

## **Verkauf von notleidenden Krediten**

### **Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses des deutschen Bundestages zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz)“ Drucksache 16/7438 insbesondere zu III. Verbesserung Transparenz bei Verkäufen von Kreditforderungen**

von

Prof. Dr. Udo Reifner, institut für finanzdienstleistungen e.V.

Die Koalitionsfraktionen haben anlässlich des Entwurfs eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz)<sup>1</sup> „Diskussionsspunkte zur Einführung erweiterter Schuldnerschutzmöglichkeiten bei Forderungsverkäufen durch Banken“<sup>2</sup> zusammengestellt. Sie enthalten einen vollständigen Gesetzentwurf, der nur Hypothekenkredite betreffen soll.

#### **1 Inhalt der Vorschläge**

- a) So soll ein §16 ins KWG eingefügt werden, wonach ein Kreditinstitut auch Kredite, die nicht abtretbar i.S. des §399 BGB sind, anbieten müssen. Damit dies auch für Kaufleute wirksam werden kann wird §354a HGB entsprechend angepasst.
- b) Ferner soll das BGB geändert werden. Dabei wird zunächst mit einem §492a Abs. 1 u. 2 BGB ganz allgemein festgelegt, dass der Kreditgeber den Verbraucher drei Monate vor Ende der Zinsbindungsfrist informieren müsse, ob und zu welchen Konditionen er das Darlehen gewillt sei fortzuführen. Eine Differenzierung danach, ob hierzu bereits eine vertragliche Pflicht besteht, wie sie der BGH<sup>3</sup> vornimmt, und wenn ja, wie sich das Gesetz hierzu verhält, enthält der Entwurf nicht.
- c) Für Kreditverkäufe wesentlich ist eine neue Bestimmung in §492a Abs.3, dass die Pflichten zur Transparenz auch den Investor treffen, der sich die Kredite hat abtreten lassen.

---

<sup>1</sup> BT-Druck 16/7438

<sup>2</sup> Anhang zum Schreiben des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur öffentlichen Anhörung zum Risikobegrenzungsgesetz am

<sup>3</sup> BGH WM 1997, 2353; 1995, 103

- d) Die Einschränkung der Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung von Teilzahlungskrediten (mindestens zwei Monatsraten Rückstand etc) in §498 Abs. 3 wird in einem neuen Abs. 4 auf Hypothekenkredite ausgedehnt.
- e) Ferner soll ein fristloses Sonderkündigungsrecht als neuer §490 Abs. 3 mit einer Ausübungsfrist von drei Monaten einmal bei bloßer Abtretung (Alternativvorschlag) im Hauptvorschlag aber nur dann geltend gemacht werden, wenn ein „Wechsel in der Person des Darlehensgebers“ erfolgte, also ein echter Darlehensverkauf mit Rechten und Pflichten vorlag. Das Sonderkündigungsrecht soll frei von einer Vorfälligkeitsentschädigung ausgeübt werden können.
- f) Auf das Sonderkündigungsrecht ist ferner gem. eines neu eingefügten §496 Abs.1a BGB sowie auf „die Kontaktdaten des neuen Gläubigers gem. §1 Abs.1 Nr. 1 bis 3 BGB-Info-VO“ hinzuweisen. Diese Hinweispflicht soll ausdrücklich bei Darlehensverkäufen und bei Forderungsverkäufen gelten. Zusätzlich wird erwogen, auf diese Informationspflicht bei MBS Abtretungen zu verzichten, wenn das Servicing beim Originator bleibt.
- g) Schließlich soll in §795 ZPO bzgl. der Grundschuld das Treuhandverhältnis durch Verweis auf §794 Abs.1 Nr. 5 ZPO ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch gegen den zu Unrecht vollstreckenden Investor gewährt werden.

## 2 Einschätzung

### 2.1 Anwendungsbereich

#### 2.1.1 Zustimmungsfreie Darlehensverkäufe – Implizite gesetzliche Ermächtigung?

Der Gesetzesentwurf behauptet in seiner Überschrift, er nehme zu „Verkäufen von Kreditforderungen“ Stellung. Tatsächlich betreffen seine wesentlichen Vorschläge aber „Verkäufe von Darlehensverträgen“ mit Gläubigerwechsel. Da hier die in der Begründung genannten Probleme beim Gläubigerwechsel gegen den Willen der Verbraucher bestehen, scheint der Gesetzgeber damit auch solche Fälle regulieren zu wollen.

Dies lässt zwei Interpretationen zu. Zunächst sieht es so aus, als ob der Gesetzgeber davon ausgeht, dass §415 BGB und seine Absicherung in Art. 2, 14 GG nicht existieren oder durch dieses Gesetz außer Kraft gesetzt werden. Eine solche Intention würde verfassungswidrig sein, da Art. 14 GG eine gezielte gesetzgeberische Einschränkung verlangt, die sogar den Grundgesetzartikel zu nennen hätte. Der Gesetzgeber scheint aber sogar die Meinung des Senatspräsidenten beim BGH zu teilen, dass unter bestimmten

Umständen Verbraucher das Recht aus §415 BGB verwirkt haben. Aber auch in diesem Fall müsste er es verfassungskonform explizit regeln.

Eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschläge würde dagegen ergeben, dass der Gesetzentwurf sich zur Zulässigkeit nicht äußert und daher die Bestimmungen nur dann Anwendung finden können, wenn auf Grund anderweitiger Regelungen entweder durch Zustimmung des Verbrauchers oder aber auf der Grundlage des Umwandlungsgesetzes eine zustimmungsfreie Übertragung möglich ist. Bei dieser Interpretation hätte der Gesetzentwurf praktisch keine Bedeutung für die aktuellen Probleme.

Das Informationsrecht des E-§496 Abs.1 a BGB lässt allerdings kaum noch eine solche Interpretation zu. Es unterstellt definitiv, dass zur Wirksamkeit einer Vertragsübertragung nicht die Zustimmung sondern nur die Information des Kreditnehmers über die Kontaktdaten notwendig ist. Insoweit stellt dieses Recht zur Information eine dramatische Verschlechterung des Verbraucherschutzes des §415 BGB dar.

### **2.1.2 Vermischung von NPL, MBS und Inkassoession**

Der Vorschlag vermischt mehrfach die Praxis der Refinanzierung über Mortgage Backed Securities mit der dafür notwendigen Abtretung von Forderungen mit der Übertragung von Non-Performing-Loans sowie der Inkassoession. Da die Probleme nur bei NPL bestehen, kann der Gesetzgeber mit einer solchen ungezielten breit streuenden Maßnahme letztlich nur mehr Unheil stiften als Probleme lösen.

Nur an zwei Stellen erkennt der Vorschlag das Problem. So wird in einem Klammerzusatz erwogen, MBS von der Informationspflicht auszunehmen, wenn das Servicing beim Originator bleibt. Dadurch wird allerdings wiederum implizit behauptet, das MBS könne rechtlich auch eine Übertragung der Forderung + Servicing, also doch einen Verkauf der Darlehensverträge, ermöglichen. Dies ist in der Praxis bisher absolut unüblich und wie ausgeführt rechtlich unzulässig. Es gibt keine Probleme aktuell im MBS Markt und auch im Zukunft lässt sich so etwas angesichts der amerikanischen Erfahrung kaum vermuten. Hier fahrlässig mitzuregeln würde den MBS Markt beeinträchtigen. Da zudem mit der Formulierung „Forderung des Darlehensgebers aus einem Darlehensvertrag“ auch gekündigte Forderungen einbezogen werden, würde implizit auch die Inkassoession mit betroffen. Auch dies ist unsinnig, weil diese Zessionen seit langem existieren und mit den aktuellen Problemen nichts zu tun haben.

Erstaunlich ist beim Sonderkündigungsrecht (dazu sogleich), dass hier umgekehrt nur die Darlehensverkäufe geregelt werden sollen und lediglich in Erwägung gezogen wird, auch die Forderungsverkäufe einzubeziehen.

## **2.2 Sonderkündigungsrecht (E-§490 Abs. 3 BGB)**

### **2.2.1 Nutzen des Sonderkündigungsrechts**

Das Recht auf Sonderkündigung für Forderungsverkäufe einzuführen (2. Alternative) würde den MBS Markt praktisch austrocknen. Es würde dazu führen, dass in Zukunft praktisch keine Refinanzierungen mehr möglich sein werden. Jeder Verbraucher wäre nämlich gut beraten, wenn er immer dieses Sonderkündigungsrecht in Anspruch nehmen würde, weil er dadurch die Vorfälligkeitsentschädigung einspart und bessere zwischenzeitliche Marktkonditionen trotz vereinbarter langer Laufzeit in Anspruch nehmen könnte. Dabei hätte er dies Recht auch ohne Einbußen bei seinen sonstigen Rechten, weil ihm der Originator ja in der Pflicht bleibt. Mitnahmeeffekte (moral hazard) würden die Vorteile an die Falschen geben und zu einer ungerechten Behandlung der Kreditnehmer führen, die weiterhin die in Deutschland extrem überhöhten Vorfälligkeitsentschädigungen zahlen müssten.

Für Inkassozeessionen, die aus bereits gekündigten Krediten stammen, ist ein Sonderkündigungsrecht logischerweise unsinnig.

Im Bereich der eigentlich interessanten NPL würden aber Steine statt Brot gegeben. Verbraucher, deren Kreditverhältnisse als notleidend eingestuft werden, haben Schufa-Einträge und eine geringere Kreditwürdigkeit. Ihre Grundstücke sind meist entwertet und als Sicherheit für den ausstehenden Betrag unzureichend. Sie sind daher im wesentlichen darauf angewiesen, dass der ursprüngliche Kreditgeber (Originator), der an ihnen in guten Zeiten verdient hat, ihnen auch in schlechten Zeiten die Treue hält. Entsprechend hat die Rechtsprechung auch Treuepflichten konstatiert. Für diese Personen, die erhebliche Schwierigkeiten haben, auf dem Markt einen anderen Kreditgeber zu finden, muss das Angebot eines Sonderkündigungsrechts zynisch wirken.

Tatsächlich würde es ja nur dem Originator oder dem Investor dienen. Der Investor zahlt ja nur einen risikobereinigten Preis der ausstehenden Forderung, der bei 30% des Wertes liegen kann. Findet der Kreditnehmer dagegen ausnahmsweise einen Refinanzierer, so müsste er 100% der Forderung bezahlen. Der ursprüngliche Kreditgeber könnte sich also freuen.

### **2.2.2 Effektivität der Information (E-§496 Abs.1a BGB)**

Bzgl. des Informationsrechtes dürfte eine solche Information die Kreditnehmer in der Regel nur verunsichern, ohne dass sie damit etwas anfangen können. Vor allem im MBS Markt wäre sie schädlich. Im Inkassomarkt sieht das Gesetz diese Information ohnehin vor, indem sie die Abtretung im Verhältnis zum Schuldner quasi so lange ohne Wirkung

sein lässt, wie dieser gem. §407 Abs. 1 BGB sie „nicht kennt“. Hier reicht nicht eine AGB-mässige Mitteilung sondern der Inkassozeessionar muss sich um die Kenntnis effektiv bemühen. Alle Risiken der Informationsübermittlung liegen bei ihm. Das BGB ist also hier erblich besser als der Entwurf.

### **2.2.3 Alternative: Vorkaufsrecht entspr. §577 BGB**

Demgegenüber würde es Sinn machen, ähnlich dem Mieter einer Eigentumswohnung in §577 BGB dem Kreditnehmer ein Vorkaufsrecht an seiner Forderung einzuräumen. In diesem Fall hätte der Originator dem Kreditnehmer den Preis zu nennen, den der Investor mit ihm abgemacht hat und hätte dann Zeit zu diesem Preis seine eigene Forderung zurückzukaufen. Hierfür wird er auch in der Regel Kreditgeber finden, weil die reduzierte Forderung sich leichter refinanzieren lässt.

Ein solches Recht wird auch von Banken ihren notleidenden Kreditnehmern nicht freiwillig eingeräumt, obwohl sie ja den gleichen Betrag wie vom Investor gekommen würden. Tatsächlich wird der Investor nach Festlegung und Evaluation des Portfolios aber Druck auf den Originator ausüben, keine Forderungen mehr herauszulösen. Allein wenn dies ein gesetzliches Recht ist wie in §577 BGB, kann sich der Markt darauf einstellen.

In der Praxis waren mittelständische Unternehmer empört, dass ihre Bank, obwohl sie den Kaufpreis des Originators aufbringen konnten, ihnen den Rückkauf ihrer Forderung zu diesem Preis verweigerte und sie statt dessen an einen „Geierfonds“ auslieferte, der nunmehr mit allen Mitteln 100% der Forderung plus Zinsen eintrieb. Entsprechende Verweigerung des Eigenerwerbs gegenüber Dritte Welt Ländern haben in der Presse zu erheblichem Aufsehen geführt, wenn NPL Investoren von diesen Ländern das Mehrfache von dem erlösten, was sie selber für die Forderungen bezahlt hatten.

## **2.3 Kündigungs- und Beendigungsschutz**

Vorschriften, mit denen ein gewisser Schutz bei und vor der Beendigung von Hypothekenkrediten eingeräumt wird, sind längst überfällig. Es ist anachronistisch, dass Kreditnehmer mit Ratenkrediten über 1000 € Kündigungsschutz erhalten, derjenigen, der sein Haus finanziert hat oder sich als Selbständiger für sein Unternehmen verschuldet hat, nicht einmal das Minimum eines Zuwartens und Eingehens durch die Bank rechtlich erwarten darf.

Bisher ist zwar auf Grund des Hausbankprinzips das Problem im Hypothekenkredit nicht so gravierend geworden. Banken kündigen gerade im Hypothekenkredit nur selten voreilig und ohne eingehende Prüfung von Alternativen. Immerhin ist die Abwicklung in Deutschland so bürokratisch geregelt, dass auch die Bank erhebliche Verluste und Auf-

wände einkalkulieren muss. Anders sieht es jedoch im Mittelstandskredit aus. Hier haben wir in einer ausführlichen Forschungsstudie das Problem verfrühter Kündigungen ohne Anpassungsversuche als einen wichtigen Grund vorzeitigen Scheitern von Mittelständlern analysieren können.<sup>4</sup> Eine gesetzliche Grundlage für die bisher allein aus Treu und Glauben abgeleitete Rechtsprechung ist notwendig.

### **2.3.1 Mindestvoraussetzungen der Kündigung (E-§498 BGB, besser in §490 BGB)**

Die Erstreckung des §498 Abs.3 BGB auf Hypothekarkredite ist zu begrüßen. Bisher ist nicht ersichtlich, wo diese jetzt gestrichene Regelung hinkommen soll. Sie in §498 Abs.4 BGB einzufügen ist nicht sinnvoll. Es ist nicht einsichtig, warum nicht auch mittelständische Unternehmen solche Rechte erhalten sollen. Statt in §498 BGB sollte die entsprechende Einschränkung auf alle ratenweise rückzahlbaren Kredite, so wie das Sonderkündigungsrecht es jetzt vorsieht, in §490 BGB geregelt werden, weil es auch hier nicht um Verbraucherschutz sondern generell um Schuldnerschutz geht. Dabei sollte das Gesprächsangebot in §498 Abs. 1 S. 2 BGB miteinbezogen werden

### **2.3.2 Information bei Ende der Zinsbindungsfrist (E-§492a Abs. 1 u. 2 BGB) – Verlängerungsverpflichtung nicht aushebeln.**

Die vorliegende Regelung stellt in ihrer impliziten Bedeutung ebenso wie bei den Rechten bei Darlehensverkäufen eine wesentliche Verschlechterung des geltenden Vertragsrechts für Verbraucher dar. Sie geht implizit davon aus, dass der Kreditgeber keine Verpflichtung hat, nach Auslaufen der Zinsbindungsfrist einen angemessenen Zinssatz für eine weitere Kapitalnutzung anbieten muss.

Ein Informationsrecht hat auch hier nur eine eher zynische Bedeutung, wenn gerade einem Kreditnehmer, der in Schwierigkeiten ist, mitgeteilt wird, für ihn sei bei dieser Bank keine weitere Kapitalnutzung vorgesehen. Er müsse, wenn er wie üblich keine Alternativfinanzierung finde, mit Zwangsvollstreckung und Beitreibung rechnen. Tatsächlich informieren die Kreditgeber ja die Kreditnehmer durchaus häufig mit der Intention, weit schlechtere als marktübliche Zinssätze in der Anschlussfinanzierung durchzusetzen, weil sie wissen, wie schwierig und aufwendig eine Umschuldung ist.<sup>5</sup>

Zunächst müsste der Entwurf zur Kenntnis nehmen, dass nach geltendem Recht es eine

---

<sup>4</sup> Reifner, Groessl, Krüger, Kleinunternehmen und Banken in der Krise, 2003, S. 204 ff

<sup>5</sup> Der Verfasser erhielt ein Verlängerungsangebot 3 Wochen vor Auslauf mit einem fast doppelt so hohen wie auf dem Markt üblichen Zinssatz. Als die Festschreibung auf 10 Jahre von ihm abgelehnt wurde, wurden die Zinssätze noch einmal erhöht. Das Umschuldungsverfahren dauerte mehrere Monate. Es konnte nur dadurch marktgerecht durchgeführt werden, dass der Verfasser die Fälligkeit in Kauf nahm und auf der Berechnung von Verzugszinsen bestand.

Vielzahl von Fällen gibt, indem der Kreditnehmer ein Recht auf einen neuen angemessenen Zinssatz hat, dessen Festlegung nach §315 BGB gerichtlich sogar überprüfbar ist.

- ▶ So wird oft neben einer Zinsbindungsfrist auch eine (längere) Laufzeit vereinbart, weil der Kunde hier zu Recht Sicherheit wünscht. In diesen Fällen endet der Vertrag nicht mit der Zinsbindungsfrist sondern erst mit Ende der Laufzeit. §315 BGB findet Anwendung.
- ▶ Eine Laufzeit kann auch konkludent individuell vereinbart sein, wenn etwa die Bank wie häufig der Fall dem Kunden einen Tilgungsplan ausgedruckt hat, der bis zur vollständigen Kredittilgung reicht. Hier gibt sie konkludent oder explizit<sup>6</sup> zu erkennen, dass sie bis dahin der zuständige Kreditgeber sein will.
- ▶ Die Rechtsprechung hat bei Kombi-Krediten, wo eine zur endfälligen Tilgung abgeschlossene Kapitallebensversicherung bzw. eine Bausparkonstruktion verbunden war, die Pflicht der Bank konstatiert, den in der Zwangslage einer ungekündigten Anlage stehenden Kreditnehmer auch weiter Kredit zu angemessenen Konditionen zu gewähren, weil der Kreditnehmer nach der ganzen Konstruktion an das Anlageprodukt und dessen Laufzeit gebunden ist.<sup>7</sup>

Bei Hypothekenfinanzierungen, mit denen Menschen sich auf Jahrzehnte hinaus verschulden, wird man generell gem. §§133, 157 BGB von dem Willen der Parteien ausgehen, den Vertrag auch über die Zinsbindungsfrist hinaus aufrechtzuerhalten.

Insoweit ist der Entwurf irreführend, wenn er meint, die Bank könne von sich aus entscheiden, ob sie einen solchen Vertrag fortsetzt. Es liegt nicht in der Kompetenz des Gesetzgebers eine solche autoritative Festlegung zulasten der Verbraucher im zwingenden Gesetzesrecht durchzuführen.

Der Vorschlag ist aber insoweit zu begrüßen, als er für das Angebot der Bank festlegt, dass es drei Monate vor Beendigung zu erfolgen hat. Dies ist sinnvoll, weil der Verbraucher und Unternehmer Zeit braucht, um alternative Angebote auf dem Markt einzuholen.

