüller DStR 2007, 2116, 2118 I.Sp.

<sup>6</sup> Eher kritisch zu den Wirkungen der Volatilität des Kapitals Stürner, Markt und Wettbewerb, S. 101 ff.

<sup>7</sup> Dazu kritisch Stürner, Markt und Wettbewerb, S. 277 ff.

## II. Das gewählte Instrumentarium und seine Eignung

### 1. Informationelle Regulierung

Der Entwurf setzt auf sanktionierte verbesserte Informationspflichten über Beteiligungen und konzertierte Aktionen sowie über Fremdfinanzierung und Beteiligungsziele. Die Sanktion besteht im Stimmrechtsausschluss, der bei unterlassener Mitteilung der Höhe der Stimmrechtsanteile für 6 Monate gelten soll. Diese Regelung ist insgesamt zur Durchsetzung der Informationspflicht geeignet.

Die informationelle Regulierung erlaubt den Marktteilnehmern und den übrigen Kapitaleignern, sich auf die Aktivitäten vor allem von Fonds, aber auch anderer Übernehmer, einzustellen, um sich entweder rechtzeitig anzupassen oder Strategien einer Abwehr oder Modifikation seitheriger Unternehmensführung zu entwickeln. Dies erschwert rasche anschleichende Übernahme. Der Nachteil des Informationsmodells<sup>8</sup> liegt in möglicher Vieldeutigkeit der Information, ferner in denkbarer irrationaler Reaktion anderer Marktteilnehmer auf Informationen, die nicht immer den Regeln einer „rational choice“ folgen.

### 2. Verbleibende Defizite

#### a) *Aktivitäten bei nicht börsennotierten Unternehmen*

Ein wichtiges Defizit ist die faktische Beschränkung auf börsennotierte Unternehmen, so dass das Hauptspielfeld der Private Equity Fonds nicht erfasst ist. Hier erweisen sich Informationspflichten auch als unpassendes Regulierungsinstrumentarium, weil sich die Vertragspartner solche Informationen ausbedingen können. Mitteilungspflichten könnten eher dazu dienen, der Finanzdienstleistungsaufsicht Kenntnis über das Ausmaß der Aktivitäten zu verschaffen. Im Übrigen könnte nur eine inhaltliche Regulierung helfen.

#### b) *Inhaltliche Regulierung*

Eine inhaltliche Regulierung hätte der Struktur der Fonds selbst (Risikogewichtung, Eigenkapital, Transparenz etc.) zu gelten. Ob über bestehende Haftungsregeln hinaus haftungsverschärfende Vorschriften notwendig erscheinen, ist umstritten<sup>9</sup>,

---

<sup>8</sup> Zur amerikanischen Diskussion *Steven L. Schwarcz*, Rethinking the Disclosure Paradigm in a World of Complexity, 2004 Ill. L. Rev. 1 ff.; ferner *Eidenmüller* JZ 2005, 216 ff., 218 ff.; *Stürner*, Markt und Wettbewerb, S. 89 ff. mNw.

<sup>9</sup> Ablehnend *Eidenmüller* DStR 2007, 2116 ff., 2120; *ders.* ZHR 171 (2007), 644 ff.

aber m.E. zu bejahen. Notwendig und wichtig wäre eine verstärkte Förderung regional gebundener Fonds, die das Anlagekapital in der Region halten und damit zur Finanzierung langfristiger Unternehmensstrategien beitragen. Solche Maßnahmen bedürfen aber entweder – so mit Recht die Begründung des Entwurfs – internationaler Abstimmung oder sie berühren die Kompetenz der EU.