Dabei sollte aber in der Formulierung eine wesentlich effektivere Sanktion festgelegt werden, wenn man festschreibt, dass *„das Vertragsverhältnis erst drei Monate, nachdem der Kreditgeber seine Pflicht zur Unterbreitung eines neuen Konditionenangebotes erfüllt hat, endet“*. Bei einer solchen Formulierung würde sich der Gesetzgeber nicht in die

---

<sup>6</sup> "Nach Ablauf der Zinsbindungsfrist und Zinsneufestsetzung werden wir Sie dann über die aktuelle Ratenhöhe verständigen." (Aus der Kreditvertrag eines Kombikredite nach BGH WM 2003, 1416 = ZBB 2003, 301 = NJW 2003, 2674; zur üblichen Praxis einer von vornherein angebotenen Verlängerung vgl. die Tatbestände in BGH WM 2007, S. 731-734; NJW 2007, 3127-3130. WM 2007, 114; ZIP 2006, 1238 = BB 2006, 1409 = WM 2006, 1243; BKR 2006, 405 ff.; BKR 2005, 501; BKR 4/2005, 153; Urt v. 18.01.2005, AZ XI ZR 17/04, [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de); BGH WM 2003, 1416 = ZBB 2003, 301 = NJW 2003, 2674; WM 1991, 9 = EWIR 1991, 129 = NJW 1991, 694 = NJW-RR 1991, 435

<sup>7</sup> Implizit in BGH BKR 4/2005, 153 (unter II. 3); ferner die Urteile oben FN 6

Vertragsinterpretation einmischen sondern die Pflichtenfeststellung den Gerichten überlassen. Gleichzeitig wäre eine effektive Bedenkzeit für die Suche nach einem neuen Angebot gewährleistet.

#### **2.4 Vollstreckungsschutz gegen Grundschulderwerber (E-§795 ZPO)**

Auch hier geht der Entwurf wohl davon aus, dass der Erwerber die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung und die volle Grundschuld erhält und der Originator seine Pflichten entledigt wurde und daher für das Fehlverhalten des Erwerbers nicht mehr haftet. Dies ist wie gezeigt nach geltendem Recht unzutreffend, so dass auch hier die Position des Verbrauchers entscheidend verschlechtert wird.

Der Verbraucher muss weiterhin einen Schadensersatzanspruch gegen den Originator behalten, weil nur der Originator es vertraglich in der Hand hat, den Investor zu binden, der weitere Investoren wieder binden wird. Nur der Originator hat Kontakt zum Investor und ist stark genug, Rückgriff bei ihm zu nehmen. Er wird durch diese aktuelle Rechtslage zum natürlichen Verbündeten des Verbrauchers.

Die hier vorgeschlagene Regelung wird praktisch keine Bedeutung haben. Zunächst steht dem Kreditnehmer die Vollstreckungsgegenklage gem. §771 ZPO zu. Auch dieses viel bessere Recht wird heute nicht in Anspruch genommen. Wer Inhaber der Grundschuld ist, kann der Verbraucher nicht wissen. Er ist diesem Investor auch nicht gewachsen, der in keiner Weise auf sein Image am Hypothekenmarkt Rücksicht nehmen muss. Entsprechend rüben auch die Investoren gegen die Schuldner bisher vor.

Neben der präventiven Vollstreckungsgegenklage gegen den Investor hilft daher nur ein Anspruch gegen den Originator. Wiederum ist §415 BGB die einschlägige Verbraucherschutznorm und es wäre fatal, wenn im Namen des Verbraucherschutzes auch hier etablierte Rechte der Kreditnehmer abgebaut würden.

#### **2.5 Pflicht zum Angebot nicht abtretbarer Kredite (E-§16 KWG)**

Eine solche Pflicht zum Angebot nicht abtretbarer Kredite ist in einer Marktwirtschaft wesensfremd. Was angeboten wird sollte der Markt entscheiden, der auf eine entsprechende Nachfrage reagieren wird. Da die sonstigen Konditionen ohnehin nicht mit festgelegt sind steht es im übrigen den Anbietern frei, das Angebot so unattraktiv zu machen, dass es nicht in Anspruch genommen wird. Da es zudem nur eine öffentlich-rechtliche Pflicht ist, wird sie ohnehin nicht effektiv sein. Beim Angebot eines Mindestgirokontos, wo eine solche gesetzliche Angebotspflicht wirklich Sinn gemacht hätte, hat das Parlament sich versagt und auf eine Selbstverpflichtung vertraut. Hier wäre dies tatsächlich ange-



messen.

Im übrigen sprechen auch Aspekte der Bankensicherheit dagegen. Nicht-abtretbare Forderungen können schlecht saniert werden. Auch insoweit handelt es sich um einen Systemfehler.

Letztlich wird von dem eigentlichen Problem abgelenkt, nämlich dass verbraucherschädigende Gestaltungen und Praktiken nicht vom Recht eingegrenzt werden sondern statt dessen suggeriert wird, der Verbraucher brauche nur ein gutes Produkt wählen, dann wären die Probleme gelöst. Wo aber der Markt nicht funktioniert können Angebotsverpflichtungen des Staates ihn auch nicht ersetzen.

### **3 Zusammenfassung zur Rechtslage und zum Entwurf**

1. Die aktuelle Problematik des Missbrauchs von Grundschulden, des Verkaufs von Kreditbeziehungen an inkompetente und nur an schneller rücksichtsloser Realisierung der Forderungswerte interessierten Investoren („Geierfonds“) ist ein Problem der notleidenden ungekündigten Kredite. Rechtsprechung und Gesetzgebung sollte diese Fälle deutlich von den Fällen der Mortgage Backed Securities zur Refinanzierung ungekündigter Kredite durch reine Forderungsabtretungen (ähnlich wie dem Factoring) ebenso unterscheiden wie von der Inkassozession bei gekündigten Krediten. Beide System der Forderungszesion funktionieren gut und brauchen keine Möglichkeiten zum Darlehensverkauf gegen den Willen des Schuldners.

2. Forderungsverkäufe auch gegen den Willen der Kreditnehmer sind zulässig und erfüllbar. Datenschutz und Bankgeheimnis stehen nicht entgegen. Allerdings gehen Sicherungsrecht nur insoweit über, wie sie nicht mit höchstpersönlichen Rechten der Darlehensnehmer etwa auf treuhänderische Verhinderung des Missbrauch überschießender Rechtsmacht bei der Grundschuld versehen sind. Insoweit hat der Kreditnehmer bei Missbrauch der Grundschuld durch den Investor einen Schadensersatzanspruch gem. §§280, 278 BGB gegen den Originator. Ob das abstrakte Schuldanerkenntnis übergehen kann ist fraglich. Dagegen kann die Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung vom Originator zurückverlangt werden, da sie schuldrechtlich nur ihm ausgestellt wurde. Der Originator kann sie nicht mitverkaufen. Im Gegensatz zu den vertraglichen Bestimmungen zur Forderung (Befristung, Konditionen, ordentliche Kündigung) kann das Recht zur außerordentlichen Kündigung nicht ohne Zustimmung auf den Investor mit übertragen werden, weil es höchstpersönliche Wissens- und Verhaltenselemente aus dem ursprünglichen Kreditverhältnis transportiert.

3. Kreditverkäufe mit Wechsel des Darlehensgebers gegen den Willen des Darlehens-

nehmers sind nach geltendem Recht nur in besonderen Ausnahmefällen (Umwandlungsgesetz) zulässig. Weder Gesetzgeber noch Rechtsprechung können kompensationslos in dieses in §415 BGB ausgedrückte und durch Art. 2, 14 GG verfassungsrechtlich geschützte Recht eingreifen. Sie sind auch bei NPL Übertragungen nicht notwendig, weil der Investor insoweit auch im Auftrag des Originators handeln kann, wenn dieser das Servicing nicht mehr selber durchführen will. Wesentlich ist, dass er rechtlich zuständig bleibt.

4. Nach geltendem Recht gibt es somit eine vernünftige Lösung, die durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu §14 VAG und dessen Neufassung abgesichert sein könnte. Danach muss im NPL Markt die Zustimmung der Verbraucher in Form einer Individualvereinbarung gesucht werden. Dadurch wird verhindert, dass die Anzahl der NPL weiter steigt und gewissenlos schlechte Kredite produziert werden, weil sie lukrativ weiterverkauft werden können. Soweit der Gesetzgeber dies erleichtern will, sollte er allenfalls §14 VAG als Muster nehmen.

5. Die vorliegenden Entwürfe der Regierungskoalition gehen weitgehend am Problem vorbei, werfen die verschiedenen Formen durcheinander und schaffen dadurch, dass sie implizit von einer unzutreffenden Rechtslage zulasten der Verbraucher ausgehen, wesentliche Elemente des originären Schutzes der Vertragsfreiheit der Verbraucher im BGB (§§415, 399 BGB) ab. Das Sonderkündigungsrecht hilft im NPL Bereich nicht, ist bei der Inkassoession unsinnig und schadet dem MBS Markt. Der Schutz vor vertragswidriger Nutzung der Grundschuld durch einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Investor ist überflüssig. Das geltende Recht ist weit besser und wird allenfalls hierdurch infrage gestellt. Seine Anwendung sollte gesichert werden. Eine Verpflichtung nicht abtretbarer Kredite und damit bestimmte Produkte anzubieten ist systemwidrig und im Sinne der Bankensicherheit auch nicht wünschenswert.

6. Zu begrüßen ist dagegen die Verallgemeinerung des §498 Abs.3 BGB für alle Kredite. Sie sollte in §490 BGB als generelles Prinzip ihren Niederschlag finden. Es ist falsch angesichts der Vielzahl von Verpflichtungen der Kreditgeber, nach Zinsbindungsablauf neue angemessene Konditionen gem. §315 BGB anzubieten, eine Informationspflicht einzuführen, die wörtlich auch enthalten kann, dass solche Rechte nicht bestehen. Ob diese Rechte bestehen ergibt sich nicht durch Willensäußerung der Kreditgeber sondern aus dem Vertrag. Die Praxis ist hier erheblich verbraucherfreundlicher als wie der Gesetzentwurf annimmt. Dagegen ist es sinnvoll, dem Verbraucher effektiv drei Monate Zeit zu lassen, um eine Alternative zum Zinsangebot der Bank zu suchen. Dies gelingt aber nur, wenn der Vertrag erst drei Monate nach Unterrichtung beendet werden kann.

7. Die Frage der Darlehensverkäufe muss dringend beim Bundesverfassungsgericht an-

hängig gemacht werden. Nur dann kann auch die juristische Diskussion einschließlich der Beiträge, die hierzu sehr festlegend und voreilig von Seiten der Richterschaft in der Literatur und Politik erbracht werden, sich auf die wesentlichen Fragen konzentrieren und ihre Rolle zur Problemlösung statt zur Problemakzeptanz einnehmen.

## **Der Verkauf notleidender Verbraucherdarlehen**

1	DER VERKAUF NOT-LEIDENDER KREDITE IN DER WIRTSCHAFT .....	1
1.1	KREDITVERKAUF UND KREDITKRISE .....	1
1.2	DIE VIER ARTEN VON „KREDITVERKÄUFEN“ .....	5
2	DER VERKAUF UNGEKÜNDIGTER NPL ALS RECHTSPROBLEM .....	7
2.1	DER VERKAUF VON UNGEKÜNDIGTEN DARLEHENSVERTRÄGEN.....	9
2.1.1	<i>Übertragung von Rechten aus dem ungekündigten Darlehn.....</i>	10
2.1.2	<i>Kein Ausschluss nach §399 BGB wegen Bankgeheimnis.....</i>	10
2.1.3	<i>Übergang der Grundschuld aber Haftung für deren Missbrauch .....</i>	11
2.1.4	<i>Übergang auch des außerordentlichen Kündigungsrechtes?.....</i>	13
2.1.5	<i>Übergang des abstrakten Schuldanerkenntnisses.....</i>	15
2.1.6	<i>Kein Erwerb des Rechts zur sofortigen Zwangsvollstreckung .....</i>	16
2.2	ÜBERGANG DER VERPFLICHTUNGEN .....	17
2.3	NOTLEIDENDE KREDITE – EINE AUSNAHME? .....	20
2.4	GENEHMIGTER VERKAUF UNGEKÜNDIGTER KREDITE.....	25
3	GESETZENTWURF DER BUNDESREGIERUNG .....	25
3.1	INHALT DER VORSCHLÄGE .....	26
3.2	EINSCHÄTZUNG .....	27
3.2.1	<i>Anwendungsbereich .....</i>	27
3.2.2	<i>Sonderkündigungsrecht (E-§490 Abs. 3 BGB) .....</i>	28
3.2.3	<i>Kündigungs- und Beendigungsschutz.....</i>	29
3.2.4	<i>Vollstreckungsschutz gegen Grundschuldwerber (E-§795 ZPO) .....</i>	32
3.2.5	<i>Pflicht zum Angebot nicht abtretbarer Kredite (E-§16 KWG).....</i>	32
4	FAZIT.....	33

## **1 Der Verkauf Not-Leidender Kredite in der Wirtschaft**

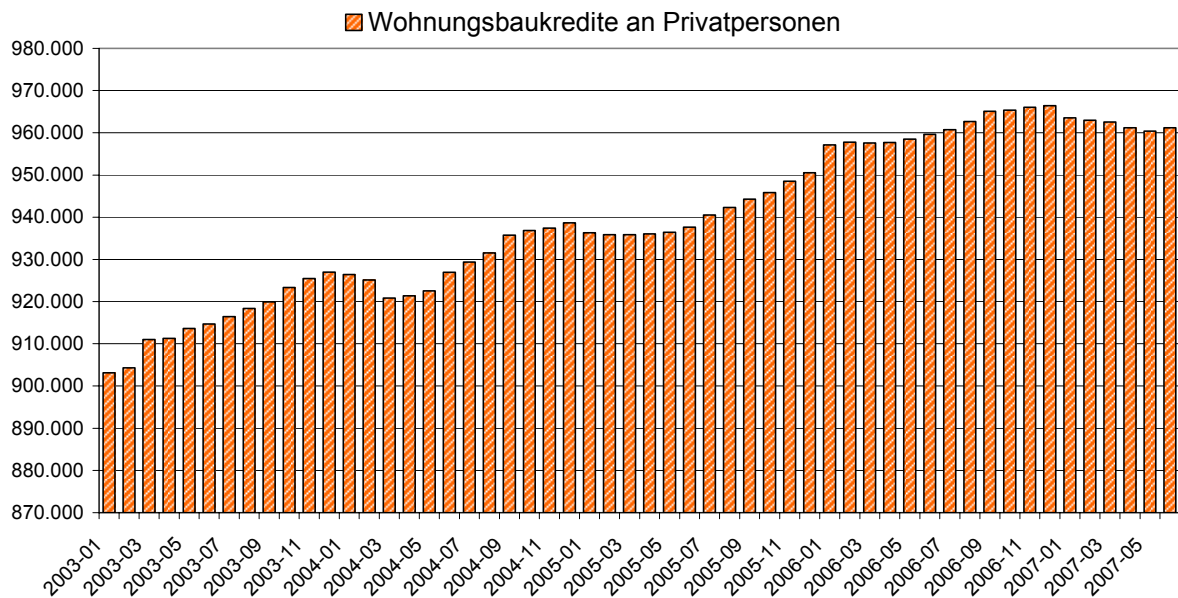
### **1.1 Kreditverkauf und Kreditkrise**

Kreditverkäufe bezeichnen die Tatsache, dass die ursprünglichen Kreditgeber (Originatoren) nicht auf die Rückzahlung von Krediten warten, sondern durch Verkauf der Forderungen vorzeitig aus ihrem Engagement entlassen werden. Nach Auskunft der BAFIN

wird „seit 2003 ein deutliches zweistelliges Milliardenvolumen durch deutsche Banken veräußert.“<sup>1</sup> Der Zentrale Kreditausschuss gibt an, dass allein im Jahre 2005 in Deutschland notleidende Kredite im Umfang von 12 Mrd. € gehandelt wurden.<sup>2</sup> Wie die amerikanische Erfahrung zeigt, sind davon grundsätzlich alle Kredite und damit auch die Verbraucherdarlehen erfasst.<sup>3</sup> Gleichwohl sind es in Deutschland zunächst nur die Kredite für den Wohnungsbau, wo aus den neunziger Jahren ein erhebliches Volumen an problematischen Krediten in den Büchern der Banken vermutet wird. Das Potenzial ist weit höher.

In den neunziger Jahren steigerten die Verbraucher das Kreditvolumen bei Wohnungsbaukrediten nach der Bundesbankstatistik von 257 Mrd € auf 704 Mrd €. Diese Entwicklung brach letztlich trotz Niedrigzinsphase im Jahre 2006 ab.

### Darstellung der Kreditbestandsvolumina nach EWU-Statistik



<sup>1</sup> BAFIN Positionspapier „Verkauf von Krediten“ v. 5.9.2007 GZ: Q 13 – FI – 5410 (Raimund Röseler) S.1

<sup>2</sup> Zentraler Kreditausschuss, Stellungnahme des ZKA zum Fachgespräch zum Verkauf von Krediten im Finanzausschuss des deutschen Bundestages v. 19.9.2007 S.3

<sup>3</sup> Der Präsident der amerikanischen Zentralbank beschreibt dies wie folgt „Im Allgemeinen war in den letzten Jahren die Qualität der Hypothekenkredite recht gut. Das stimmt jedoch nicht mehr für die hochpreislichen („subprime“) Kredite mit variabler Verzinsung, die im Augenblick 2/3 der erstrangig gesicherten Kredite ausmachen bzw. 9% aller Hypothekenkredite bestimmen. Deren Quote für notleidende Kredite - d.h. Kredite die in der Zwangsvollstreckung oder mehr als 90 Tage ohne Zahlungen sind stieg 2006 dramatisch auf 11%, das ist doppelt so viel wie im dritten Quartal 2005. Selbst bei einigen Formen der Hypothekenkredite im normal verzinsten Markt zeigt sich eine Erhöhung der Ausfallquote. Im vierten Quartal 2006 gab es ungefähr 310,000 Zwangsvollstreckungen gegenüber 230.000 im Jahr davor. Dabei waren die hochpreislichen Kredite für etwa die Hälfte verantwortlich.“

Ben S. Bernanke At the Federal Reserve Bank of Chicago's 43rd Annual Conference on Bank Structure and Competition, Chicago, Illinois May 17, 2007 "The Subprime Mortgage Market" <http://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/bernanke20070517a.htm> (Übersetzung UR)

Bedingt durch die Wiedervereinigung und den durch Subventionen eher künstlichen Wirtschaftsboom stiegen die Risiken bei Krediten für selbst- und fremdgenutzte Wohnungen in Lagen, bei denen eine strukturelle Bedarfsanalyse hätte ergeben müssen, dass auf längere Sicht hierfür kaum Nachfrage bestehen würde.<sup>4</sup> Während zunächst Bauträger, Banken und Bauindustrie davon ausgingen, dass sie durch Vermietung sowohl im privaten wie im gewerblichen Bereich die Investitionen rentierlich gestalten könnten, stellte sich schon bald heraus, dass die großen Bauvorhaben schon nach dem ersten oder zweiten Bauabschnitt zu scheitern drohten und Bauträger insolvent wurden. Die Schieflage der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank mit ihrem hohen Wertberichtigungsbedarf sowie der nur durch Staatsbürgschaften abgewendete Bankrott der Berliner Bankgesellschaft waren nur die Spitze eines Eisbergs von risikobehafteten Kreditengagements, die incl. des gewerblichen Bereichs inzwischen auf insgesamt 160 bis 182 Mrd. € „faule“ Kredite geschätzt werden.<sup>5</sup> Darüberhinaus gibt es erhebliche Unsicherheit etwa darüber, wie viele der von Banken mit Vertriebsfirmen gemeinsam heraus gelegten Kredite mit fiktiven Mieten und erheblich überhöhten Grundstückswertschätzungen zusammenhängen und welche zusätzlichen rechtlichen Risiken sich aus an der Haustür erworbenen voll finanzierten fremd genutzten Wohneigentum ergeben.

Parallel hierzu ergab sich in den USA nach den Worten des amerikanischen Zentralbankpräsidenten eine dramatische Verschlechterung der an sich guten Qualität von Hypothekenkrediten. „Dies stimmt jedoch nicht mehr für teure Hypothekenkredite mit variabler Verzinsung, die zur Zeit zwei Drittel aller „subprime“ (überdurchschnittlich teuren) erst-rangigen Hypothekenkredite und 9% aller erst-rangigen Hypothekenkredite ausmachen. Der Anteil der Kredite mit ernsthaften Zahlungsschwierigkeiten (Zwangsvollstreckung oder mehr als 3 Monate Rückstand) hat sich im Jahre 2006 erheblich erhöht und erreichte dabei 11%, was eine Verdoppelung gegenüber 2005 bedeutete. Auch bei durchschnittlich teuren Krediten stieg die Ausfallquote, doch bei weitem nicht so stark. Im letzten Quartal 2006 gab es 310.000 Zwangsversteigerungen, während im Durchschnitt der beiden vorhergehenden Jahre nur 230.000 gezahlt wurden. Die Hälfte entfiel dabei auf die überdurchschnittlich teuren Hypothekenkredite.“<sup>6</sup>

Solche Kredite belasten die Bankbilanz, erfordern eine höhere Eigenkapitalunterlegung,

---

<sup>4</sup> Eine umfangreiche Analyse der verstreuten Schätzungen und Zahlenmaterialien aus der Wirtschaft findet sich in der Studie des Institut für Finanzdienstleistungen (Verf. Knops, K. Knobloch, M., Dübel, H.-J.I Reifner, U.) für den Verbraucherzentralen Bundesverband., Erwerb von Kreditforderungen durch Private Equity-Unternehmen: Mögliche Gefahren für Verbraucher, September 2007 S. 12-24

<sup>5</sup> Während die BAFIN in ihrem Jahresbericht 2006 S. 131 182 Mrd. € schätzt kommen die meisten Autoren wohl auf 160 Mrd. €. S.u. bei FN sowie Kroll/Mercer, A Market for the Making – The German Bad Loan Market, Feb. 2005. Die Deutsche Bundesbank (Finanzstabilitätsbericht November 2006 S. 43) geht von 5,3% des Bruttokreditvolumens im Jahre 2003 und 4,1% im Jahre 2005 aus. Schätzungen von mehr als 300 Mrd € notleidender Kredite (so in Stellungnahmen der Bundesregierung in BT Drucks 16/4992 v. 5.4.2007, 16/5560 S. 42f v. 5.6.2007 sowie der Initiative Finanzstandort Deutschland, Bericht Nr. 3 Juli 2007) sollen wohl eher die Unumgänglichkeit der Risikominimierung durch Kreditverkäufe plastischer machen.

<sup>6</sup> Ben S. Bernanke At the Federal Reserve Bank of Chicago's 43rd Annual Conference on Bank Structure and Competition, Chicago, Illinois May 17, 2007 "The Subprime Mortgage Market" <http://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/bernanke20070517a.htm> (Übersetzung UR)

verschlechtern das Rating bei den internationalen Agenturen und erfordern besonderen Aufwand für ein wenig standardisierbares Kreditmanagement. Sie sind damit insgesamt „lästig“, wie es das Gesetz in §366 Abs.2 BGB ausdrückt.

Traditionell regelt sich ein solcher Problemmarkt dadurch, dass durch Insolvenzen, mit Schadensersatz- und Rückgewähransprüchen oder über die Nichtigkeitsbestimmungen zusammen mit den Verfahrenskosten zumindest ein Teil der Kosten problematischer Kredite auf die Urheber zurückfällt und damit dafür Sorge trägt, dass in Zukunft nachhaltiger gewirtschaftet wird.

Demgegenüber hat sich der Verkauf solcher Kredite an fremde Investoren mit entsprechendem Risikoabschlag als Alternative etabliert. Dabei wird nach abstrakten Merkmalen gesucht, die eine Ausfallwahrscheinlichkeit determinieren, weil eine Einzelbeurteilung, die sich an Kündigung oder Verzug orientiert, in einem zu späten Stadium ansetzt, wo die Risiken bereits eingetreten sind. Man bezeichnet eine so zusammengesetzte Gruppe von Krediten als „Portfolio“<sup>7</sup>, auf das Anteilsscheine ausgestellt werden.

Mit dieser Patentlösung lässt sich kalkulieren, welche Abschläge man kollektiv beim Verkauf der Kredite angesichts der Gewinne aus einer problematischen Kreditpolitik noch akzeptieren kann. Die Rechtmäßigkeit der Kreditvergabe wird somit zum Kalkulationsfaktor einer kollektiven Kosten- Nutzen-Analyse, bei der der Risikoabschlag beim Verkauf zuzüglich der Kosten des Verkaufs und der Haftungswahrscheinlichkeiten gegenüber den einzelnen Verbrauchern in Zukunft statistisch erfassbare Kosten sind. Damit kann auch die Produktion notleidender und rechtlich problematischer Kredite durchaus lukrativ werden. „Die Praxis, Kredite an Investoren zu verkaufen könnte zu einer Verschlechterung der Praktiken bei der Kreditvergabe geführt haben“ stellt der Präsident der US-amerikanischen Notenbank in seiner Analyse der Subprime Krise fest.<sup>8</sup> Weiter geht er davon aus, dass durch den Kreditverkauf auch die Chancen angepasster Kredite und der Überschuldungsvermeidung geringer geworden sind: „Durch die Verbriefung und die Vereinbarungen des weiteren Servicing könnten die Möglichkeiten zur Anpassung der Kredite entscheidend reduziert worden sein. Buchhalterische Regeln, die dazu führen, dass jede Veränderung in den Pools zu einer veränderten bilanztechnischen Darstellung führen müssen, mag die Investoren davon abhalten, in der Krise angepasste Kredite anzubieten. Großzügige Kreditanpassungen fordern zudem die Ratingagenturen heraus, die Sicherheiten neu zu bewerten.“<sup>9</sup>

Aus der Perspektive des betroffenen Mittelstands und der Verbraucher, die mit ihrer persönlichen Existenz in die Kredite eingebunden sind, stellt sich der Verkauf risikobehaf-

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu die Analyse eines solchen Portfolios Süddeutsche Zeitung v. 21.12.2007 zum „Fonds GSAMP Trust 2006-S3 mit 8274 zweitrangigen Hauskrediten. Ursprünglicher Wert: 494 Millionen Dollar. Eigenkapital in den Häusern nur 0,71 Prozent. „Bei 58 Prozent der Kredite wurden die Einkommensverhältnisse der Schuldner gar nicht oder nur unzureichend überprüft.“

<sup>8</sup> Ben S. Bernanke The Subprime Mortgage Market, Ansprache gehalten auf der 43. Jahreskonferenz Chicago 17.5.2007 <http://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/bernanke20070517a.htm> (Übersetzung U.R.)

<sup>9</sup> A.a.O

teter Kredite anders dar. Für sie gibt es keine Risikoabschläge und Wahrscheinlichkeiten. Wird ihr Kredit verkauft, so verlieren sie den vertrauten Vertragspartner gerade in einer Krisensituation. Die Verhandlungen über eine Fortführung und Rettung des Kreditengagements muss nunmehr mit Erwerbern geführt werden, die eher ein Interesse an schneller Liquidität durch Veräußerung der Sicherheiten als an einer langfristigen Kreditbeziehung haben.

Dies gilt vor allem für den Hypothekenkredit an Verbraucher, bei dem 27 Mrd. € notleidende Kredite vermutet werden und bei dem das deutsche Recht durch die Grundschuld, das abstrakte Schuldanerkenntnis und die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung den Kreditgläubigern eine überschießende Rechtsmacht erlaubt<sup>10</sup>, die in den Händen Dritter die Verbraucher erheblich unter Druck setzen kann. So „können“<sup>11</sup> und werden nach Recherchen der Presse Grundschulden ohne Rücksicht auf die Sicherungsabrede veräußert und von dem Kreditnehmer unbekanntem Dritten in voller Höhe vollstreckt, obwohl die dazugehörige Forderung bereits weitgehend abbezahlt war.

## 1.2 Die vier Arten von „Kreditverkäufen“

Bei „Kreditverkäufen“ muss unterschieden werden zwischen den vier Transaktionen, die unterschiedliche Kredite betreffen und wirtschaftlich sehr unterschiedliche Zwecke verfolgen. Zunächst gibt es Akquisitionsbanken, die wie Kreditvermittler fungieren und bereits bei Kreditabschluss mit dem Kunden vereinbaren, dass die Kreditabwicklung („Servicing“) nur noch mit einer anderen Bank erfolgen soll.<sup>12</sup> Genau umgekehrt will bei dem in den USA dominierenden Verfahren der Mortgage Backed Securities (MBS) der Kreditgeber („Originator“) nur das Servicing machen. Um als Nichtbank auch ohne Einlagengeschäft über Geld für die Kreditvergabe zu verfügen („Refinanzierung“), was das gesetzliche Bankmonopol den Banken vorbehalten<sup>13</sup>, werden die durch Grundpfandrechte gesicherten Rückzahlungsforderungen aus Hypothekenkrediten meist unmittelbar vor oder nach dem Abschluss des Darlehensvertrages mit dem Kunden an Refinanzierer abgetreten. Die Refinanzierer<sup>14</sup> wiederum fügen die Kredite in Fonds („Pools“) zusammen und verkaufen auf diese Pools ausgestellte Anteilsscheine wie Investmentzertifikate. Es ähnelt dem deutschen Pfandbriefsystem der Hypothekenbanken mit „Jumbo-Pfandbriefen“<sup>15</sup>. Nur voraussichtlich gute und unstrittige Forderungen taugen für solche Transaktionen. Der

---

<sup>10</sup> Grziwotz, H. Die Grundschuld – Ein unkalkulierbares Risiko? NJW-Editorial H. 49/2007

<sup>11</sup> Darauf weist das Bundesjustizministerium in seinem Antwortschreiben vom 26.11.2007 an eine Fernsehzuschauerin hin, verweist aber darauf, dass die „Sicherungsabrede“ vor einer solchen Verwertung „schütze“ und dem Ministerium (trotz der Recherchen in der Sendung WiSo der ARD vom 20.11.2007) Missbrauchsfälle nicht bekannt seien.

<sup>12</sup> Beispiel ist das Easy Credit System der Teambank, das über den Genossenschaftssector vertrieben wird.

<sup>13</sup> In den USA und England ist die Kreditvergabe anders als auf dem Kontinent (für Deutschland vgl. §1 Abs. 1 Ziff. 2 KWG) nicht vom Bankmonopol erfasst (Vgl. daher Art. 4 Ziff. 1 a EU-Bankrechtsrichtlinie 2006/48/EG, wo Kreditinstitut nur die Institute sind, die auch das Einlagengeschäft („und“) betreiben.)

<sup>14</sup> In den USA ist dies in erster Linie die halb staatliche Fannie Mae Corporation.

<sup>15</sup> dazu Pfau, J. Hypothekentpfandbriefe und Mortgage-Backed Securities im Vergleich unter Berücksichtigung des Bedarfs an selbst bewohntem Eigentum Diss. Hamburg 2000



Kunde soll möglichst nichts von der Abtretung spüren und daher auch nicht erfahren, weil alle Pflichten (das „Servicing“) vom Originator weiterhin erfüllt werden, der hierfür in der Regel 1% der Zinsen („Servicing fee“) einbehalten darf und dies als sein Geschäft ansieht. In diesem System werden nur die Forderungen übertragen. Beitreibung, Verhandlung, Anpassung etc. verbleiben beim Originator.<sup>16</sup>

Eine dritte Art von „Kreditverkäufen“ ist als Inkassoabtretung<sup>17</sup> oder als Factoring<sup>18</sup> bekannt. Während das Factoring nur zur vorzeitigen Refinanzierung von fälligen Forderungen den Nichtbanken angeboten wird, benutzen Banken das Instrument der Inkassoabtretung, um von der Beitreibung entlastet zu werden. Sie verkaufen fällig gestellte Forderungen aus gekündigten Krediten an ein Inkassounternehmen (oder treten sie fiduziarisch zur Einziehung ab). Da mit der Kündigung der Kreditverträge beendet wurden und die Forderungen fällig gestellt sind, handelt es sich hier um einen reinen Forderungsverkauf.

Die oben beschriebenen „Verkäufe notleidender Kredite“ an Finanzinvestoren werden zwar selbst in Regierungsdokumenten<sup>19</sup> miteinander verwechselt, haben aber mit der Aufteilung von Funktionen auf verschiedene Akteure in der den Kredit bestimmenden Wertschöpfungskette wenig zu tun. Hier geht es nicht um Arbeitsteilung sondern darum, möglichst alle risikobehafteten Kredite einschließlich der Beitreibung, Kündigung sowie der Forderungen auf einen Dritten zu übertragen. Sie sollen das Risiko für ein gutes Rating aus der Bilanz entfernen und eine höhere Eigenkapitalunterlegung sowie eine weitere evtl. überhöhte Vorsorge für die Risiken vermeiden, die den Bilanzgewinn belasten würde.

Gestörte ebenso wie gekündigte Kredite gehören betriebswirtschaftlich sowie bankaufsichtsrechtlich zusammen. Bei beiden Arten ausstehender Forderungen ist unsicher, wie viel davon noch an den Gläubiger zufließen wird. Einerseits kann der gekündigte Schuldner die Forderung noch ganz begleichen, andererseits kann ein ungekündigter Schuldner bereits insolvent sein. Für die Bilanz und die Eigenkapitalunterlegung müssen daher beide Arten von Forderungen nach einheitlichen Kriterien abgewertet werden.<sup>20</sup> Um diese Probleme zu lösen werden daher unter der Bezeichnung NPL gekündigte wie auch ungekündigte Kredite gepoolt.

---

<sup>16</sup> Allerdings weist die US amerikanische Zentralbank darauf hin, dass bei notleidenden Krediten die Abmachungen sowie die Bilanztechnik gepoolter Kredite dazu geführt hat, dass im Servicing der Handlungsspielraum stark eingeschränkt war. (vgl. dazu Reifner in dem Kommentar US Federal Reserve Board: Predatory Lending is a major Cause for the Subprime Crisis or Why German Welfare Recipients stabilise the Profit Margins of Predatory Lenders in the US, <http://www.responsible-credit.net/index.php?id=1980&viewid=40708> sowie <http://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/bernanke20070517a.htm>)

<sup>17</sup> dazu vgl. BGH NJW-RR 2001, 1420

<sup>18</sup> Zur Unterscheidung des echten vom unechten Factoring vgl. BGH NJW 1972, 1715

<sup>19</sup> Vgl. Pressemitteilung des BMJ v. 11.12.2007 sowie Kommentar von Reifner <http://www.verantwortliche-kreditvergabe.net/index.php?id=1976&viewid=40584>

<sup>20</sup> Vg. §340f, 340g HGB

Wann?/Was?	Einstieg	Forderungsinhaber	Servicing
Angebahnter Kredit	Bankabschluss	Übernehmende Bank	Übernehmende Bank
Laufender Kredit	Bankabschluss	andere Bank/Fonds	Originator
Gestörter Kredit	Bankhandeln	Bad Bank/Fonds	?? (unklar)
Gekündigter Kredit	Bankentscheidung	Bank/Fonds/Bad Bank/Inkasso	Bank/Fonds/Bad Bank/Inkasso

## 2 Der Verkauf ungekündigter NPL als Rechtsproblem

Der Verkauf ungekündigter NPL wird in der rechtswissenschaftlichen Diskussion sehr kontrovers gesehen. Die zur Zeit noch überwiegende Meinung sieht neben der wirtschaftlichen Notwendigkeit, NPL zu verkaufen auch hierfür eine rechtliche Zulässigkeit ohne wesentliche Restriktionen.<sup>21</sup> Insbesondere bei notleidenden Krediten könne sich der Kreditnehmer seien die Rechte der Kreditnehmer auf Verbleib beim alten Gläubiger suspendiert.<sup>22</sup> Dem steht eine Meinung gegenüber, die die Pflichten der Bank bei Krediten in lang andauernden Bankverhältnissen oder zu Sanierungszwecken<sup>23</sup> betont, die vom Schuldner beim alten Gläubiger angemahnt und eingeklagt werden könnten. Eine Mindermeinung zweifelt bereits die Abtretbarkeit der Forderungen an, weil die Vereinbarung eines Bankgeheimnisses zum Abtretungsausschluss gem. §399 BGB führe. Der BGH vertritt hier eine erstaunliche Position, indem er zwar die Geheimhaltungspflicht für performing loans anerkennt, ihr aber die rechtliche Effektivität abspricht, weil sie die Wirksamkeit der Übertragung nicht hindere und nur Schadensersatzpflichten auslösten, die als hypothetisch bezeichnet werden, weil der Geheimnisbruch keinen Schaden verursache.<sup>24</sup>

In der Diskussion mangelt es bisher an einer klaren Trennung der Problemkreise. Es gibt rechtlich gesehen zunächst nur Forderungen aus gekündigten und Forderungen aus ungekündigten Krediten. Beide Fälle unterscheiden sich grundlegend, weil zum einen Verträge noch bestehen, zum anderen die Verträge beendet sind.

Die Bedeutung dieser Unterscheidung hat die Rechtsprechung und herrschende Lehre

<sup>21</sup> So der Vertreter der BAFIN in seiner mündlichen Stellungnahme; vgl. Vermerk der BAFIN v. 5.9.2007 Q 13 – FI – 5410; Pressemeldung des BMJ vom 11.12.2007 „Bundesjustizministerin Zypries will den Schutz von Kreditnehmern bei einem Verkauf ihrer Darlehensforderungen verbessern.“

<sup>22</sup> Nobbe, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, WM 2005, 1537 ff; ders. Der Verkauf von Krediten, Stellungnahme für den Finanzausschuss des Bundestages, Anhörung in Berlin am 19.9.2007, vv. Mskrpt; Bütter, M./ Tonner, M. Übertragung von Darlehensforderungen und Bankgeheimnis, ZBB 2005, 165 ff

<sup>23</sup> BGH Karlsruhe Urte. v. 07.06.2004, XI ZR 254/02 unter II 1 b [FIS 34188]; NJW 2003, 2674 [FIS 32213]; WM 2002, 2369 = BKR 2002, 1047 unter III B. 1 [FIS 31010] Häuser, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 85 Rdn. 62 f.; Hopt/Mülbert, Kreditrecht § 607 Rdn. 210 und § 609 Rdn. 74, 83; Batereau, L.H. Die Haftung der Bank bei fehlgeschlagener Sanierung: WM 92, 1517ff

<sup>24</sup> So BGH Urte. v. 27.2.2007 XI ZR 195/05, eine Einschätzung, die der Senatsvorsitzende im Hearing des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages am 19.9.2007 ausdrücklich bestätigte, als er meinte, das solche Ansprüche in der Regel ins Leere laufen würden.

insbesondere in den Verzugszinsfällen deutlich herausgearbeitet.<sup>25</sup> Danach besteht eine Alternative zwischen ungekündigten und gekündigten Krediten. Die vertraglich vereinbarten Rechte hat der Kreditgeber bis zur Kündigung. Nur bis zu diesem Zeitpunkt kann er den Vertragszins verlangen. Im Anschluss daran muss er stattdessen den Verzugschaden in Rechnung stellen. Die frühere Meinung, der Kreditgeber können weiterhin Erfüllung verlangen, wurde ausdrücklich damit abgelehnt.<sup>26</sup> Der Gesetzgeber hat dies durch seine Regelungen in §§288,497 BGB anerkannt.<sup>27</sup> Da der Kreditgeber mit der Kündigung seine Hauptpflicht „zur Verfügung stellen“ der Darlehensvaluta i.S. des §488 Abs. 1 BGB beendet hat, geht es nur noch um die Realisierung des Rückzahlungsanspruchs der Bank i.S. des §488 BGB Abs.2 BGB. Dies aber ist eine abtretbare Forderung i.S. der §§398 ff BGB.

Da es sich bei gekündigten Krediten immer um NPL Kredite i.S. der bankaufsichtsrechtlichen Definitionen handelt, weil insoweit die Definition des §490 BGB, die eine Kündigung wegen Vermögensverfall erlaubt, gleich lautend mit der bankaufsichtsrechtlichen Definition von NPL ist, sollte über die Abtretbarkeit solcher Forderung zu Inkassozwecken kein Zweifel bestehen. Sie können und werden seit langem verkauft und übertragen. Bedenken aus §399 BGB sind nicht ersichtlich.