### **III. Der notwendige Konflikt mit der EU**

Bereits die geplante informationelle Regulierung könnte zu Konflikten mit der EU führen, weil Kommission und EuGH über die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EGV) eisern wachen und auf Marktzugangschernisse mit penibler Kontrolle reagieren (Schutz wichtiger Allgemeininteressen, Geeignetheit, Erforderlichkeit).<sup>10</sup> Kommission und EuGH begreifen die Kapitalverkehrsfreiheit als Schlüssel zum technischen, wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt, weil die Möglichkeit individueller Gewinnmaximierung einen Wettbewerb entscheidend fördert, der zum qualitativ besten Angebot bei niedrigstem möglichem Preis führt. Das Bedürfnis nach Erhaltung einer leistungsfähigen regionalen Wirtschaftsstruktur darf folglich nicht durch nationale Maßnahmen befriedigt werden, die eine EU-weite oder weltweite gewinnmaximierende Kapitalbewegung behindern. Man könnte natürlich argumentieren, niemand müsse vor einer Kapitalbewegung sein nützliches Gewinnmaximierungskonzept offen legen, um es dem Störpotential von Wettbewerbern auszuliefern und es so zu verunmöglichen (Wettbewerb von Gewinnmaximierungskonzepten als geheimem Know How). Bei solch marktpuristischem Grundkonzept liegt der Verstoß gegen Art. 56 Abs. 1 EGV nahe.

Den Konflikt des deutschen Gesetzgebers und der deutschen sowie mitgliedstaatlichen Wirtschaftspolitik mit der EU sollte man aber nicht scheuen. Kommission und EuGH beginnen, das Binnenmarktkonzept sehr unitaristisch zu verwirklichen.<sup>11</sup> Jeder Spielraum regionaler und mitgliedstaatlicher Organisation geht so verloren mit der Folge, dass es einen Wettbewerb der verschiedenen Kapitalismusformen und Wirtschaftskulturen in der EU um bessere Effizienz und soziale Ausgewogenheit in Zukunft überhaupt nicht mehr geben könnte – sehr zum Schaden auch für Gesamteuropa. Wenn der deutsche Gesetzgeber im Gleichklang

---

<sup>10</sup> Dazu wohl zuletzt EuGH ZIP 2007, 2068 ff. (VW-Gesetz); *Eidenmüller* DStR 2007, 2116 ff., 2119.

<sup>11</sup> Zur Kritik *Stürmer*, Markt und Wettbewerb, S. 170 ff.

mit anderen Mitgliedstaaten eine Mäßigung des Marktunitarismus erreichen könnte, läge darin ein Fortschritt, für den auf jedem Gebiet zu kämpfen sich lohnt. Ein Mitgliedstaat mit produktionsorientierter Wirtschaftsstruktur wie z.B. Deutschland hat im Kapitalmarktrecht andere Feinsteuerungsbedürfnisse als eine finanziell-kommerziell orientierte Ökonomie wie England. Übernahmen bedeuten in einer Bank- und Finanzdienstleistungskultur in ihren sozialen Auswirkungen etwas völlig anderes als in einer produktionsorientierten Wirtschaft. Deutsche erste Schritte zur Regulierung lohnen sich auch unter dem Gesichtspunkt, dass verabschiedete mitgliedstaatliche Gesetze den europäischen Gesetzgeber stärker beeinflussen als bloße Gesetzespläne.

#### **IV. Zusammenfassung**

Dem Entwurf der Art. 1-6 des Risikobegrenzungsgesetzes ist insgesamt zuzustimmen, und seine Verabschiedung erscheint trotz seines beschränkten Wirkungsgrades dringend empfehlenswert.



---

# ALBERT-LUDWIGS- UNIVERSITÄT FREIBURG

---

PLATZ DER ALTEN SYNAGOGE 1 D-79085 FREIBURG IM BREISGAU  
TEL.: ++49/761/203-2163 FAX: 203-2165 E-MAIL: izpr1@jura.uni-freiburg.de