Das rechtliche Problem entsteht nur bei Forderungen aus ungekündigten Verträgen, für die vor allem dann ein Verkaufsrecht reklamiert wird, wenn sie bankaufsichtsrechtlich als Non-Performing-Loans eingeschätzt werden.

Die Behandlung dieser Frage muss in der ersten Stufe klären, inwieweit ungekündigte Kredite überhaupt übertragen und verkauft werden können, bevor die neuerdings aufgekommene dritte Kategorie von ungekündigten aber non-performing bzw. notleidenden Krediten untersucht wird.

Da sich auch bei den ungekündigten Krediten der Forderungsverkauf vom Verkauf des Darlehensvertrages unterscheidet, ist weiter zwischen dem „Verkauf von Darlehensverträgen“ und dem „Verkauf von Rückzahlungs- und Zinsforderungen aus Darlehensverträgen“ zu unterscheiden. Die folgende Matrix macht deutlich, wo das Problem liegt.

---

<sup>25</sup> Dagegen die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Alternativität zwischen Verzugs- und Vertragszinssatz bei notleidenden Kredite: vgl. BGH BB 1987, 1488; BB 1993, 2396: „Der erkennende Senat folgt insoweit der Rechtsprechung des - früher für das Darlehensrecht zuständigen - III. Zivilsenats: Danach kann sich eine Bank weder in ihren AGB das Recht ausbedingen, ohne Rücksicht auf ihren Verzugschaden die unveränderte Weiterzahlung der Vertragszinsen zu verlangen (BGHZ 104, 337 (339 f.) = NJW 1988, 1967 = LM § 252 BGB Nr. 39), noch steht ihr ein gesetzlicher Anspruch darauf aus §§ 288 I 2, 301 BGB oder analog § 557 I BGB zu (BGHZ 104, 337 (340 f.) = NJW 1988, 1967 = LM § 252 BGB Nr. 39).“

<sup>26</sup> BGH Karlsruhe, Urteil vom 09.02.1993, AZ XI ZR 88/92, WM 1993, 586 = NJW 1993, 1260; BGH BB 1985, 754; WM 1986, 8,10; BGHZ 104, 337 (344 ff.) = NJW 1988, 1967 = LM § 252 BGB Nr. 39; OLG Köln, Urteil vom 14.12.1988, AZ 16 U 63/88; OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.1988, AZ 24 U 33/88, KG Berlin, Urteil vom 22.11.1988, AZ 21 U 1878/88, ZIP 1989, 924; LG Nürnberg-Fürth WM 1997, 1143; Reifner, Kreditrecht, 1991 §33 Rdn. 85; ders. BB 1985, 87; Bülow/Artz §497 Rdn. 45

<sup>27</sup> Zu den Motiven vgl. BT-Drucks. 11/5462 S. 25 ff (abgedruckt bei Bülow/Artz §497 Rdn. 1 ff

	<b>Forderungsverkauf</b>	<b>Darlehensverkauf</b>
<b>Gekündigtes (notleidendes) Darlehn</b>	§§453, 398 BGB (Sanierungszession: hM)	Nicht denkbar und notwendig, da Vertrag durch Kündigung beendet.
<b>Ungekündigtes (notleidendes) Darlehn</b>	Nach §§453, 398 BGB (Inkassozession: wie oben)	<b>Strittig</b>
<b>Ungekündigtes Darlehn (performing)</b>	Nach §§453, 398 BGB zulässig (Refinanzierungszession/MBS: aber Datenschutz beachten)	§453 analog BGB aber volle Erfüllung abhängig von Zustimmung des Kreditnehmers (§415 BGB): Ausnahme: Umwandlungsübertragung gem. §135 Abs.1 i.V. mit §133 Abs.1 UmwG (vgl. auch §14 VAG)

## 2.1 Der Verkauf von ungekündigten Darlehensverträgen

Die Verkäufer ungekündigter Kredite möchten insgesamt ihre Stellung als Vertragspartner aufgeben und auf einen Dritten übertragen, um verschiedene Zwecke wie Risikobereinigung, Eigenkapitaleinsparung, Geschäftskonzentration oder Geschäftsaufgabe verfolgen zu können.

Die Erwerber beanspruchen die gesicherte Forderung, d.h. die Grundsuld, das abstrakte Schuldanerkenntnis sowie das Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung und Möglichkeiten zur Gestaltung der Forderungen.

Das BGB kennt solche Vertragsübertragungen nicht. Es ging historisch davon aus, dass die Abschlussfreiheit nur dann einen Sinn macht, wenn der Marktteilnehmer den ausgesuchten Partner auch während der Laufzeit eines Dauerschuldverhältnisses behalten kann. Pacta sunt servanda umfasst danach eben auch das Recht, sich denjenigen auszusuchen, dem man zutraut, dass er die versprochenen Leistungen „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ auch erbringen kann.

Das BGB setzt damit auch einen weit älteren im Volksmund<sup>28</sup> bewahrten Rechtsgrundsatz um, *„do jemand seinen glauben gelassen, da muß er ihn widerumb suchen“*<sup>29</sup>, der im Schuldrecht in den §§416, 664 Abs.1 BGB und im übrigen im Gutgläubensschutz des Sachenrechts seinen Niederschlag gefunden hat.

Dass dieser Grundsatz angesichts der Werbung fast aller Finanzdienstleister<sup>30</sup> damit, dass sie nicht nur ein Produkt anbieten sondern auch Vertrauen, einen verlässlichen Service, Beratung und Hilfe in der Krise versprechen, für Verbraucher keine Bedeutung hat, kann angesichts der teilweise einschneidenden Serviceveränderungen der letzten Jahre gerade

<sup>28</sup> „Wo Du Deinen Glauben gelassen hast, dort sollst Du ihn auch suchen“ als moderne Verbraucherweisheit

<sup>29</sup> *Hillebrand*: Deutsche Rechtssprichwörter Zürich, Meyer & Zeller, 1858.

<sup>30</sup> Eine Auswahl: Deutsche Bank: „Leistung aus Leidenschaft“ „Die Deutsche Bank ist eine große Bank in Euroland. Umfangreicher Service für Geschäftskunden und Mittelstand, bundesweites Filialnetz“; Commerzbank: „Wir bieten ihnen maßgeschneiderte Lösungen und Service“; Dresdner Bank: „Ihre Beraterbank“; Citibank „... ist kundenorientierteste Bank in Deutschland“; Postbank: „Geldgeschäfte sind Vertrauenssache“; Hamburger Sparkasse: „Haspa – Meine Bank“; Genossenschaftsbanken und Teambank: Easy-Credit: „Wir stehen ihnen partnerschaftlich zur Seite.“

gegenüber dem Massenkunden<sup>31</sup> nicht behauptet werden.

Gleichwohl zeigt etwa das Umwandlungsgesetz oder auch §14 VAG, dass der Bedarf, ganze Kundengruppen übertragen zu können, sich am Markt auch über die Insolvenzfälle hinaus, die zur Einführung des §14 VAG führten, vorhanden ist.

Auch wenn das BGB daher einen Verkauf von Darlehensverträgen nicht vorsieht, ist ein solcher Vertrag im Rahmen der Vertragsfreiheit als untypischer Kaufvertrag mit Investoren gem. §§453, 433 ff BGB analog aber durchaus möglich.<sup>32</sup> Danach verpflichtet sich der Originator gegen Zahlung eines Kaufpreises, den Investor vollständig in seine vertragliche Stellung als Darlehensgeber eintreten zu lassen.<sup>33</sup> Der Investor verpflichtet sich zugleich, den Originator auch von den Pflichten freizustellen.

Fraglich ist, ob er diesen Vertrag auch ohne Mitwirkung des Darlehensnehmers erfüllen kann. Dabei ist zwischen der Übertragung der Rechte und der Übertragung der Pflichten der Bank zu unterscheiden.

### **2.1.1 Übertragung von Rechten aus dem ungekündigten Darlehn**

Soweit es bei den Kreditverkäufen ungekündigter Kredite darum geht, die Rückzahlungsforderungen aus Darlehensverträgen einschließlich der dazugehörigen Sicherheiten gem. §§453, 433 ff BGB zu übertragen, ist er dazu durchaus in der Lage, diese Verpflichtung auch ohne Mitwirkung des Schuldners zu erfüllen. Die Erfüllung erfolgt durch Abtretung gem. §398 ff BGB. Insoweit haben Forderungsrechte, die heute das eigentliche Vermögen ausmachen, auch den Schutz des Eigentums i.S. des Art.14 GG<sup>34</sup> und teilen mit dem Eigentum des BGB in weitem Maße die freie Verfügbarkeit und Übertragbarkeit, so dass §§398 ff BGB dem §903 BGB für das Sacheigentum entsprechen. §399 BGB nimmt hiervon nur unpfändbare Forderungen sowie entsprechend dem §986 BGB solche Forderungen aus, über die der Inhaber selber die Verfügbarkeit ausgesetzt hat.

### **2.1.2 Kein Ausschluss nach §399 BGB wegen Bankgeheimnis**

Entgegen einer Mindermeinung kann auch nicht das Bankgeheimnis als konkludenter Ausschluss der Forderungsübertragung angeführt werden. Eine ausdrückliche Einschränkung der Verfügbarkeit findet sich in keinem Darlehensvertrag. Der Versuch, über das in den AGB vereinbarte Bankgeheimnis eine i.S. des §399 BGB mit dinglicher Wirkung ausgestattete eingeschränkte Verfügbarkeit von Darlehensforderungen zu konstruieren, wird wohl zu Recht nach hM<sup>35</sup> abgelehnt. §402 BGB macht deutlich, dass der Gesetzgeber das

---

<sup>31</sup> Ausstieg und Verschlechterung bis 2006, Wiedereinstieg nach dem Private Banking Konzept

<sup>32</sup> Palandt-Weidenkaff, BGB 67.A. §453 Rdn 4

<sup>33</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 730 zur Abgrenzung von Forderungsverkauf und Umschuldung

<sup>34</sup> stdg. Rspr. „Die Eigentumsgarantie schützt nicht nur körperlich greifbare Sachen, sondern auch geldwerte Forderungen, die nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts dem Rechtsträger privatnützig zugeordnet sind, auf Eigenleistungen beruhen und als materielle Grundlagen persönlicher Freiheit dienen“ BVerfG 2 BvR 890/00 vom 10.12.2004, Absatz-Nr. 30; grundlegend BVerfGE 97, 350, 371; ferner BVerfGE 40, 65, 82 f.; 45, 142, 179; 69, 272, 300; 70, 278, 285.

<sup>35</sup> BGH NJW 2007, 2106; KG, NZG 2006, 706; OLG Köln, NJW-RR 2006, 263 = WM 2005, 2385 [2386]; LG Frankfurt a.M., BKR 2005, 67 = WM 2005, 1120 [1122]; LG Koblenz, BKR 2005, 108 = WM 2005, 30 [32];

Wesen von Geld und Geldforderung als doppelte Information zutreffend einordnet. Jede Geldforderung und damit Geld in allen seinen Erscheinungsformen gibt nämlich darüber Auskunft, wie hoch die mir zur Verfügung stehende Kaufkraft ist und wie sicher ich darüber verfügen kann. Ohne beide Informationen ist Geld als Forderung nicht zirkulationsfähig und damit auch in seiner Eigentumsgarantie eingeschränkt. Während der Sicherheitsaspekt bei Zentralbankgeld durch den Staat verbrieft ist, bei Scheck oder Kreditkarte durch ein Finanzinstitut hat diese Funktion bei einfachen Forderungen die Informationen über den Schuldner und seine Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft. Sie sind ein wesentliches Element dieser Sicherheit und damit der Geldforderung selber. Entsprechend lebt sowohl der Inkassomarkt als auch der MBS und ABS Markt davon, dass die Bank diese Informationen weitergeben kann.<sup>36</sup> Daher kann und will auch das Datenschutzrecht diese verfassungsrechtlich garantierte Eigentumsposition zur Verfügbarkeit von Darlehensforderungen der Kreditgeber nicht infrage stellen. Einer Bank kann nicht unterstellt werden, dass sie im Bankgeheimnis auf diese für sie historisch wichtige Bedingung der Verfügbarkeit von Forderungen verzichtet. Solche Informationen zur Solvenz sind, wie §402 BGB zutreffend erkennt, nicht nur persönliche Daten sondern zugleich auch objektive Daten zur Bestimmung einer Forderung und mit ihr verknüpft. Ohne sie lässt sich eine Forderung nicht sinnvoll übertragen. Dies bestätigt auch das Datenschutzrecht, das ohnehin hier keine Ausschlusswirkung erzielen würde. §29 Abs. 2 Ziff. 1 a) BDSG setzt fest, dass die Datenübermittlung gerechtfertigt ist, wenn der Dritte ein berechtigtes Interesse daran hat und der Betroffene kein schutzwürdiges Interesse an deren Ausschluss hat. §28 Abs.5 BDSG bindet auch den Empfänger daran, die Daten nur zur Forderungsrealisierung zu nutzen. Darauf muss der Empfänger hingewiesen werden.<sup>37</sup>

### 2.1.3 Übergang der Grundschild aber Haftung für deren Missbrauch

Ähnliches gilt für den Übergang der Grundschulden. Wäre die Übertragung der Forderungen nur ohne Sicherungsrechte möglich, würde dies den ökonomischen Sinn des Verkaufs verkehren und den Sicherheitsaspekt der Forderungen und damit ihre Wertbestimmenden Elemente von ihr lösen. §401 BGB stellt daher für die akzessorischen Sicherungsrechte einen Automatismus des Übergangs auf, weil solche Sicherungsrechte ein wesentliches Element für die Beurteilung des Wertes einer Geldforderung darstellen. Zwar gehören Grundschulden nicht zu diesen Rechten, so dass §401 BGB hierfür keinen

---

Rohe, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB [BeckOK-BGB], Stand: 1. 3. 2006, § 399 Rdnr. 13; Palandt/Grüneberg, § 399 Rdnr. 8; Staudinger/Busche, § 399 Rdnr. 54; Einsele, Bank- u. KapitalmarktR, § 1 Rdnrn. 23 f.; Petersen, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz u. Institutionenschutz, S. 38 ff.; Böhm, BB 2004, 1641 [1642 f.]; Bütter/Aigner, BB 2005, 119 [121 f.]; Bütter/Tonner, ZBB 2005, 165 [169 ff.]; Bruchner, BKR 2004, 394; Cahn, WM 2004, 2041 [2048 ff.]; Hofmann/Walter, WM 2004, 1566 [1571 f.]; Jobe, ZIP 2004, 2415 [2416 ff.]; Langenbacher, BKR 2005, 333; Nobbe, WM 2005, 1537 [1540 ff.]; Rinze/Heda, WM 2004, 1557 [1559]; Rögner, NJW 2004, 3230 [3232 f.]; Stiller, ZIP 2004, 2027 [2029]), aA OLG Frankfurt a.M. NJW 2004, 3266 = WM 2004, 1386 [1387]; Derleder VuR 2007, 81 ff (82f);

<sup>36</sup> Insoweit ist es auch nicht zutreffend, dass eine Bank bei Abtretung nicht notleidender Forderungen aus Krediten ihre Verschwiegenheitspflicht verletze. (so aber BGH NJW 2007, 2106, ähnlich auch Nobbe, WM 2005, 1537 [1540 ff.]; wie hier die hM s.o. FN 35).

<sup>37</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 9.Aufl. 2007 §29 Rdn 35

Automatismus bereitstellt.<sup>38</sup> Die Grundschild hat jedoch in der Praxis die Funktion der Hypothek übernommen und ist, was man gerade angesichts der verbraucherfreundlicheren Situation in den meisten anderen europäischen Ländern zur Hypothek beklagen mag, ein funktionales Äquivalent, das der Gesetzgeber in dieser Form noch nicht sah.<sup>39</sup> Daher hat die Rechtsprechung sogar ohne vertragliche Vereinbarung die Pflicht eines Zedenten abgeleitet, die Grundschild im Zweifel mit zu übertragen.<sup>40</sup> In den hier zu beurteilenden Fällen wird aber die Verpflichtung hierzu ebenso wie die Abtretung ausdrücklich vereinbart.

Im Ergebnis scheitert die Abtretung der für die abgetretenen Darlehensforderungen bestellten Sicherungsgrundschulden auch nicht an einer treuhänderischen Bindung der Grundschild gegenüber dem Kreditnehmer, die ihre Weggabe an Dritte ausschliesse.

Allerdings bleibt das deutsche Dilemma, dass der Kreditnehmer der Bank „zu treuen Händen“ mehr Rechte überträgt, als dieser nach der Sicherungsvereinbarung zustehen sollen. Dies führt zu den bekannten Problemen in der Öffentlichkeit, wo zwischen rechtllichem „Können“ und rechtllichem „Dürfen“ nur schwer unterschieden werden kann. Dies ist aber keine Besonderheit der Grundschild sondern besteht auch beim Sicherungseigentum und bei den Pfandrechten, die eine Besitzstellung verschaffen, die nach den §§932 ff BGB missbrauchbar ist. Deshalb besteht auch nach ganz herrschender Meinung ein Treuhandverhältnis zwischen Bank und Kunde bei der Grundschild.<sup>41</sup> Die Annahme eines solchen schuldrechtlichen Treuhandverhältnisses bestätigt aber gerade, dass es die Möglichkeit der Übertragung und damit die Verletzung der Treuhandverpflichtungen gibt. Die Bank muss daher während der gesamten Kreditlaufzeit dafür Sorge tragen, dass die Grundschild nicht anders verwandt wird als wie in der Sicherungsabrede vereinbart. Es handelt sich insoweit um eine selbständige Verpflichtung aus einem Treuhandvertrag. Da §398 BGB den automatischen Übergang solcher Verpflichtungen nicht vorsieht, ist hierfür §415 BGB einschlägig. Ohne Genehmigung des Kreditnehmers kann sich die Bank von dieser Verpflichtung nicht befreien. §418 BGB macht im Unterschied zu §401 BGB noch einmal sehr deutlich, dass Sicherheiten bei Abtretung und Schuldübernahme diametral entgegengesetzt behandelt werden.

Dies hindert aber nicht die Übertragung der Grundschild. Der Originator erhält lediglich den Investor zum Erfüllungsgehilfen i.S. des §278 BGB in dem Treuhandverhältnis. Bricht

---

<sup>38</sup> BGH NJW 1974, 101 (unter III. 2.); RGZ 135, 272, 274; RGRK, 11. Aufl., § 1191 Anm. 9; Palandt-Grüneberg, BGB 67.Aufl. 2008 §401 Rdn 5

<sup>39</sup> Die stiefmütterliche Behandlung der Grundschild in §1191 ff BGB gegenüber der Hypothek als Regelfall in den §§ 1113 ff BGB zeugt davon.

<sup>40</sup> BGH NJW 1990, 903; 1985, 614; 1981, 1554; OLG Köln NJW 1990, 463; Palandt-Grüneberg aaO Rdn. 5

<sup>41</sup> BGHZ 133, 25, 30; BGH WM 1989, 210; RGZ 89, 193; Staudinger-Wolfsteiner, Vorbem zu §§ 1191 ff. Rn. 21; MünchKommBGB-Eickmann, § 1191 Rn. 12; Derleder/Knops/Bamberger-Jacoby, § 18 Rn. 1; Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, § 57 Rn. 2; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschulden, § 3 I; Seckelmann, Die Grundschild als Sicherungsmittel, 1963, S. 65). Schon die Bestellung einer Grundschild charakterisiert ihn als treuhänderische Rechtsübertragung (vgl. Matschl, Die persönliche Forderung bei Befriedigung des Gläubigers einer Sicherungsgrundschulden durch den Eigentümer, NJW 1962, 2132, 2133; vgl. auch Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, § 45 II 2 b).

dieser die treuhänderische Bindung 1. durch einen von der Forderung losgelösten Verkauf der Grundsuld oder macht er 2. die Grundsuld über den Betrag hinaus geltend, für den sie haftet oder wird 3. die Grundsuld trotz fehlender Fälligkeit der Darlehensforderung zur Zwangsvollstreckung genutzt und schließlich 4. eine an dem dinglich vereinbarten und eingetragenen Grundsuldzinssatz orientierte Schuld geltend gemacht, obwohl entweder der kreditvertragliche oder der gesetzliche Verzugszinssatz gem. §497 Abs. 1 S.2 BGB die Schuld entsprechend niedriger bestimmt, so verletzt dies Verhalten das fortbestehende Treuhandverhältnis zwischen Bank und Kunde. Die Bank haftet gem. §278 BGB für das Verschulden des Erwerbers, der insoweit Erfüllungsgehilfe ist.