INSTITUT FÜR DEUTSCHES UND  
AUSLÄNDISCHES ZIVILPROZESSRECHT

Direktor:  
Professor Dr. jur. Rolf Stürner

## **Transparenz bei Verkäufen von Kreditforderungen**

### **Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung zum Risikobegrenzungsgesetz am 23.01.2008**

#### **I. Unverzichtbarkeit der Forderungsübertragung durch Banken**

In der wirtschaftlichen Wirklichkeit dient die Übertragung von Kreditforderungen durch Banken vor allem der Schaffung von Deckungsmassen für gedeckte Wertpapiere (Pfandbriefe, Covered Bonds), der Eigenkapitalentlastung durch Steuerung des Volumens der Kapitalunterlegungspflicht, der Auslagerung von Beitreibungsrisiken und -kosten und damit insgesamt dem Risikomanagement von Banken. Gerade auch bei Bankkrisen ist die Abtretung von Außenständen eine wichtige Form möglichen Krisenmanagements. Sie ist deshalb ein integraler Bestandteil der modernen internationalen Bankkultur, aus der Deutschland alleine nicht ausscheren kann, ohne den Wirkungskreis seiner Banken einseitig in gefährlicher Weise zu redimensionieren.<sup>1</sup> Es spricht nach allem von vornherein eine Vermutung gegen den Versuch, die Schutzposition des Darlehensnehmers durch

---

<sup>1</sup> Dies gilt auch dann, wenn man den breiten internationalen Trend zur Risikoauslagerung durch Bildung von Asset Backed Securities und ähnlichen Produkten in unregulierter Form als Massenphänomen für nicht unbedenklich hält (dazu *Stürner/Kern*, Deutsche Hypothekenpfandbriefe und US-amerikanische Deckungswerte, 2007, S. 75 ff.; *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 111 ff.; 113; 264 ff., 266; voller Überblick bei *Kern*, Die Sicherheit gedeckter Wertpapiere, 2004). Eine Verbesserung kann nicht in einer regionalen deutschen Erschwerung der Abtretung, sondern nur in abgestimmter qualitativer Regulierung liegen.

Erschwerung der Abtretung zu wahren und zu stärken. Darlehensforderungen sind zum handelbaren Produkt geworden. Auf dieser wirtschaftlichen Einsicht beruht letztlich die Zurückhaltung des BGH (NJW 2007, 2106) und der 1. Kammer des BVerfG (NJW 2007, 3707) bei der Wirksamkeitskontrolle anhand des Bankgeheimnisses.

## **II. Breiter internationaler Trend gegen Abtretungsbegrenzungen**

International läuft die Entwicklung gegen Erschwernisse der Abtretung und in Richtung einer Mobilisierung von Forderungen, weil die Umlauffähigkeit von Forderungen die „Leichtigkeit der Kreditversorgung“ gewährleistet.<sup>2</sup> In den romanischen Rechten und im US-amerikanischen Recht besteht ein starker Trend gegen Abtretungsverbote vor allem im kommerziellen Bereich.<sup>3</sup> Nach der von Deutschland ratifizierte Factoring-Konvention, die für Warenlieferungsforderungen gegen Unternehmer gilt, sind Abtretungsverbote unwirksam (Art. 6 Abs. 1), ohne dass Deutschland einen Vorbehalt erklärt hätte (Art. 6 Abs. 2, 18). Wo Abtretungsverbote vereinbart werden können, wird dies im Bankbereich international eher vermieden, weil es die Flexibilität des Bankgeschäfts ziemlich erschwert. Meist wird formularmäßig sogar die Einwilligung in die Abtretung verlangt, um möglicherweise bestehende gesetzliche Hindernisse auszuschließen.<sup>4</sup>

## **III. Die einzelnen Vorschriften**

### **1. Die Destabilisierung des Finanzmarktes durch einen obligatorischen zweiten Markt im neuen § 16 KWG**

Die Pflicht zum Angebot eines „abtretungsresistenten“ Darlehens mag gut gemeint sein, führt aber breiter praktiziert zu schwer zu rechtfertigenden und unverhältnismäßigen Komplizierungen und Schwierigkeiten des Risikomanagements einer Bank, weil sie in der Krise oder Schräglage einer Bank die notwendige

---

<sup>2</sup> Dazu ausführlich und unverdächtig bereits *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 33, S. 438 ff., insbes. S. 452; *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, Bd. I, 1996, § 14, S. 399 ff., 415 ff.

<sup>3</sup> *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, S. 416 f. mNw.

<sup>4</sup> Zum vertraglichen Ausschluss der Wirkungen des Bankgeheimnisses und des sog. „Weiterverpfändungsverbots“ in der Schweiz Stürner/Stadler, Hypothekenpfandbriefe und Deckungswerte in der Schweiz, 2008, S. 54 ff. und passim.



Flexibilität nimmt und allzu leicht zur Falle werden kann. Gegenüber Unternehmen ist eine Pflicht zum abtretungsresistenten Angebot schwer zu rechtfertigen. Den Pfandbriefbanken bringt sie massive Wettbewerbsnachteile.

*a) Erschwertes Risikomanagement und erschwerte Sanierung*

Ein Bestand an unveräußerbaren Außenständen ändert nicht nur die Zinskalkulation, wie die Begründung etwas verharmlosend ausführt. Vielmehr verändert er die gesamte Risikobewertung, weil sich die Bewertung von Kreditforderungen völlig verändern muss, die „res extra commercium“ sein sollen. Solche Kreditforderungen benötigen eigentlich eine deutlich höhere Kapitalunterlegung, weil ihre Wertrealisierung erschwert ist. Bei Schieflage einer Bank kann man sich nicht mehr neues Kapital durch Veräußerung oder Verbriefung beschaffen und die gesetzlich notwendige Eigenkapitalunterlegung absenken. Selbst Sanierungsmaßnahmen im Sinne von Übertragungen auf andere Banken sind verunmöglicht. Man wäre auf den beschwerlichen Mechanismus des Umwandlungsrechts angewiesen, dessen Unberührtheit nicht so recht klargestellt ist und dessen Mechanismen wegen der Forthaftungsproblematik auch durchaus nicht immer geeignet sind. § 16 KWG ist kaum vereinbar mit den Sanierungsvorschriften der §§ 32 ff. PfandbriefG, die von abtretbaren Darlehensforderungen ausgehen, also im Pfandbriefbankengeschäft unabtretbare Darlehensforderungen gar nicht zulassen. Darüber hinaus sind diese Vorschriften ein deutlicher Hinweis auf die allgemeine gesteigerte Inflexibilität. Gerade kleineren Banken, die sich vermehrt auf solche Vereinbarungen einlassen könnten, was die Begründung besonders anpreist, kann diese Inflexibilität bei unerwarteten Veränderungen leicht zur Falle werden. Im Endeffekt wäre es notwendig, den Anteil der nicht abtretbaren Darlehensforderungen bei einer Risikobewertung solcher Institute besonders zu gewichten oder gar zu begrenzen.

*b) Schutzwürdigkeit von Unternehmen als Bankschuldner?*

Unternehmen als Darlehensnehmer erhöhen mit teilweise voluminöseren Geschäftskrediten das Risiko der Inflexibilität vor allem kleiner und mittlerer Banken. Darüber hinaus würde bei ihnen für Schuldner- und Gläubigerstellung verschiedenes Maß angelegt. Bei ihren Gläubigerforderungen gegenüber Kunden griffe nach wie vor § 354a (neu: Abs. 1) HGB mit seinem Verbot der Nichtabtretbarkeit, und die von Deutschland ratifizierte Factoring-Konvention schreibt Abtretbarkeit für Unternehmen

als Gläubiger von Lieferungsforderungen gegenüber unternehmerischen Schuldern (Art. 6 Abs. 1 und 2, 18) fest. Diese Unternehmen selbst aber könnten ermuntert durch § 16 KWG n.F. vermehrt gegenüber Banken Nichtabtretbarkeit verhandeln. Dieses zweierlei Maß lässt sich schwer rechtfertigen, weil auch Warenkreditforderungen auf langjährigen Beziehungen und wechselseitigem Vertrauen beruhen können.

*c) Massive Schädigung des Pfandbriefmarktes und des Verbriefungsmarktes*

Deutsche Pfandbriefe mit ihren gesetzlich geregelten Deckungsmassen sind wegen §§ 32 ff. PfandbriefG auf Abtretbarkeit angewiesen. Es sind besonders solide und risikoaverse Wertpapiere, die zur Stabilität der Finanzmärkte auch im Interesse der Bankkunden wesentlich beitragen. Das obligatorische doppelte Angebot verschmälert den Markt für Deckungsmassenbestandteile und bringt diese risikoaversen Papiere in Bedrängnis. Auch Refinanzierungen oder Konsortialfinanzierungen nach §§ 22a ff., §§ 22b f. KWG setzen Abtretbarkeit voraus (§ 22c Abs. 1 Nr. 1 KWG) und wären marktmäßig geschädigt, falls ein funktionierender zweiter Markt entstünde.