Sie sollte daher, was schon bei nichtvertraglichen Verhältnissen für den Verrichtungsgelhilfen in §831 Abs.1 S.2 BGB festgelegt ist, den Erwerber sorgfältig auswählen. Man kann daher schon dann eine Treuhandpflichtverletzung sehen, wenn die Grundschulden auf Erwerber übertragen werden, die selber kein Hypothekengeschäft betreiben und über die Tatsachen bekannt sind, dass sie eine getrennte Verwertung von Grundschulden beabsichtigen. Darüber hinaus ist die Bank auch verpflichtet in den Kaufvertrag mit dem Dritterwerber die Treuhandverpflichtungen gegenüber dem Kunden hineinzuschreiben, wobei der Kunde neben der Bank i.S. des §§328, 428 BGB als Gesamtgläubiger auch dem Erwerber gegenüber berechtigt wird, so dass dieser auf dem Umweg über den Kaufvertrag der Verwertung der Sicherheit durch den Erwerber im Wege der Vollstreckungsgegenklage seine Rechte aus der Sicherungsabrede entgegenhalten kann, soweit der Dritterwerber nicht gutgläubig und lastenfrei erworben hat. Ermöglicht die Bank dies, so haftet sie auch auf diesen Schaden. Die Bank kann schließlich beim Erwerber Rückgriff nehmen, wenn sie dem Kreditnehmer für die Verletzung der Verpflichtungen haftet.

Im Ergebnis kann daher die Grundsuld übertragen werden, für ihren Missbrauch haftet aber der Originator des Kredites.

#### **2.1.4 Übergang auch des außerordentlichen Kündigungsrechtes?**

Die Besonderheit bei ungekündigten NPL-Krediten besteht aber gerade darin, dass der Investor die Kredite auch auf Grund ihres Charakters als notleidende Kredite verwerten möchte, was eine Kündigung voraussetzt.

Grundsätzlich können auch solche Rechte wie das Kündigungsrecht gem. §413 BGB übertragen werden<sup>42</sup>. Dies ist für unselbständige Nebenrechte wie das Kündigungsrecht eines Darlehens, wenn es zusammen mit der Hauptforderung übertragen wird, allgemein anerkannt.<sup>43</sup> Diese Fälle betreffen die vertraglichen Kündigungsrechte.

Dies hat auch einen guten Grund, der sich aus dem Verfügungsrecht über Forderungen als geschütztem Vermögen ergibt. So bestimmt auch die Fälligkeit einer Forderung ihren Wert .S. der §§401 f BGB. Ein Forderung, die erst in 10 Jahren fällig wird, ist weniger

---

<sup>42</sup> BGH NJW 1998, 896, 897; 1985, 2822; Esser-Schmidt, Schuldrecht AT I 37 I, S. 251; Palandt-Grüneberg aaO §413 Rdn 5

<sup>43</sup> hM streitig nur, ob auch ohne Hauptforderung abtretbar siehe BGH NJW 1998, 896, 897



Wert als eine sofort fällige Forderung. Es ist also selbstverständlich, dass die Forderung inkl. ihres Fälligkeitstermins übertragen wird. Dies deckt auch praktisch alle Fälle von Hypothekendarlehen ab, bei denen sich die Befristung aus der Laufzeit oder implizit aus dem vereinbarten Tilgungssatz ergibt. Ist jedoch nur eine Zinsbindungsfrist vereinbart, so wird dies eine Befristung mit Verlängerungsoption bedeuten. Es kann aber auch Verträge geben, für die der Kreditgeber entweder wie im Kontokredit oder bei der Kreditlinie oder aber bei variablem Kredit ein fristgerechtes Kündigungsrecht nach dem Vertrag zusteht. Dieses Kündigungsrecht bestimmt den Wert der Forderung und muss daher ebenfalls übertragbar sein.

Die Abtretung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung wird demgegenüber bisher nicht diskutiert. Für dieses Recht gelten andere Grundsätze. Zunächst bestimmt es nicht den Wert einer Forderung im Unterschied zu Forderungen aus anderen Verträgen, weil es allen Forderungen in gleicher Weise anhaftet und nicht vertragspezifisch ist. Zudem ist es im Vertrag nicht objektiv festgelegt, sondern erfordert eine Abwägung durch den Darlehensgeber, der die Zumutbarkeit eines weiteren Festhaltens prüfen muss. Es handelt sich somit um eine individuelle Entscheidung einer Bank, die der Darlehensnehmer gerade in die Hände dieses Vertragspartners gelegt hat.<sup>44</sup> Immerhin stellt die Rechtsprechung erhebliche Anforderungen an die Prüfung, ob eine so einschneidende Maßnahme wie die von den Vertragsparteien nicht gewollte Kündigung gerechtfertigt ist.<sup>45</sup>

Eine Kreditkündigung aus wichtigem Grund verlangt von einer Bank, die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, auf die Kundenbeziehung einzugehen und ihre Interessen mit denen des Kunden, die Geschäftsbeziehung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen, abzuwägen.<sup>46</sup> Gründe die dem Kreditgeber schon bei Vertragsabschluss bekannt sind, dürfen nicht später als wichtiger Grund geltend gemacht werden.<sup>47</sup> Der Gesetzgeber verlangt gem. §498 sogar im Konsumkredit ein Gesprächsangebot, das auf die persönliche Vertrauensbeziehung hindeutet. Für den Hypothekenkredit, dessen Kündigung noch weit einschneidender ist, wird man diese Pflicht ohne weiteres aus §242 BGB ableiten können. Der BGH lässt Kündigungs

Da diese Kündigung von der Einschätzung des Kreditgebers gem. §490 BGB abhängig ist, der zu überlegen hat, ob eine Anpassung oder ein Scheitern die bessere Alternative ist, kann er diese pflichtenbelastete Position nicht als ein einfaches Recht abtreten. Da grundsätzlich das Kündigungsrecht beim Zedenten der Forderung verbleibt<sup>48</sup>, kann es nur in dem Umfang übertragen, wie es nicht höchstpersönlich ausgestattet ist. Die Recht-

---

<sup>44</sup> So verspricht z.B. die Teambank unter bestimmten Bedingungen von ihren gesetzlichen Rechten zur Kündigung und gerichtlichen Beitreibung keinen Gebrauch zu machen. Andere Banken suggerieren ein konzilianter Verhalten in der Not.

<sup>45</sup> OLG Celle, Urteil vom 15.12.1982 (3 U 110/79); bestätigt von BGH, WM 1984, 586

<sup>46</sup> BGH, WM 1978, 234 (235); BGH, WM 1991, 1452 (1456); Krüger, U. Aspekte unberechtigter Kreditkündigungen - Zugleich Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 25.8.2000, 19 O 389/98 VuR 2001, 125 ff; ähnlich Canaris, ZHR 143 (1979), 113 (127 ff).

<sup>47</sup> BGH WM 2002, 1345 = BKR 2002, 631=NJW-RR 2002, 1273 = NJW 2002, 3167

<sup>48</sup> hM BGH NJW 1985, 2641; Palandt-Grüneberg aaO §398 Rdn 18b

sprechung zur Übertragbarkeit des Kündigungsrechts des Grundstückvermieters<sup>49</sup> bestätigt letztlich diese Einschätzung, weil sie bei den Mietverhältnissen bisher ausschließlich die gewerbliche Vermietung betrifft und nicht den Wohnraummieter und zudem den Fall zu behandeln hat, dass das Gesetz in der Wohnraummiete gerade zum Schutz des Verbrauchers ohnehin einen Vertragsübergang in §566 BGB bei Verkauf anordnet.

In der Praxis macht dies Forderungsverkäufe keineswegs schwieriger oder gar sinnlos. Im Bereich der MBS Verkäufe ist es gängige Praxis, dass der Originator diese Rechte ebenso wie die Kommunikation mit dem Kunden ausübt. Der Kunde erfährt nicht einmal etwas hierüber und wird daher nicht beunruhigt.

Will der Originator dem Investor die Chance der Kündigung geben, so kann er ihn hierzu in seinem Namen bevollmächtigen. Der Vorteil für den Kunden besteht darin, dass er in der Auseinandersetzung es nur mit dem ihm vertrauten Originator zu tun hat.

Eine andere Lösung würde letztlich auch dem Investor, also einem Dritten, das von den vertraglichen Abmachungen unabhängige Recht geben, zu bestimmen, wie lange der Originator noch seine Pflichten aus dem Vertrag erfüllen muss. Praktisch erscheint es auch schwer erträglich, dass ein Investor, der weder der Bankaufsicht untersteht noch Bankgeschäfte betreibt, keine Erfahrungen und auch keine Filialen unterhält, sich nunmehr ein Recht anmaßt, einem Kunden, der ihn niemals ausgesucht hat, zu erklären, dass es für ihn, den der Kunde ja gar nicht als Partner haben will, unzumutbar sei, weiterhin an der vertraglichen Beziehung festzuhalten. Ganz offensichtlich wird dies etwa, wenn der Investor etwa das persönliche Verhalten des Kunden, der ihn verständlicherweise ablehnt, als Kündigungsgrund nehmen würde.

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung verbleibt somit beim Originator.

### **2.1.5 Übergang des abstrakten Schuldanerkenntnisses**

Die deutschen Kreditgeber lassen sich neben der abstrakten Grundschuld statt der Hypothek auch noch neben der vertraglichen Verpflichtung zur Kreditrückzahlung ein abstraktes Schuldanerkenntnis des Kreditnehmers nach § 780 f BGB gewähren, das die Vollstreckung möglichst gerichtsfrei gestaltet.<sup>50</sup> Während solche die Kreditschuld verdoppelnden Schuldanerkenntnisse im Ratenkredit von der Rechtsprechung restriktiv ausgelegt und damit vor allem im Zusammenhang mit dem Versuch, sittenwidrige Zinssätze oder rechtswidrige Umschuldungsgewinne unangreifbar zu machen, unter §138 Abs.1 BGB subsumiert wurden<sup>51</sup>, werden diesem Rechtsverlust im Hypothekenkredit praktisch keine rechtlichen Grenzen gesetzt.<sup>52</sup> Die Rechtsprechung lehnt es auch ab, den Gedanken des

---

<sup>49</sup> OLG Hamm NJW-RR 1993, 273; ebenso Palandt-Grüneberg aaO §413 Rdn. 5; anders BGH NJW 1998, 896, der nur eine Bevollmächtigung zulassen will.

<sup>50</sup> *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld § 5 I.

<sup>51</sup> BGH ZIP 1988, 630 = DB 1988, 2047-2048 = EwIR § 138 = NJW 1988, 1659: „Mit Recht hat das BerGer. das Vorbringen des Kl. über das Zustandekommen des Schuldanerkenntnisses für unerheblich erachtet und entscheidende Bedeutung nur der Überprüfung des zugrundeliegenden Kreditvertrags gem. § 138 I BGB beigemessen.“

<sup>52</sup> vgl. BGH NJW 1997, 2320

Verbots der Hingabe von Wechsel und Scheck auch auf die Verwendung des allgemeineren Schuldanerkenntnisses insgesamt anzuwenden.<sup>53</sup> Ob die damit in Deutschland erreichte Freiheit der gerichtlichen Überprüfung von Darlehensforderungen vor einer Zwangsversteigerung nicht den Verbraucher „entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt“ (§307 Abs.1 BGB) muss sehr bezweifelt werden. Letztlich würde aber auch eine Nichtigkeit dieser in AGB versprochenen abstrakten Haftung nach den Grundsätzen des AGB-Rechtes oder aber den Grundsätzen der sittenwidrigen Übersicherung nichts daran ändern, dass der Erwerber eine Grundschuld in Händen hält, aus der er vollstrecken kann. Insofern können hier nur starke Bedenken geäußert werden, ob nicht allgemein im Verbraucherkredit die Verwendung von abstrakten Schuldanerkenntnissen entsprechend dem Rechtsgedanken des auch auf Hypothekenkredite anwendbaren §496 BGB inkriminiert wird, der nach den Vorgaben der EU-Richtlinie zum Konsumkredit die Entrechtung der Verbraucher durch Abstraktion<sup>54</sup> durch Scheck, Wechsel, Aufrechnungsverbot und Einwendungsausschluss verbietet. Chancen hierzu bietet die aktuelle Rechtsprechung allerdings zur Zeit nicht. Danach kann das abstrakte Schuldanerkenntnis übertragen werden.

### **2.1.6 Kein Erwerb des Rechts zur sofortigen Zwangsvollstreckung**

Anders dürfte die Frage zu entscheiden sein, ob auch das Recht zur sofortigen Zwangsvollstreckung übertragen werden kann. Hierdurch verpflichtet sich der Kreditnehmer in einer notariellen Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO durch Unterschrift unter den Kredit- und Sicherungsvertrag die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in das sonstige Vermögen zu dulden.<sup>55</sup> Dies erfolgt zudem noch überwiegend in der Form, dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gemäß § 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll.<sup>56</sup> §401 Abs.2 BGB will bei Hypotheken die für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorzugsrechte ausdrücklich mit übergehen lassen. Literatur und Rechtsprechung scheinen auch bei Grundschulden hiergegen bisher keine Bedenken zu haben. Allerdings gibt es zwischen der Grundschuld und der Hypothek den entscheidenden Unterschied, dass die Grundschuld mehr Rechtsmacht als erforderlich ist verleiht. Eine Unterwerfungsklausel nimmt jetzt auch noch die gerichtliche Kontrolle vor der einschneidenden Vollstreckungshandlung vom Kunden. Da nach dem oben gesagten die Bank die treuhänderische Bindung nicht übertragen kann, kann sie erst Recht nicht auch noch das Recht zur kontrollfreien Ausnutzung der eingeräumten überschießenden Rechtsmacht einer Grundschuld einen vom Schuldner nicht gewollten Dritten übertragen.

---

<sup>53</sup> BGH NJW-RR 2005, 985

<sup>54</sup> Im amerikanischen Recht war die holder in due course Rechtsprechung ein erster Schritt zum Verbraucherschutz im Konsumkredit (Uniform Commercial Code Article § 3-302)

<sup>55</sup> Siehe nur *Siol*, WM 1996, 2217 (2220).

<sup>56</sup> Gegenüber dem Besteller wirkt die Unterwerfung auch ohne Eintrag; gegenüber dem späteren Grundstückserwerber nicht (*BGH*, ZIP 1989, 1449). Im einzelnen dazu *Wolfsteiner*, DNotZ 1990, 589.

Zudem wäre auch §401 Abs.2 BGB als dispositives Gesetzesrecht nachrangig zu §399 BGB auszulegen. Danach ist zu beurteilen, ob das Vorzugsrecht einen besonderen Charakter i.S. des §399 1. Alt. BGB hat, der eine Veränderung des Leistungsinhalts durch Abtretung bewirken würde.

Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist gegenüber der Grundschuld noch einmal ein besonderer Ausdruck eines Vertrauensverhältnisses und damit stark an die Person desjenigen gebunden, dem dieses Zugeständnis gemacht wurde. Immerhin gibt der Kreditnehmer damit praktisch gerichtsfrei sein wesentliches Vermögen in die Verfügung des Kreditgebers, der damit im Widerspruch zum allgemeinen Selbsthilfeverbot, wie es §229 BGB zugrunde liegt, sich über die Zwangsversteigerung staatlicher Gewalt bedienen kann, ohne zuvor die Legitimation des gesetzlichen Richters suchen zu müssen. Dass die Anwesenheit des Notars hierfür kompensiert kann angesichts dessen finanzieller Abhängigkeit bei massenweise zu beurkundenden Geschäften, bei denen der Kreditgeber die Auswahl des Notars wesentlich mitbestimmt, kaum angenommen werden. Die Rechtsprechung zu den Hypothekendarlehenverträgen, die regelmäßig unter den Augen der Notare abgeschlossen werden, zeigt, dass eine materielle Prüfung und eine Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften in diesen Verträgen durch die notarielle Beurkundung nicht statt findet und die Notare häufig eher eine solche Unterschrift durch ihr Zutun begünstigen als sie zu verhindern.<sup>57</sup>

Man wird daher bei solchen typischen AGB-Klauseln unter Beachtung von §305c Abs. 2 BGB den Willen des Verbrauchers auch so interpretieren müssen, dass er vor dem Notar nicht jedem zukünftigen und ihm unbekanntem Inhaber der Grundschuld diese umfassende Rechtsmacht übertragen wollte. Insoweit ergibt sich schon aus der gebotenen restriktiven Auslegung der notariellen Urkunde selber, dass dieses Recht nicht ohne seine Zustimmung übertragbar sein sollte.

Der Investor erhält somit die Grundschuld ohne Unterwerfungserklärung. Diese bleibt beim Originator, der sie allerdings erst nach Rückübertragung wieder nutzen könnte.

## 2.2 Übergang der Verpflichtungen

Es verbleibt danach die Frage, ob auch der Kaufvertrag über die Darlehensverträge ohne Mitwirkung des Verbrauchers insoweit erfüllt werden kann, als auch die Verpflichtungen befreiend für die Bank auf den Investor übergehen.

Hierzu gibt §415 BGB eine eindeutige Auskunft: „Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab.“ Ohne Zustimmung des Kreditnehmers kann somit die Bank ihre Verpflichtungen nicht verlieren.

---

<sup>57</sup> Dies legt wohl auch Grziwotz aaO zugrunde, wenn er bemerkt: „Die Grundschuld, so liest er (der Notar U.R.) vor, gibt der Bank unabhängig von der Darlehensaufnahme einen jederzeit durchsetzbaren Anspruch.“ (Hervorh. U.R.)

Dies wurde schon oben für die Pflicht, auf die Interessen des Kreditnehmers bei der außerordentlichen Kündigung Rücksicht zu nehmen, angewandt. Man könnte aber meinen, dass dies die einzige Pflicht einer Bank sei, nachdem sie den Kredit einmal ausgezahlt hat.

Die alte missglückte Formulierung zum Darlehen in §607 BGB<sup>58</sup>, nur das *Empfangen* und *Zurückerstatten* kannte, legte dies nahe. Dies ist, nachdem Rechtsprechung und Literatur zur Rechtsnatur des Darlehens schon lange korrigierend eingegriffen hatten<sup>59</sup>, nun in §488 BGB klargestellt. Dort sind die Pflichten des Kreditgebers mit dem „zur Verfügung stellen“ bezeichnet, das die Elemente der „Hingabe“ und „Belassung“ vereint<sup>60</sup>. Das Mietvertragsrecht, das die Wurzel auch der „Geldmiete“ darstellt, ist hier erheblich klarer, indem er die Kapitalüberlassungspflicht als Dauerpflicht anspricht, wenn es in §535 Abs. 1 BGB heißt: „Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Sache während der Mietzeit zu gewähren.“ Dass die Mietsache dafür ausgehändigt werden muss, ist ebenso selbstverständlich wie die Tatsache, dass eine Nutzung der Darlehensvaluta ohne Überlassung nicht möglich ist.

Die ganz hM<sup>61</sup> sieht daher auch in dem Umstand, dass der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer das Kapital bis zur Beendigung zur Verfügung stellen muss, dass es sich bei dieser Belassungspflicht um eine Dauerschuldverpflichtung handelt, die ebenso wie beim Vermieter das Darlehensverhältnis als ein Dauerschuldverhältnis charakterisiert, bei dem auch der Darlehensgeber andauernde Hauptpflichten hat.<sup>62</sup> Damit hat der Darlehensgeber eine fortdauernde Verpflichtung, soweit er das Darlehensverhältnis noch nicht gekündigt hat. Diese Verpflichtungen können bei ungekündigten Darlehen somit nicht übertragen werden.

Es handelt sich auch nicht um ein beliebig abdingbares Recht. Dies zeigt schon die Tatsache, dass der Gesetzgeber im Umwandlungsgesetz, bei Versicherungen in §14 VAG sowie bei Mietverhältnissen in §566 ff BGB erheblichen Aufwand betrieben hat, um in eng umgrenzten Fällen hierzu eine Ausnahme zuzulassen, die durch überwiegende Gemeinwohlinteressen gerechtfertigt ist.

Gerade auch hier zeigt die Urform der „Geldmiete“, dass es um Mehr als ein zufälliges Prinzip geht und dort, wo wegen der Logik der Instandhaltung ein Pflichtenübernahme des Käufers sinnvoll erscheint, der Gesetzgeber dies regeln muss und zudem die Rechte

---

<sup>58</sup> "(1) Wer Geld oder andere Sachen als Darlehen *empfangen* hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von vergleichbarer Art, Güte und Menge *zurückzuerstatten*"

<sup>59</sup> dazu Derleder, Darlehensvertrag, in: Handbuch des Bankrechts, 1. Aufl. 2004 §9 Rdn 3 ff; Mülbart WM 2000, 465, 467;

<sup>60</sup> aaO

<sup>61</sup> Ausführlich auch zur Geschichte Freytag, Darlehensvertrag, uv. Habil. Schrift, S.38 ff; MünchKommBGB/Berger, vor § 488 Rn. 17; Canaris, Bankvertragsrecht I, Rn. 1282; Coester-Waltjen, Der Darlehensvertrag, Jura 2002, 675, 676; Medicus, Schuldrecht II, Rn. 288; Mülbart, Das verzinsliche Darlehen, AcP 192 (1992), 447, 455 ff. (insbes. 457 f.); Palandt/Putzo, § 488 Rn. 10;

<sup>62</sup> "Beim Gelddarlehen geht es indessen in der Rechtswirklichkeit in erster Linie in der um die Verschaffung und Belassung einer Geldsumme" (BT-Drucks. 14/6040, 251)

des Mieters gegenüber dem ursprünglichen Vermieter waren muss. §566 BGB ordnet beim Vertragsübergang im Wohnraummietrecht an, dass der Vorvermieter durch die Pflichtenübernahme nicht befreit wird sondern weiter als Bürge gem. §566 Abs.2 BGB haftet.

Dieses Recht des Vertragspartners, die Erfüllung der vereinbarten Verpflichtungen gerade von dem Partner zu verlangen, den er sich im Rahmen der Vertragsfreiheit ausgesucht hat, hat darüber hinaus gem. Art. 2, 14 GG Verfassungsrang.

So heißt es in dem Urteil des Bundesverfassungsgericht<sup>63</sup> zu §414 BGB:

*„Privatautonomie setzt voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des einzelnen auch tatsächlich gegeben sind (vgl. BVerfGE 81, 242 <254 f.>). Maßgebliches rechtliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen ist der Vertrag, mit dem die Vertragspartner selbst bestimmen, wie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Freiheitsausübung und wechselseitige Bindung finden so ihre Konkretisierung. Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat (vgl. BVerfGE 103, 89 <100>).“*

Daraus wurde dann der Leitsatz gebildet:

*„Bedarf es für die Übertragung des Bestands von Lebensversicherungsverträgen auf ein anderes Unternehmen keiner Genehmigung durch den Versicherungsnehmer (Ausschluss des § 415 BGB durch § 14 Abs. 1 Satz 4 VAG), ist der Gesetzgeber durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG verpflichtet, den dadurch bewirkten Verlust der Möglichkeit, die vertragsmäßigen Rechte eigenständig und individuell durchzusetzen, auszugleichen.“*

Das Bundesverfassungsgericht sah damit die bestehende Schuldübertragungsmöglichkeit als zu weitgehend an. Der Gesetzgeber hat inzwischen reagiert. §14 VAG wurde reformiert. Die Bestandübertragung ist jetzt eingeschränkt 1. „auf ein anderes Versicherungsunternehmen“, sie bedarf 2. „der Genehmigung der Aufsichtsbehörden, die für die beteiligten Unternehmen zuständig sind“, es müssen 3. „die Belange der Versicherten gewahrt“ sein und 4. „die Verpflichtungen aus den Versicherungen müssen als dauernd erfüllbar dargetan“ sein. Würde man dies auf Kreditverträge übertragen, so müsste zunächst der Gesetzgeber tätig werden, weil Art. 14 GG dies verlangt. Weiterhin müsste in dem Gesetz klargestellt werden, dass nur eine andere Bank als Erwerber in Frage kommt, dass die Kreditnehmerinteressen gewahrt sind, dass der neue Erwerber alle Verpflichtungen aus dem Darlehensverhältnis auch als dauernd erfüllbar dartut, was ausgeschlossen ist, wenn er die Forderungen nur mit dem Ziel der schnellen Realisierung erwirbt. Schließlich müsste dies alles zwingend von der BAFIN überprüft werden, die solche Übertragungen zu genehmigen hätte.

---

<sup>63</sup> BVerfG, 1 BvR 782/94 vom 26.7.2005 Rz 131. Bestätigt und wörtlich wiederholt in BVerfG Urt. v. 15.02.2006, AZ 1 BvR 1317/96, NJW 2006, 1783 unter B I 1a) [FIS 37833]

### 2.3 Notleidende Kredite – eine Ausnahme?

Obwohl die rechtliche Situation zum Verkauf von Darlehensverträgen ungekündigten Darlehensverträgen damit relativ eindeutig erscheint, gibt es doch eine fast hM, die davon ausgeht, dass diese Rechtsgrundsätze für notleidende Kredite nicht gelten. Es herrscht dort die Meinung vor, deutsche Banken brauchten ein Recht zum Verkauf notleidender Kredite, um „Klumpenrisiken“ zu vermeiden, Schieflagen zu meistern und Kredite dort zu vergeben, wo sie dies ohne den Rückhalt potentieller Aufkäufer nicht hätten tun können.<sup>64</sup>

Dieses Grundverständnis lässt sich auch aus der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte ableiten. Dabei sind mit den Finanzmarktfördergesetzen die Barrieren für problematische Kredite eher abgebaut worden, so dass es den Anschein hat, als ob die Lösung des NPL-Problems durch Handel der Verhinderung von notleidenden Krediten vorgezogen wird, was verbraucher- und sozialpolitisch bedenklich ist, weil jede gescheiterte Finanzierung Familien zerstört, Grundstücke entwertet und erhebliche soziale Folgekosten in der Überschuldung aufweist. So wurden seit 1995 kontinuierlich die Mindesthöhen für Immobilienfondsanteile herabgesetzt, so dass die Vertreiber Zugang zu einem neuen Publikum ohne Anlagevermögen erhielten, das für finanzierte Modelle gewonnen werden konnte. Bis heute wurde noch keine den Prospektinhalt und die Absatzmethoden überprüfende Finanzaufsicht eingeführt.<sup>65</sup> Demgegenüber wurden die Bedingungen, generierte NPLs wieder zu verkaufen, mit der OGAV Richtlinie<sup>66</sup> verbessert, die im Jahre 2003 mit dem Investmentmodernisierungsgesetz<sup>67</sup> zur Zulassung von Hedgefonds in Deutschland führte. Die Hedgefonds, die NPLs aufnehmen können, wurden von einer Reihe von Qualitätsanforderungen befreit sowie steuerlich begünstigt. Ferner hat der Gesetzgeber trotz der Zurechtweisung durch das Bundesverfassungsgericht<sup>68</sup> zum Missbrauch des §14 VAG<sup>69</sup> mit

---

<sup>64</sup> So der Vertreter der BAFIN in seiner mündlichen Stellungnahme; vgl. Vermerk der BAFIN v. 5.9.2007 Q 13 – FI – 5410; Pressemeldung des BMJ vom 11.12.2007 „Bundesjustizministerin Zypries will den Schutz von Kreditnehmern bei einem Verkauf ihrer Darlehensforderungen verbessern.“; ebenso Nobbe, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, WM 2005, 1537 ff; ders. Der Verkauf von Krediten, Stellungnahme für den Finanzausschuss des Bundestages, Anhörung in Berlin am 19.9.2007, vv. Mskrpt; Bütter, M./ Tonner, M. Übertragung von Darlehensforderungen und Bankgeheimnis, ZBB 2005, 165 ff

<sup>65</sup> Die BAFIN ist zwar inzwischen für die Prospektprüfung zuständig. Dies hat die Betrugsgefahren aber nur erhöht, weil eine inhaltliche Prüfung nicht stattfindet und damit die formale Prüfung durch die Aufsicht nur ein zusätzliches Vertriebsargument („geprüfter Fonds“) liefert.

<sup>66</sup> Hierzu das Gutachten des iff für das Europaparlament, in dem die Probleme der Anleger beschrieben sind: Reifner, Briefing Paper zu den Verbraucherschutzaspekten der UCIT/OGAW-Änderungsrichtlinien vom 17.7.1998 Projekt No. IV/99/34 Generaldirektion für Forschung des Europaparlaments.

<sup>67</sup> Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentmodernisierungsgesetz) v. 15.12. 2003 BGBl. 2003, 2676 ff dazu Kugler, S./Lochmann R. BKR 2005, 172 ff.

<sup>68</sup> BVerfG Urt. vom vom 26. Juli 2005 - 1 BvR 782/94 - - 1 BvR 957/96: Leitsatz: „Bedarf es für die Übertragung des Bestands von Lebensversicherungsverträgen auf ein anderes Unternehmen keiner Genehmigung durch den Versicherungsnehmer (Ausschluss des § 415 BGB durch § 14 Abs. 1 Satz 4 VAG), ist der Gesetzgeber durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG verpflichtet, den dadurch bewirkten Verlust der Möglichkeit, die vertragsmäßigen Rechte eigenständig und individuell durchzusetzen, auszugleichen.“

<sup>69</sup> Vgl. Reifner, Kapitalflucht über § 14 Versicherungsaufsichtsgesetz - Sind die Versicherten nach der Trennung des Allianz-Konzerns von ihren Verträgen frei?, Verbraucher und Recht 87, 61.

dem Umwandlungsgesetz in §20 UmwG<sup>70</sup> eine neue Ausnahme für Banken geschaffen, die im Falle der HypoRealEstate<sup>71</sup> dazu genutzt wurde, Verträge vom Originator ohne Zustimmung der Verbraucher an Dritte abzugeben. Beinahe wären auch noch mit der Zulassung von REITS<sup>72</sup> die Schleusen für die Immobilien aus notleidenden Verbraucherkrediten weiter geöffnet worden, hätten sich hier nicht im letzten Augenblick die Mieterverbände gesträubt. Als das OLG Frankfurt<sup>73</sup> dann die Abtretbarkeit der Forderungen aus verkauften Krediten anzweifelte<sup>74</sup>, hat der Gesetzgeber recht eilig im Gesetz zur Neuordnung der Finanzverwaltung v. 28.8.2005 in §22 d Absd.4 KWG die Abtretbarkeit solcher Forderungen gegen diese Rechtsprechung zu sichern versucht. Er bestimmt darin, dass registrierte Forderungen im Rahmen der ABS auch abtretbar seien, wenn die Zustimmung der Parteien nur konkludent oder mündlich zum Ausdruck gebracht worden sei. Eine Bedeutung für §415 BGB hat diese Regelung nicht, da sie dessen Zustimmung offensichtlich nicht ersetzt sondern nur von Formerfordernissen befreit.

Der Senatspräsident des Bankensenats des Bundesgerichtshofs hielt dem OLG Frankfurt zudem eine „bedauerliche Fehlentscheidung“<sup>75</sup> vor und meinte, dass mit seiner Rechtsanalyse „für ausschließlich wirtschaftlich interessierte Banker das Thema damit erledigt (ist)“<sup>76</sup>. Tatsächlich hat der BGH<sup>77</sup> dann auch entsprechend entschieden. In der Stellungnahme vor dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages<sup>78</sup> hat der Vorsitzende ferner darauf hingewiesen, dass „die Abtretung notleidender Forderungen aus Sicht von Banken und Sparkassen ... in einzelnen Fällen zur Sanierung und Restrukturierung einer in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Bank oder Sparkasse sogar unbedingt notwendig“ ist. Der Erwerber wolle „einen Gewinn durch professionelles Management aus der Weiterveräußerung oder der Abwicklung der Kredite, etwa durch eine sehr intensive Bearbeitung der säumigen Kreditnehmer“ erzielen. Für den Kreditnehmer sei die Veräußerung allerdings „in aller Regel sehr negativ.“ Es gelte jedoch: „Solange dies im Rahmen der bestehenden Gesetze geschieht, lässt sich dagegen wenig einwenden, da auch ein entsprechendes Vorgehen des Veräußerers zulässig wäre und der vertragsbrüchige, seinen Pflichten nicht nachkommende Kreditnehmer auf eine wohlwollende Behandlung

---

<sup>70</sup> Weitere Vorschriften sind die §§131 Abs.1 Nr. 1, 176 Abs. 3 UmwG, dazu *Derleder* VuR 2007, 81 ff (82f).

<sup>71</sup> 3,6 Mrd. gingen noch an die Dresdner Bank, 1,2 Mrd. € jedoch an Lone Star. (*Schalast* BKR 2006, 193).

<sup>72</sup> Real Estate Investment Trust durch Gesetz zur Schaffung deutscher Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen beschlossen v. 23. März 2007 . Ausführlich zu dieser Art Finanzpolitik Ziff. II 3. des Koalitionsvertrages (abrufbar unter <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-2.html#doc47236bodyText3>)

<sup>73</sup> OLG Ffm WM 2004, 1386.

<sup>74</sup> AaO.

<sup>75</sup> Nobbe aaO S. 1545 mit Bezug auf *Bruchner* (BKR 2004, 394 ff ; *Bruchner/Stützle* Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft, 2. Aufl. 1990) in Fn 11,22, 28, 129f, 135, 148, 149

<sup>76</sup> aaO S.1545.

<sup>77</sup> *BGH* Urt. v. 27.2.2007 XI ZR 195/05

<sup>78</sup> Nobbe. Der Verkauf von Krediten aaO S. 1 ff



und Schonung keinen Rechtsanspruch hat.“<sup>79</sup>

Diese Argumentationen beruhen auf der Annahme, dass es neben den gekündigten Krediten eine Kategorie der notleidenden Kredite gäbe. Bei notleidenden Krediten würde der Kreditnehmer Bedingungen hervorgebracht haben, die i.S. des §490 BGB eine Kündigung aus wichtigem Grund erlauben würden. Bei solchen Krediten hätte sich der Kreditnehmer falsch verhalten und könne sich daher auch i.S. des Rechtsmissbrauchsgedanken aus §242 BGB nicht auf seine Rechte aus §415 BGB berufen.<sup>80</sup> \*\*\*

Dies ist eine ungewöhnliche Konstruktion. „Rechtsmissbrauch“ oder „Verwirkung“<sup>81</sup> ist eine gefährliche Kategorie, die nur in Extremfällen genutzt werden sollte.<sup>82</sup> Sie wäre nur anwendbar, wenn der Schuldner die Voraussetzungen des §490 Abs. 1 BGB treuwidrig und absichtlich herbeigeführt und dadurch eine formale Rechtsmacht erhalten hätte, deren Ausübung ihm subjektiv vorwerfbar und der anderen Partei nicht zumutbar wäre. Der Tatbestand des §490 Abs.1 BGB enthält keine solchen Elemente. Ob der Vermögensverfall vom Kreditnehmer zu vertreten ist oder gar fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt wurde, spielt keine Rolle. Das Kündigungsrecht dient der Sicherung der Gläubigeransprüche und verweist den Vermögensverfall des Kreditnehmers in dessen Risikosphäre.<sup>83</sup> Dies ist auch praxisnah, da der Vermögensverfall im Hypothekenkredit meist auf Ursachen wie Wertverfall des Grundstücks mit der Folge einer unzureichenden Sicherung des Kredites oder aber auf Arbeitsplatzverlust, Ehescheidung oder Krankheit beruht.<sup>84</sup> Eine empirische Analyse von gescheiterten Baufinanzierungen<sup>85</sup> hat zudem ergeben, dass bestimmte Konstruktionen wie Bausparsofortfinanzierungen, Kettenkredite, Umstellung auf variable Verzinsung oder Absatzformen wie sie bei den sog. Schrottimmobilienfällen bekannt wurden, einen deutlichen Anteil an der Herstellung von notleidenden Krediten bei der Bank bestehen kann. anders lässt sich auch die extrem unterschiedliche Verteilung von NPL auf verschiedene Banken nicht erklären. In den USA hat der Federal Reserve diesen Zusammenhang deutlich herausgestellt.<sup>86</sup> Daraus abzu-

---

<sup>79</sup> aaO S.3

<sup>80</sup> *Nobbe* spricht von „fristlos kündbaren Krediten“ (S. 1545)

<sup>81</sup> Zur Unterscheidung Palandt-Heinrichs, BGB §242 Rdn 55 f; 87ff als Kategorie des *venire contra factum proprium* charakterisiert.

<sup>82</sup> Anwendungsbeispiele im Finanzdienstleistungsrecht sind z.B. BGH WM 2005, 2324 (Pfändungsbetrug durch Wahl einer zu niedrigen Steuerklasse); BGH WM 2002, 743 = NJW 2002, 1493BGHZ 143, 381, 384; 147, 99, 102 f.; BGH, Urteil vom 24. Januar 2002 - IX ZR 204/00, Urteilsumdruck S. 5 (Nutzung einer formalen Bürgschaft bei Fehlen des materiellen Bürgschaftsfalles: „wenn der Gläubiger seine formale Rechtsstellung offensichtlich mißbraucht“; zu den hohen subjektiven Voraussetzungen beim Rechtsmissbrauch vgl. Zitat: BGH WM 2000, 2334 = NJW 2001, 282 unter II. 1. b cc) (Bankgarantie auf erstes Anfordern): die meisten Fällen beziehen sich auf den Missbrauch rechtsförmlicher Verfahren und nicht auf materielles Recht Vgl. (AG Duisburg ZInsO 2002, 451 (Verbraucherkonkurs); AG Hamburg ZInsO 2001, 1121 (Insolvenzverfahren); LG Hamburg ZInsO 2002, 199 (Insolvenzverfahren); OLG Stuttgart ZBB 2001, 100 (Klage Aktiengesellschaften)

<sup>83</sup> Zur Kritik daran siehe Reifner, Geld hat man zu haben - soweit nichts anderes vereinbart, in: Krämer, L./Micklitz, H./Tonner, K. Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung - Liber amicorum Norbert Reich, Baden-Baden 1997, S. 623 ff mit Nachweisen der hM

<sup>84</sup> Zu den Gründen im einzelnen vgl. iff Überschuldungsreport 2006 (Hrsgb. Teambank Nürnberg)

<sup>85</sup> Vgl. Reifner/Keich, Risiko Baufinanzierung, 2. Aufl. 1995

<sup>86</sup> Vgl. oben (FN 3)

leiten, der Schuldner habe den Vertrag in einer Weise gebrochen, dass sogar gesetzliche Rechte entfallen, ist kaum verständlich.

Die Einführung einer Grauzone zwischen gekündigten und ungekündigten aber kündbaren Krediten im Zivilrecht begegnet auch Bedenken der Rechtssicherheit. Ein Vertragspartner muss wissen, ob er seine vertraglichen Rechte einfordern und entsprechend seine Pflichten erfüllen muss oder ob dies ausgesetzt ist. Daher ist die Kündigung als Gestaltungsrecht ausgestattet, das eine Partei ausüben muss. Dadurch entsteht Rechtssicherheit. Ein solches Recht ist auch gerichtlich überprüfbar. Demgegenüber würde eine Klage auf Feststellung, dass kein Kündigungsgrund besteht, am Rechtsschutzinteresse scheitern.