*d) Herausnahme versteckter Abtretung für Refinanzierungszwecke als ermäßigte Angebotspflicht?*

Ein beschränktes Abtretungsverbot als Inhalt der Angebotspflicht, das Abtretung zu Refinanzierungszwecken bei Fortlauf der originären Kundenbezeichnung zuließe, bringt zwar eine gewisse Milderung, zeigt aber zwei deutliche Schwächen. Einmal ist der Begriff der Refinanzierung vieldeutig, falls er sich nicht nur auf das Refinanzierungsregister bezöge, was wiederum zu eng wäre, weil dabei alle Formen sofortiger refinanzierender Vollabtretung diskriminiert würden und sanierende Abtretung ebenfalls wieder verunmöglicht wäre. Zum anderen werden alle Formen versteckter Zession spätestens dann zur offenen vollen Zession, wenn der Kreditgeber in eine Krise gerät, sodass mit dieser Privilegierung letztlich nichts oder wenig erreicht ist, wenn es hart auf hart geht.

### *e) Perhorreszierung auslagernder Beitreibung*

Der Entwurf des neuen § 16 KWG erlaubt keine abtretungsfreien Angebote unter Ausschluss der Abtretung fälliger, verzugsfälliger Darlehensforderungen zum Inkasso. Darin liegt ein Übermaß, weil der säumige Schuldner auch durch andere Maßnahmen vor zudringlicher und oppressiver Vollstreckung geschützt werden kann.

### *f) Fragliche Verfassungs- und Europarechtskonformität*

Die freie Verfügung über Eigentum (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) ist stark beeinträchtigt, falls man durch Gesetz indirekt das Halten unverfügbaren Eigentums verordnet. Man verlangt damit eine inhaltliche Bindung, die sich an Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit zu messen hat. Ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht ist schon vor diesen Maßstäben nationalen Verfassungsrechts sehr zweifelhaft, weil sich Angemessenheit und Eignung zum Schuldnerschutz nicht gerade aufdrängen, wie später zu zeigen sein wird. Art. 56 Abs. 1 EGV verlangt Kapitalverkehrsfreiheit, welche die Möglichkeit zum Erwerb von handelbaren Kapitalwerten einschließt. Die Pflicht zum Angebot nicht handelbarer Darlehenswerte schränkt diese Möglichkeit für den deutschen Raum auch für Interessenten anderer EU-Staaten und Drittstaaten in einer Weise ein, die den zwischenstaatlichen Handel mit Forderungen und forderungsbasierten Finanzprodukten ganz massiv zu redimensionieren geeignet erscheint – keine eindeutig zugunsten der erwogenen Vorschläge zu entscheidende Konfliktlage, weil eine Rechtfertigung vom Gewicht zwingender Gemeinwohlinteressen abhängt, mag man auch zu diesem Grundsatz des EuGH teilweise kritisch stehen.

## **2. Unterrichts- und Angebotspflicht**

Der vorgeschlagene neue § 492a BGB erscheint zum Schutz von Verbraucherdarlehensschuldern sinnvoll, wenngleich die Frist etwas lang ist. Man sollte klarstellen, dass dies alles nur für Darlehen gelten kann, die nicht wegen Zahlungsstörungen berechtigterweise gekündigt sind.

## **3. Unterrichtung über Gläubigerwechsel**

Der neue § 496 Abs. 1a BGB ist insgesamt sinnvoll. In der Masse der Fälle ungestört laufender Darlehensbeziehungen wird ohnehin eine stille Zession oder die

Eintragung in ein Refinanzierungsregister erfolgen, sodass eine Offenlegung regelmäßig erst im Verwertungsfall durch den Zessionar notwendig wird und dann zum Schutz des Verbrauchers auch gerechtfertigt ist. Nicht zu billigen ist die Pflicht zum Hinweis auf ein Kündigungsrecht, weil das Kündigungsrecht selbst auf eine klar abzulehnende Regelung hinausläuft, die einem Abtretungsverbot gleichkommt.

#### **4. Aufhebung der Ausnahme vom qualifizierten Kündigungsschutz bei Immobiliendarlehensverträgen**

Die Streichung des § 498 Abs. 3 BGB würde zur Geltung der § 498 Abs. 1 und 2 BGB führen und dem Schuldner manipulatorische Umgehungen trotz beachtlicher Rückstände erlauben. Denkbar als Kündigungsgrund wäre ein Rückstand von drei Monatsraten bzw.  $\frac{1}{4}$  der Jahresrate für länger als einen Monat. § 490 Abs. 1 BGB sollte man unverändert lassen.

#### **5. Sonderkündigungsrecht des Darlehensnehmers**

Der neue § 490 Abs. 3 BGB ist in jeder Form abzulehnen.

##### *a) Voller Vertragseintritt*

Der volle rechtsgeschäftliche Vertragseintritt eines neuen Gläubigers sollte einer aktuellen Vereinbarung unter Einbeziehung des Schuldners vorbehalten sein, seine formularmäßige antizipierte Regelung sollte man entweder wie in § 309 Nr. 10 BGB mit kurzer Kündigungsfrist regeln oder voll unterbinden. Umwandelnde Rechtsnachfolge als Gläubiger eines Darlehensvertrages sollte hingegen kein Sonderkündigungsrecht auslösen. Völlig untragbar ist der Schwebezustand einer Dreimonatsfrist bis zur Kündigung. Der Vorschlag verunmöglicht sinnvolle Restrukturierungen und Sanierungsmaßnahmen weithin.

##### *b) Abtretung*

Ein faktisches Abtretungsverbot enthielte ein Sonderkündigungsrecht bereits bei Abtretung der Darlehensforderung bzw. Kenntnis der Abtretung. Hier gelten alle Bedenken verstärkt, die gegen eine Pflicht zum obligatorischen Angebot abtretungsfreier Darlehensforderungen bereits vorgebracht sind. §§ 22a ff., 22c Nr. 1

KWG liefern praktisch weithin ebenso leer wie §§ 32 ff. PfandbriefG, weil die Position des Zessionars durch die Kündigungsmöglichkeit völlig entwertet wäre.

Dieser Vorschlag eines Kündigungsrechts nach Abtretung scheint Bedürfnisse eines funktionsfähigen Kapital- und Finanzmarktes in besonderer Weise zu vernachlässigen und ist so schwer nachvollziehbar.

## **6. Änderung des HGB**

Die Ausnahme bankmäßiger Darlehensforderungen vom Verbot vereinbarter Nichtabtretbarkeit zwischen Bank und Unternehmen in § 354a HGB ist die Konsequenz der Änderung des § 16 KWG und deshalb so wenig empfehlenswert wie der vorgeschlagene § 16 KWG.

## **7. Änderung der ZPO**

Die Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO auf vollstreckbare Urkunden ist zu begrüßen, weil es ein Wertungswiderspruch ist, bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen eine verschuldensunabhängige Haftung anzunehmen, nicht aber bei der durch kein Erkenntnisverfahren abgesicherten vollstreckbaren Urkunde.<sup>5</sup>

## **8. Weitere Vorschläge zum Schutz des Darlehensnehmers**

Eine andere Frage ist, wie man sich zur Kombination aus Grundpfandrecht, abstraktem Schuldnerkenntnis und dinglicher sowie persönlicher Vollstreckungsunterwerfung stellen soll, vor allem wenn von ihr nach Abtretung aufkaufende, liquidationsorientierte Investoren oder Beitreibungsgesellschaften Gebrauch machen und nicht der ursprüngliche Darlehensgeber. Der Bundesgerichtshof ist trotz seiner grundsätzlich zustimmenden Haltung zu diesem Sicherungspaket aufkommender Kritik insoweit entgegengekommen, als er abstrakten Anerkenntnissen von Nichtdarlehensschuldern, die sichernde Grundpfandrechte bestellen, eher ablehnend gegenübersteht und bei Einbeziehung später entstandener Darlehensforderungen den Banken die Beweislast auferlegt.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> So schon für das geltende Recht gegen den BGH *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 15 Rn. 15.48, S. 172 Fn. 130.