Würden nun objektiv an die Einschätzung eines Kredites als „notleidend“ zivilrechtliche Folgen geknüpft, so wäre der Verbraucher rechtlos. Fraglich ist auch, wer diese Einschätzung autoritativ machen soll. Wird sie dem Kreditgeber überlassen, dann kann er bereits vollendete Tatsachen schaffen und wird, was die Erfahrung lehrt, sie auch als Drohmittel benutzen. So könnte z.B. eine Bank den Kunden mit der Drohung des Kreditverkaufs zu Zahlungen anhalten. Da §490 Abs.1 BGB zudem sehr vage formuliert, ist es unerträglich, dass eine Partei sich nicht zu einer Auflösung bekennen muss und sogar noch weiter vom Kreditnehmer Einhaltung dessen Verpflichtungen verlangt, obwohl sie sich selber daran nicht mehr gebunden fühlen darf.

Das öffentliche Recht hat hier mit der Aufsicht und der demokratischen Kontrolle ganz andere Möglichkeiten. Im Vertragsrecht bedarf es dagegen Rechtsklarheit.

Im übrigen würde die Figur eines notleidenden Vertragsverhältnisses logisch bei allen aus wichtigem Grund kündbaren Dauerschuldverhältnis Anwendung finden müssen. Dann gäbe es auch notleidende Arbeitsverträge, die unkontrollierbare Rechtsverluste bedeuten könnten. Dasselbe würde für Mietverhältnisse, Handyverträge, die Gesellschaft oder Leasing gelten.

Der Begriff des „notleidenden Kredites“ erreicht in keiner Weise die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Rechtsklarheit und Rechtsbewahrung für die Verbraucherrechte, wie sie bei Versicherungen definiert wurden.

Immerhin kollidiert die darauf aufbauende Rechtsprechung mit Grundsätzen der Vertragsfreiheit. So sollen rechtlich gesehen Not leidende aber ungekündigte Kredite wie gekündigte Krediten behandelt werden. Der Verletzung von Vertragsverpflichtungen, zu denen der Senat auch die Geheimhaltungspflicht zählt, komme keine Bedeutung für die Rechtswirksamkeit der ebenfalls schuldrechtlichen Abtretungen zu.<sup>87</sup> Ferner seien Verbraucherkredite und Unternehmenskrediten gleich zu behandeln, um einen „unerträglichen Wertungswiderspruch“ zu vermeiden, wenn Verbraucherkredite unabtretbar, kommerzielle Kredite dagegen abtretbar wären.<sup>88</sup> Die persönliche Bindung der Treuhand

---

<sup>87</sup> so übernommen in BGH aaO Ziff. 29, was zumindest dem Gedanken des §399 BGB widerspricht.

<sup>88</sup> BGH aaO Ziff. 29. Demgegenüber hat sich derselbe Senat im Rahmen des §138 BGB darauf berufen, dass die Wertung der §§ 491 ff BGB zum Verbraucherschutz auch das allgemeine Zivilrecht bestimmen. (BGH BKR 2002, 716 unter II. 2 a aa); ebenso Nobbe/Kirchhof BKR 2001, 5, 14 mit Berufung darauf, dass wer

bei der Grundschild, bei der der Kreditnehmer der Bank mehr anvertraut, als ihr eigentlich zusteht, könne ohne weiteres mit der Abtretung aufgegeben werden, weil §401 BGB dies verlange, während für die Treuhand in der Regel §662 BGB eine deutlich andere Wertung enthält. Weiter wird §415 BGB keine verfassungsrechtliche Bedeutung beigemessen, obwohl gerade das Bundesverfassungsgericht hierzu deutliche Worte gefunden hat. Bzgl. des stattdessen gegebenen Schadensersatzanspruches meint der Senat, dass die Bank hieraus nichts „zu befürchten“ habe.<sup>89</sup>

Aber auch das Bundesverfassungsgericht selber ist auf die Problematik nicht eingegangen und scheint im Kreditverkauf eine wirtschaftliche Notwendigkeit zu sehen. Der Dreierausschuss<sup>90</sup> hat in einer ungewöhnlich schnellen Reaktion die Frage der Verfassungswidrigkeit des BGH-Urteils für einen gekündigten Kredit nicht zur Entscheidung angenommen, ohne sich mit der Gesamtproblematik der Schuldübernahme oder gar seinem eigenen Urteil aus 2005 auseinanderzusetzen. Es liege keine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung vor. §415 BGB wird nicht einmal erwähnt. Indem es entsprechend der Literatur die Frage der gekündigten abgetretenen Krediten auf das Bankgeheimnis und damit die informationelle Selbstbestimmung reduziert, kann es in der Tat zu diesem Schluss kommen, was allerdings in einem vom Amts wegen zu betreibenden Verfahren eher befremdlich anmutet.

Aber auch die wirtschaftlichen Gründe, die hierfür angeführt werden, überzeugen nicht.

Das Problem der NPL ist erst relevant geworden, nachdem die Anzahl notleidender Kredite so dramatisch angestiegen ist. Dies wiederum, so sieht es der US-amerikanische Gesetzgeber und die Federal Reserve Bank inzwischen, liegt im wesentlichen daran, dass im Subprime Sektor ein Sittenverfall bei der Kreditvergabe einsetzte.<sup>91</sup> Dieser Sittenverfall, so Bernanke, sei auch dem Umstand zuzuschreiben, dass es zu viele und leichte Möglichkeiten gegeben habe, einmal generierte Problemkredite weiterzuverkaufen und damit die Risiken auf Dritte zu übertragen. Es geht zu den Grundsätzen des Zivilrechts etwa in §823 BGB, dass es möglichst die Folgen der Risiken dort hinbringt, wo sie entstanden sind, um zugleich präventiv einzuwirken. Ein zwischengeschalteter NPL Markt, in dem durch Ringverkäufe und Spekulation Gewinne erzielt werden, entfaltet stattdessen eine Sogwirkung auf NPL Kredite. Ein großer Teil der deutschen NPL Kredite resultieren aus den an der Haustür fälschlich als Altersvorsorge verkauften finanzierten Schrottimmo-

---

wirtschaftliche Interessen verfolge auch keine unzumutbaren Risiken im Kreditgeschäft auf sich nähme. Grundlegend zur Bedeutung „geschäftlicher Erfahrung“ im Rahmen sittenwidriger Kredit schon BGH NJW 1981, 1206-1210

<sup>89</sup> „denn Schadensersatzansprüche von Kreditnehmern wegen Verletzung des Bankgeheimnisses werden mangels eines ersatzfähigen Schadens in der Regel nicht gegeben sein, eine (vorbeugende) Unterlassungsklage oder ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird kaum jemals in Betracht kommen, weil der Kreditnehmer erst nach der Verletzung des Bankgeheimnisses davon erfährt, und ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde ist ebenfalls nicht zu befürchten“ Nobbe WM 2005, 1545.

<sup>90</sup> Ur. v. 11.7.2007 1 BvR 1025/07 WM 2007, 1694.

<sup>91</sup> Dazu die Analyse des Zentralbankpräsidenten Ben S. Bernanke on the Subprime Mortgage Market <http://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/bernanke20070517a.htm>; sowie den Kommentar in [www.responsible-credit.net/index.php?id=1980&tr=Hv&viewid=40708](http://www.responsible-credit.net/index.php?id=1980&tr=Hv&viewid=40708) (FN 3)

lien, andere aus einem rücksichtslosen Kreditverhalten beim Aufbau der Neuen Bundesländer mit Staatssubventionen, wie etwa bei der Berliner Bank deutlich wurde. Weitere Kreditprobleme werden in Zukunft aus den Kettenumschuldungen sowie überhöhten Preisen für Unterschichten sowie dem Verkauf weit überteuerter Restschuldversicherungen sein, die höhere Zinsansprüche über die kick-back Provisionen an die Kreditgeber leiten. Wo die Verschuldung steigt, ohne dass dabei noch frisches Geld ausgezahlt wird, steigt auch der Anteil der NPL.

Soweit eine Bank ein berechtigtes Interesse am vollständigen Verkauf von NPL hat, sollte der Gesetzgeber analog §14 VAG tätig werden und einen entsprechenden Paragraphen im KWG verankern. Unseres Erachtens ist dies aber nicht einmal notwendig. Der Sparkassensektor hat bereits seinen kollektiven Verzicht auf Verkäufe ungekündigter NPL erklärt. Für seriöse Banken dürfte es darüber hinaus kein Problem sein, den Kunden für den Verkauf solche Konditionen zu versprechen (z.B. gesamtschuldnerische Haftung; Kündigungsschutz, Qualitätsgarantie beim Investor), so dass sie einer Übernahme individuell zustimmen werden. Sie haben ohnehin Druckmittel bei NPL, weil sie einen Trade-Off zwischen Kündigung und Übertragung machen können.

Im übrigen aber reicht das MBS Verfahren aus, wonach allein die Forderungen und damit die Risiken verkauft werden, während das Servicing beim Originator oder dem von ihm Beauftragten Institut bleibt.

#### **2.4 Genehmigter Verkauf ungekündigter Kredite**

Das Gesetz verbietet nicht den Verkauf von Darlehensverträgen sondern macht ihn nur zustimmungspflichtig. Eine solche Zustimmung können sich die Kreditgeber bereits bei Abschluss oder auch erst dann geben lassen, wenn sie beabsichtigen, die Kredite zu verkaufen. Es gibt auch für die Verbraucher gute Gründe, dem im Einzelfall zuzustimmen, wenn ihre „Belange gewahrt“ sind oder wenn, wie es das EU-Kartellrecht ausdrückt, ein fairer Anteil am Gewinn (eine Kartells) auch ihnen gegeben wird.

Allerdings wird man verlangen müssen, dass dieses Zugeständnis in Form einer Individualvereinbarung i.S. des §305b BGB unstandardisiert eingeholt wird. Wird es als einseitig gestellte AGB-Bedingung eingeführt, so wird die Rechtsprechung gem. §307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB zu prüfen haben, inwieweit wesentliche Rechte aus der Natur des Vertrages hier verloren gehen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts macht hier auch für die Generalklauseln deutlich, dass ein massenweiser Verzicht auf wesentliche Elemente der Vertragsfreiheit nicht hinnehmbar ist. Allein eine entsprechende Kompensation, die zugleich in der Klausel mitangeboten wird, erscheint hier sinnvoll.

### **3 Gesetzentwurf der Bundesregierung**

Die Koalitionsfraktionen haben nun anlässlich des Entwurfs eines Gesetzes zur Begren-

zung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungs-gesetz)<sup>92</sup>, der das Problem noch nicht enthielt und im Aufsichtsrecht eher umgekehrt Investoren durch mehr Transparenz schützen will, „Diskussionspunkte zur Einführung erweiterter Schuldnerschutzmöglichkeiten bei Forderungsverkäufen durch Banken“<sup>93</sup> zusammengestellt. Sie enthalten einen vollständigen Gesetzentwurf, der nur Hypothekenkredite betreffen soll.

### 3.1 Inhalt der Vorschläge

a) So soll ein §16 ins KWG eingefügt werden, wonach ein Kreditinstitut auch Kredite, die nicht abtretbar i.S. des §399 BGB sind, anbieten müssen. Damit dies auch für Kaufleute wirksam werden kann wird §354a HGB entsprechend angepasst.

b) Ferner soll das BGB geändert werden. Dabei wird zunächst mit einem §492a Abs. 1 u. 2 BGB ganz allgemein festgelegt, dass der Kreditgeber den Verbraucher drei Monate vor Ende der Zinsbindungsfrist informieren müsse, ob und zu welchen Konditionen er das Darlehen gewillt sei fortzuführen. Eine Differenzierung danach, ob hierzu bereits eine vertragliche Pflicht besteht, wie sie der BGH<sup>94</sup> vornimmt, und wenn ja, wie sich das Gesetz hierzu verhält, enthält der Entwurf nicht.

c) Für Kreditverkäufe wesentlich ist eine neue Bestimmung in §492a Abs.3, dass die Pflichten zur Transparenz auch den Investor treffen, der sich die Kredite hat abtreten lassen.

d) Die Einschränkung der Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung von Teilzahlungskrediten (mindestens zwei Monatsraten Rückstand etc) in §498 Abs. 3 wird in einem neuen Abs. 4 auf Hypothekenkredite ausgedehnt.

d) Ferner soll ein fristloses Sonderkündigungsrecht als neuer §490 Abs. 3 mit einer Ausübungsfrist von drei Monaten einmal bei bloßer Abtretung (Alternativvorschlag) im Hauptvorschlag aber nur dann geltend gemacht werden, wenn ein „Wechsel in der Person des Darlehensgebers“ erfolgte, also ein echter Darlehensverkauf mit Rechten und Pflichten vorlag. Das Sonderkündigungsrecht soll frei von einer Vorfälligkeitsentschädigung ausgeübt werden können.

e) Auf das Sonderkündigungsrecht ist ferner gem. eines neu eingefügten §496 Abs.1a BGB sowie auf „die Kontaktdaten des neuen Gläubigers gem. §1 Abs.1 Nr. 1 bis 3 BGB-Info-VO“ hinzuweisen. Diese Hinweispflicht soll ausdrücklich bei Darlehensverkäufen und bei Forderungsverkäufen gelten. Zusätzlich wird erwogen, auf diese Informationspflicht bei MBS Abtretungen zu verzichten, wenn das Servicing beim Originator bleibt.

f) Schließlich soll in §795 ZPO bzgl. der Grundschild das Treuhandverhältnis durch Verweis auf §794 Abs.1 Nr. 5 ZPO ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch

---

<sup>92</sup> BT-Druck 16/7438

<sup>93</sup> Anhang zum Schreiben des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zur öffentlichen Anhörung zum Risikobegrenzungs-gesetz am

<sup>94</sup> BGH WM 1997, 2353; 1995, 103

gegen den zu Unrecht vollstreckenden Investor gewährt werden.

## **3.2 Einschätzung**

### **3.2.1 Anwendungsbereich**

#### **3.2.1.1 Zustimmungsfreie Darlehensverkäufe – Implizite gesetzliche Ermächtigung?**

Der Gesetzesentwurf behauptet in seiner Überschrift, er nehme zu „Verkäufen von Kreditforderungen“ Stellung. Tatsächlich betreffen seine wesentlichen Vorschläge aber „Verkäufe von Darlehensverträgen“ mit Gläubigerwechsel. Da hier die in der Begründung genannten Probleme beim Gläubigerwechsel gegen den Willen der Verbraucher bestehen, scheint der Gesetzgeber damit auch solche Fälle regulieren zu wollen.

Dies lässt zwei Interpretationen zu. Zunächst könnte sie es so aus, als ob der Gesetzgeber davon ausgeht, dass §415 BGB und seine Absicherung in Art. 2, 14 GG nicht existieren oder durch dieses Gesetz außer Kraft gesetzt werden. Eine solche Intention würde verfassungswidrig sein, da Art. 14 GG eine gezielte gesetzgeberische Einschränkung verlangt, die sogar den Grundgesetzartikel zu nennen hätte. Der Gesetzgeber scheint aber sogar die Meinung des Senatspräsidenten beim BGH zu teilen, dass unter bestimmten Umständen Verbraucher das Recht aus §415 BGB verwirkt haben. Aber auch in diesem Fall müsste er es verfassungskonform explizit regeln.

Eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschläge würde dagegen ergeben, dass der Gesetzesentwurf sich zur Zulässigkeit nicht äußert und daher die Bestimmungen nur dann Anwendung finden können, wenn auf Grund anderweitiger Regelungen entweder durch Zustimmung des Verbrauchers oder aber auf der Grundlage des Umwandlungsgesetzes eine zustimmungsfreie Übertragung möglich ist. Bei dieser Interpretation hätte der Gesetzesentwurf praktisch keine Bedeutung für die aktuellen Probleme.

Das Informationsrecht des E-§496 Abs.1 a BGB lässt allerdings kaum noch eine solche Interpretation zu. Es unterstellt definitiv, dass zur Wirksamkeit einer Vertragsübertragung nicht die Zustimmung sondern nur die Information des Kreditnehmers über die Kontaktdaten notwendig ist. Insoweit stellt dieses Recht zur Information eine dramatische Verschlechterung des Verbraucherschutzes des §415 BGB dar.

#### **3.2.1.2 Vermischung von NPL, MBS und Inkassoession**

Der Vorschlag vermischt mehrfach die Praxis der Refinanzierung über Mortgage Backed Securities mit der dafür notwendigen Abtretung von Forderungen mit der Übertragung von Non-Performing-Loans sowie der Inkassoession. Da die Probleme nur bei NPL bestehen, kann der Gesetzgeber mit einer solchen ungezielten breit streuenden Maßnahme letztlich nur mehr Unheil stiften als Probleme lösen.

Nur an zwei Stellen erkennt der Vorschlag das Problem. So wird in einem Klammerzusatz erwogen, MBS von der Informationspflicht auszunehmen, wenn das Servicing beim Origi-

nator bleibt. Dadurch wird allerdings wiederum implizit behauptet, das MBS könne rechtlich auch eine Übertragung der Forderung + Servicing, also doch einen Verkauf der Darlehensverträge, ermöglichen. Dies ist in der Praxis bisher absolut unüblich und wie ausgeführt rechtlich unzulässig. Es gibt keine Probleme aktuell im MBS Markt und auch im Zukunft lässt sich so etwas angesichts der amerikanischen Erfahrung kaum vermuten. Hier fahrlässig mitzuregeln würde den MBS Markt beeinträchtigen. Da zudem mit der Formulierung „Forderung des Darlehensgebers aus einem Darlehensvertrag“ auch gekündigte Forderungen einbezogen werden, würde implizit auch die Inkassoession mit betroffen. Auch dies ist unsinnig, weil diese Zessionen seit langem existieren und mit den aktuellen Problemen nichts zu tun haben.

Erstaunlich ist beim Sonderkündigungsrecht (dazu sogleich), dass hier umgekehrt nur die Darlehensverkäufe geregelt werden sollen und lediglich in Erwägung gezogen wird, auch die Forderungsverkäufe einzubeziehen.

### **3.2.2 Sonderkündigungsrecht (E-§490 Abs. 3 BGB)**

#### **3.2.2.1 Nutzen des Sonderkündigungsrechts**

Das Recht auf Sonderkündigung für Forderungsverkäufe einzuführen (2. Alternative) würde den MBS Markt praktisch austrocknen. Es würde dazu führen, dass in Zukunft praktisch keine Refinanzierungen mehr möglich sein werden. Jeder Verbraucher wäre nämlich gut beraten, wenn er immer dieses Sonderkündigungsrecht in Anspruch nehmen würde, weil er dadurch die Vorfälligkeitsentschädigung einspart und bessere zwischenzeitliche Marktkonditionen trotz vereinbarter langer Laufzeit in Anspruch nehmen könnte. Dabei hätte er dies Recht auch ohne Einbußen bei seinen sonstigen Rechten, weil ihm der Originator ja in der Pflicht bleibt. Mitnahmeeffekte (moral hazard) würden die Vorteile an die Falschen geben und zu einer ungerechten Behandlung der Kreditnehmer führen, die weiterhin die in Deutschland extrem überhöhten Vorfälligkeitsentschädigungen zahlen müssten.

Für Inkassoessionen, die aus bereits gekündigten Krediten stammen, ist ein Sonderkündigungsrecht logischerweise unsinnig.

Im Bereich der eigentlich interessanten NPL würden aber Steine statt Brot gegeben. Verbraucher, deren Kreditverhältnisse als notleidend eingestuft werden, haben Schufa-Einträge und eine geringere Kreditwürdigkeit. Ihre Grundstücke sind meist entwertet und als Sicherheit für den ausstehenden Betrag unzureichend. Sie sind daher im wesentlichen darauf angewiesen, dass der ursprüngliche Kreditgeber (Originator), der an ihnen in guten Zeit verdient hat, ihnen auch in schlechten Zeiten die Treue hält. Entsprechend hat die Rechtsprechung auch Treuepflichten konstatiert. Für diese Personen, die erhebliche Schwierigkeiten haben, auf dem Markt einen anderen Kreditgeber zu finden, muss das Angebot eines Sonderkündigungsrechts zynisch wirken.