<sup>6</sup> Dazu *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 40 Rn. 45, § 45 Rn. 14 ff.; *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 16 Rn. 16.19.

Gläubigern, die nicht Banken sind, steht der BGH eher kritisch gegenüber (z.B. Bauträger, BGH NJW 1999, 53 f.) und erklärt Vollstreckungsunterwerfungen u.U. für unwirksam.

Auch wenn man dem Sicherungspaket, insbesondere was das abstrakte Schuldanerkenntnis angeht, eher skeptisch gegenübersteht, sollte man den Konflikt zwischen dem legitimen Sicherheitsbedürfnis der Banken, die fremdes Kapital verwalten und auf seine wertbeständige Anlage zu achten haben, und dem Verbraucher, der sich nicht dem Druck ungerechtfertigter Vollstreckung ausgesetzt sehen möchte, gegenwärtig nicht durch Extremösungen entscheiden. Vielmehr empfehlen sich neben der Klarstellung verschuldensunabhängiger Haftung folgende Maßnahmen:

a) Gutgläubiger Erwerb von nichtvaluierten Grundpfandrechten (nicht nur, wie oft argumentiert, Grundschulden) durch Banken und Unternehmen sollte bei grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein. Grobe Fahrlässigkeit sollte insbesondere bei fehlender Kontrolle der Valutierung unwiderleglich vermutet werden. § 1138 (Hypotheken) und § 1157 (Grundschulden) wären insoweit zu modifizieren.

b) Eine Zwangsvollstreckung aus vollstreckbaren Darlehens- und Grundpfandrechtstiteln sollte vier Wochen vorher schriftlich unter Vorlage einer Zahlungsaufstellung angedroht werden (Änderungen in § 750 ZPO oder § 797 ZPO) mit dem Hinweis, dass der Schuldner einstweilige Anordnungen beantragen (§ 769 ZPO) und Klage erheben kann (§ 767 ZPO), falls er die Berechnung der noch offenen Forderungen nicht für richtig hält oder sonst Einwendungen gegen die Forderungen hat.

### **III. Zusammenfassung**

Insgesamt empfehlen sich nur Regelungen zur Verbesserung des Schutzes des Darlehensnehmers, welche die Verfügungsfreiheit einer Bank über ihre Darlehensforderungen als wichtige Vermögenswerte möglichst unangetastet lassen. Eine durch rechtliche oder faktische Verfügungsverbote verursachte Inflexibilität darlehensgebender Banken erschwert die Risikokalkulation und das Risikomanagement sowie die Sanierungsfähigkeit bei Ungleichgewichtslagen und droht den wichtigen deutschen Pfandbriefmarkt sowie den Verbriefungsmarkt

empfindlich zu schädigen mit gewichtigen internationalen Wettbewerbsnachteilen. Vorzugswürdig und ausreichend für den Darlehensschuldnerschutz sind Unterrichts- und Angebotspflichten der ursprünglich darlehensgebenden Bank, ein angemessener qualifizierter Kündigungsschutz bei Zahlungsstörungen, ein Verbot antizipierten, rechtsgeschäftlichen formularmäßigen Vertragseintritts Dritter anstelle des originären Vertragspartners und unmittelbar vollstreckungsschützende Maßnahmen, nämlich verschuldensunabhängige Haftung für unberechtigte Vollstreckung, Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs nicht valutierter Grundpfandrechte und vorausgehende Vollstreckungsandrohung mit Abrechnung und Aufklärung über gerichtlichen Rechtsschutz.

Der Schutz des Darlehensnehmers kann nicht auf Kosten der Bankgläubiger gehen, deren Kapital die Bank verwaltet. Jede Asymmetrie schädigt sowohl Marktteilnehmer wie Stabilität des Gesamtsystems.