Tatsächlich würde es ja nur dem Originator oder dem Investor dienen. Der Investor zahlt ja nur einen risikobereinigten Preis der ausstehenden Forderung, der bei 30% des Wertes

liegen kann. Findet der Kreditnehmer dagegen ausnahmsweise einen Refinanzierer, so müsste er 100% der Forderung bezahlen. Der ursprüngliche Kreditgeber könnte sich also freuen.

### **3.2.2.2 Effektivität der Information (E-§496 Abs.1a BGB)**

Bzgl. des Informationsrechtes dürfte eine solche Information die Kreditnehmer in der Regel nur verunsichern, ohne dass sie damit etwas anfangen können. Vor allem im MBS Markt wäre sie schädlich. Im Inkassomarkt sieht das Gesetz diese Information ohnehin vor, indem sie die Abtretung im Verhältnis zum Schuldner quasi so lange ohne Wirkung sein lässt, wie dieser gem. §407 Abs. 1 BGB sie „nicht kennt“. Hier reicht nicht eine AGB-mässige Mitteilung sondern der Inkassozessionar muss sich um die Kenntnis effektiv bemühen. Alle Risiken der Informationsübermittlung liegen bei ihm. Das BGB ist also hier erblich besser als der Entwurf.

### **3.2.2.3 Alternative: Vorkaufsrecht entspr. §577 BGB**

Demgegenüber würde es Sinn machen, ähnlich dem Mieter einer Eigentumswohnung in §577 BGB dem Kreditnehmer ein Vorkaufsrecht an seiner Forderung einzuräumen. In diesem Fall hätte der Originator dem Kreditnehmer den Preis zu nennen, den der Investor mit ihm abgemacht hat und hätte dann Zeit zu diesem Preis seine eigene Forderung zurückzukaufen. Hierfür wird er auch in der Regel Kreditgeber finden, weil die reduzierte Forderung sich leichter refinanzieren lässt.

Ein solches Recht wird auch von Banken ihren notleidenden Kreditnehmern nicht freiwillig eingeräumt, obwohl sie ja den gleichen Betrag wie vom Investor gekommen würden. Tatsächlich wird der Investor nach Festlegung und Evaluation des Portfolios aber Druck auf den Originator ausüben, keine Forderungen mehr herauszulösen. Allein wenn dies ein gesetzliches Recht ist wie in §577 BGB, kann sich der Markt darauf einstellen.

In der Praxis waren mittelständische Unternehmer empört, dass ihre Bank, obwohl sie den Kaufpreis des Originators aufbringen konnten, ihnen den Rückkauf ihrer Forderung zu diesem Preis verweigerte und sie statt dessen an einen „Geierfonds“ auslieferte, der nunmehr mit allen Mitteln 100% der Forderung plus Zinsen eintrieb. Entsprechende Verweigerung des Eigenerwerbs gegenüber Dritte Welt Ländern haben in der Presse zu erheblichem Aufsehen geführt, wenn NPL Investoren von diesen Ländern das Mehrfache von dem erlösten, was sie selber für die Forderungen bezahlt hatten.

### **3.2.3 Kündigungs- und Beendigungsschutz**

Vorschriften, mit denen ein gewisser Schutz bei und vor der Beendigung von Hypothekenkrediten eingeräumt wird, sind längst überfällig. Es ist anachronistisch, dass Kreditnehmer mit Ratenkrediten über 1000 € Kündigungsschutz erhalten, derjenigen, der sein Haus finanziert hat oder sich als Selbständiger für sein Unternehmen verschuldet hat, nicht einmal das Minimum eines Zuwartens und Eingehens durch die Bank rechtlich erwarten darf.



Bisher ist zwar auf Grund des Hausbankprinzips das Problem im Hypothekenkredit nicht so gravierend geworden. Banken kündigen gerade im Hypothekenkredit nur selten voreilig und ohne eingehende Prüfung von Alternativen. Immerhin ist die Abwicklung in Deutschland so bürokratisch geregelt, dass auch die Bank erhebliche Verluste und Aufwände einkalkulieren muss. Anders sieht es jedoch im Mittelstandskredit aus. Hier haben wir in einer ausführlichen Forschungsstudie das Problem verfrühter Kündigungen ohne Anpassungsversuche als einen wichtigen Grund vorzeitigen Scheitern von Mittelständlern analysieren können.<sup>95</sup> Eine gesetzliche Grundlage für die bisher allein aus Treu und Glauben abgeleitete Rechtsprechung ist notwendig.

### **3.2.3.1 Mindestvoraussetzungen der Kündigung (E-§498 BGB, besser in §490 BGB)**

Die Erstreckung des §498 Abs.3 BGB auf Hypothekarkredite ist zu begrüßen. Bisher ist nicht ersichtlich, wo diese jetzt gestrichene Regelung hinkommen soll. Sie in §498 Abs.4 BGB einzufügen ist nicht sinnvoll. Es ist nicht einsichtig, warum nicht auch mittelständische Unternehmen solche Rechte erhalten sollen. Statt in §498 BGB sollte die entsprechende Einschränkung auf alle ratenweise rückzahlbaren Kredite, so wie das Sonderkündigungsrecht es jetzt vorsieht, in §490 BGB geregelt werden, weil es auch hier nicht um Verbraucherschutz sondern generell um Schuldnerschutz geht. Dabei sollte das Gesprächsangebot in §498 Abs. 1 S. 2 BGB miteinbezogen werden

### **3.2.3.2 Information bei Ende der Zinsbindungsfrist (E-§492a Abs. 1 u. 2 BGB) – Verlängerungsverpflichtung nicht aushebeln.**

Die vorliegende Regelung stellt in ihrer impliziten Bedeutung ebenso wie bei den Rechten bei Darlehensverkäufen eine wesentliche Verschlechterung des geltenden Vertragsrechts für Verbraucher dar. Sie geht implizit davon aus, dass der Kreditgeber keine Verpflichtung hat, nach Auslaufen der Zinsbindungsfrist einen angemessenen Zinssatz für eine weitere Kapitalnutzung anbieten muss.

Ein Informationsrecht hat auch hier nur eine eher zynische Bedeutung, wenn gerade einem Kreditnehmer, der in Schwierigkeiten ist, mitgeteilt wird, für ihn sei bei dieser Bank keine weitere Kapitalnutzung vorgesehen. Er müsse, wenn er wie üblich keine Alternativfinanzierung finde, mit Zwangsvollstreckung und Beitreibung rechnen. Tatsächlich informieren die Kreditgeber ja die Kreditnehmer durchaus häufig mit der Intention, weit schlechtere als marktübliche Zinssätze in der Anschlussfinanzierung durchzusetzen, weil sie wissen, wie schwierig und aufwendig eine Umschuldung ist.<sup>96</sup>

Zunächst müsste der Entwurf zur Kenntnis nehmen, dass nach geltendem Recht es eine

---

<sup>95</sup> Reifner, Groessel, Krüger, Kleinunternehmen und Banken in der Krise, 2003, S. 204 ff

<sup>96</sup> Der Verfasser erhielt ein Verlängerungsangebot 3 Wochen vor Auslauf mit einem fast doppelt so hohen wie auf dem Markt üblichen Zinssatz. Als die Festschreibung auf 10 Jahre von ihm abgelehnt wurde, wurden die Zinssätze noch einmal erhöht. Das Umschuldungsverfahren dauerte mehrere Monate. Es konnte nur dadurch marktgerecht durchgeführt werden, dass der Verfasser die Fälligkeit in Kauf nahm und auf der Berechnung von Verzugszinsen bestand.

Vielzahl von Fällen gibt, indem der Kreditnehmer ein Recht auf einen neuen angemessenen Zinssatz hat, dessen Festlegung nach §315 BGB gerichtlich sogar überprüfbar ist.

- ▶ So wird oft neben einer Zinsbindungsfrist auch eine (längere) Laufzeit vereinbart, weil der Kunde hier zu Recht Sicherheit wünscht. In diesen Fällen endet der Vertrag nicht mit der Zinsbindungsfrist sondern erst mit Ende der Laufzeit. §315 BGB findet Anwendung.
- ▶ Eine Laufzeit kann auch konkludent individuell vereinbart sein, wenn etwa die Bank wie häufig der Fall dem Kunden einen Tilgungsplan ausgedruckt hat, der bis zur vollständigen Kredittilgung reicht. Hier gibt sie konkludent oder explizit<sup>97</sup> zu erkennen, dass sie bis dahin der zuständige Kreditgeber sein will.
- ▶ Die Rechtsprechung hat bei Kombi-Krediten, wo eine zur endfälligen Tilgung abgeschlossene Kapitallebensversicherung bzw. eine Bausparkkonstruktion verbunden war, die Pflicht der Bank konstatiert, den in der Zwangslage einer ungekündigten Anlage stehenden Kreditnehmer auch weiter Kredit zu angemessenen Konditionen zu gewähren, weil der Kreditnehmer nach der ganzen Konstruktion an das Anlageprodukt und dessen Laufzeit gebunden ist.<sup>98</sup>

Bei Hypothekenfinanzierungen, mit denen Menschen sich auf Jahrzehnte hinaus verschulden, wird man generell gem. §§133, 157 BGB von dem Willen der Parteien ausgehen, den Vertrag auch über die Zinsbindungsfrist hinaus aufrechtzuerhalten.

Insoweit ist der Entwurf irreführend, wenn er meint, die Bank könne von sich aus entscheiden, ob sie einen solchen Vertrag fortsetzt. Es liegt nicht in der Kompetenz des Gesetzgebers eine solche autoritative Festlegung zulasten der Verbraucher im zwingenden Gesetzesrecht durchzuführen.

Der Vorschlag ist aber insoweit zu begrüßen, als er für das Angebot der Bank festlegt, dass es drei Monate vor Beendigung zu erfolgen hat. Dies ist sinnvoll, weil der Verbraucher und Unternehmer Zeit braucht, um alternative Angebote auf dem Markt einzuholen.

Dabei sollte aber in der Formulierung eine wesentlich effektivere Sanktion festgelegt werden, wenn man festschreibt, dass *„das Vertragsverhältnis erst drei Monate, nachdem der Kreditgeber seine Pflicht zur Unterbreitung eines neuen Konditionenangebotes erfüllt hat, endet“*. Bei einer solchen Formulierung würde sich der Gesetzgeber nicht in die Vertragsinterpretation einmischen sondern die Pflichtenfeststellung den Gerichten überlassen. Gleichzeitig wäre eine effektive Bedenkzeit für die Suche nach einem neuen Angebot gewährleistet.

---

<sup>97</sup> "Nach Ablauf der Zinsbindungsfrist und Zinsneufestsetzung werden wir Sie dann über die aktuelle Ratenhöhe verständigen." (Aus der Kreditvertrag eines Kombikredite nach BGH WM 2003, 1416 = ZBB 2003, 301 = NJW 2003, 2674; zur üblichen Praxis einer von vornherein angebotenen Verlängerung vgl. die Tatbestände in BGH WM 2007, S. 731-734; NJW 2007, 3127-3130. WM 2007, 114; ZIP 2006, 1238 = BB 2006, 1409 = WM 2006, 1243; BKR 2006, 405 ff.; BKR 2005, 501; BKR 4/2005, 153; Urt v. 18.01.2005, AZ XI ZR 17/04, [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de); BGH WM 2003, 1416 = ZBB 2003, 301 = NJW 2003, 2674; WM 1991, 9 = EWIR 1991, 129 = NJW 1991, 694 = NJW-RR 1991, 435

<sup>98</sup> Implizit in BGH BKR 4/2005, 153 (unter II. 3); ferner die Urteile oben FN 97

### **3.2.4 Vollstreckungsschutz gegen Grundschulderwerber (E-§795 ZPO)**

Auch hier geht der Entwurf wohl davon aus, dass der Erwerber die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung und die volle Grundschuld erhält und der Originator seine Pflichten entledigt wurde und daher für das Fehlverhalten des Erwerbers nicht mehr haftet. Dies ist wie gezeigt nach geltendem Recht unzutreffend, so dass auch hier die Position des Verbrauchers entscheidend verschlechtert wird.

Der Verbraucher muss weiterhin einen Schadensersatzanspruch gegen den Originator behalten, weil nur der Originator es vertraglich in der Hand hat, den Investor zu binden, der weitere Investoren wieder binden wird. Nur der Originator hat Kontakt zum Investor und ist stark genug, Rückgriff bei ihm zu nehmen. Er wird durch diese aktuelle Rechtslage zum natürlichen Verbündeten des Verbrauchers.

Die hier vorgeschlagene Regelung wird praktisch keine Bedeutung haben. Zunächst steht dem Kreditnehmer die Vollstreckungsgegenklage gem. §771 ZPO zu. Auch dieses viel bessere Recht wird heute nicht in Anspruch genommen. Wer Inhaber der Grundschuld ist, kann der Verbraucher nicht wissen. Er ist diesem Investor auch nicht gewachsen, der in keiner Weise auf sein Image am Hypothekenmarkt Rücksicht nehmen muss. Entsprechend rabiab gingen auch die Investoren gegen die Schuldner bisher vor.

Neben der präventiven Vollstreckungsgegenklage gegen den Investor hilft daher nur ein Anspruch gegen den Originator. Wiederum ist §415 BGB die einschlägige Verbraucherschutznorm und es wäre fatal, wenn im Namen des Verbraucherschutzes auch hier etablierte Rechte der Kreditnehmer abgebaut würden.

### **3.2.5 Pflicht zum Angebot nicht abtretbarer Kredite (E-§16 KWG)**

Eine solche Pflicht zum Angebot nicht abtretbarer Kredite ist in einer Marktwirtschaft wesensfremd. Was angeboten wird sollte der Markt entscheiden, der auf eine entsprechende Nachfrage reagieren wird. Da die sonstigen Konditionen ohnehin nicht mit festgelegt sind steht es im übrigen den Anbietern frei, das Angebot so unattraktiv zu machen, dass es nicht in Anspruch genommen wird. Da es zudem nur eine öffentlich-rechtliche Pflicht ist, wird sie ohnehin nicht effektiv sein. Beim Angebot eines Mindestgirokontos, wo eine solche gesetzliche Angebotspflicht wirklich Sinn gemacht hätte, hat das Parlament sich versagt und auf eine Selbstverpflichtung vertraut. Hier wäre dies tatsächlich angemessen.

Im übrigen sprechen auch Aspekte der Bankensicherheit dagegen. Nicht-abtretbare Forderungen können schlecht saniert werden. Auch insoweit handelt es sich um einen Systemfehler.

Letztlich wird von dem eigentlichen Problem abgelenkt, nämlich dass verbraucherschädigende Gestaltungen und Praktiken nicht vom Recht eingegrenzt werden sondern statt dessen suggeriert wird, der Verbraucher brauche nur ein gutes Produkt wählen, dann wären die Probleme gelöst. Wo aber der Markt nicht funktioniert können Angebotsverpflichtungen des Staates ihn auch nicht ersetzen.

## 4 Fazit

1. Die aktuelle Problematik des Missbrauchs von Grundschulden, des Verkaufs von Kreditbeziehungen an inkompetente und nur an schneller rücksichtsloser Realisierung der Forderungswerte interessierten Investoren („Geierfonds“) ist ein Problem der notleidenden ungekündigten Kredite. Rechtsprechung und Gesetzgebung sollte diese Fälle deutlich von den Fällen der Mortgage Backed Securities zur Refinanzierung ungekündigter Kredite durch reine Forderungsabtretungen (ähnlich wie dem Factoring) ebenso unterscheiden wie von der Inkassoession bei gekündigten Krediten. Beide System der Forderungsession funktionieren gut und brauchen keine Möglichkeiten zum Darlehensverkauf gegen den Willen des Schuldners.
2. Forderungsverkäufe auch gegen den Willen der Kreditnehmer sind zulässig und erfüllbar. Datenschutz und Bankgeheimnis stehen nicht entgegen. Allerdings gehen Sicherungsrecht nur insoweit über, wie sie nicht mit höchstpersönlichen Rechten der Darlehensnehmer etwa auf treuhänderische Verhinderung des Missbrauch überschießender Rechtsmacht bei der Grundschuld versehen sind. Insoweit hat der Kreditnehmer bei Missbrauch der Grundschuld durch den Investor einen Schadensersatzanspruch gem. §§280, 278 BGB gegen den Originator. Ob das abstrakte Schuldanerkenntnis übergehen kann ist fraglich. Dagegen kann die Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung vom Originator zurückverlangt werden, da sie schuldrechtlich nur ihm ausgestellt wurde. Der Originator kann sie nicht mitverkaufen. Im Gegensatz zu den vertraglichen Bestimmungen zur Forderung (Befristung, Konditionen, ordentliche Kündigung) kann das Recht zur außerordentlichen Kündigung nicht ohne Zustimmung auf den Investor mit übertragen werden, weil es höchstpersönliche Wissens- und Verhaltenselemente aus dem ursprünglichen Kreditverhältnis transportiert.
3. Kreditverkäufe mit Wechsel des Darlehensgebers gegen den Willen des Darlehensnehmers sind nach geltendem Recht nur in besonderen Ausnahmefällen (Umwandlungsgesetz) zulässig. Weder Gesetzgeber noch Rechtsprechung können kompensationslos in dieses in §415 BGB ausgedrückte und durch Art. 2, 14 GG verfassungsrechtlich geschützte Recht eingreifen. Sie sind auch bei NPL Übertragungen nicht notwendig, weil der Investor insoweit auch im Auftrag des Originators handeln kann, wenn dieser das Servicing nicht mehr selber durchführen will. Wesentlich ist, dass er rechtlich zuständig bleibt.
4. Nach geltendem Recht gibt es somit eine vernünftige Lösung, die durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu §14 VAG und dessen Neufassung abgesichert sein könnte. Danach muss im NPL Markt die Zustimmung der Verbraucher in Form einer Individualvereinbarung gesucht werden. Dadurch wird verhindert, dass die Anzahl der NPL weiter steigt und gewissenlos schlechte Kredite produziert werden, weil sie lukrativ weiterverkauft werden können. Soweit der Gesetzgeber dies erleichtern will, sollte er allenfalls §14 VAG als Muster nehmen.
5. Die vorliegenden Entwürfe der Regierungskoalition gehen weitgehend am Problem vorbei, werfen die verschiedenen Formen durcheinander und schaffen dadurch, dass sie

implizit von einer unzutreffenden Rechtslage zulasten der Verbraucher ausgehen, wesentliche Elemente des originären Schutzes der Vertragsfreiheit der Verbraucher im BGB (§§415, 399 BGB) ab. Das Sonderkündigungsrecht hilft im NPL Bereich nicht, ist bei der Inkassozeession unsinnig und schaden dem MBS Markt. Der Schutz vor vertragswidriger Nutzung der Grundschuld durch einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Investor ist unsinnig. Das geltende Recht ist weit besser und wird allenfalls hierdurch infrage gestellt. Ein Verpflichtung nicht abtretbare Kredite und damit bestimmte Produkte anzubieten ist systemwidrig und im Sinne der Bankensicherheit auch nicht wünschenswert.

6. Zu begrüßen ist dagegen die Verallgemeinerung des §498 Abs.3 BGB für alle Kredite. Sie sollte in §490 BGB als generelles Prinzip ihren Niederschlag finden. Es ist falsch angesichts der Vielzahl von Verpflichtungen der Kreditgeber, nach Zinsbindungsablauf neue angemessene Konditionen gem. §315 BGB anzubieten, eine Informationspflicht einzuführen, die wörtlich auch enthalten kann, dass solche Rechte nicht bestehen. Ob diese Rechte bestehen ergibt sich nicht durch Willensäußerung der Kreditgeber sondern aus dem Vertrag. Die Praxis ist hier erheblich verbraucherfreundlicher als wie der Gesetzentwurf annimmt. Dagegen ist es sinnvoll, die dem Verbraucher effektiv drei Monate Zeit zu lassen, um eine Alternative zum Zinsangebot der Bank zu suchen. Dies gelingt aber nur, wenn der Vertrag erst drei Monate nach Unterrichtung beendet werden kann.

7. Die Frage der Darlehensverkäufe muss dringend beim Bundesverfassungsgericht anhängig gemacht werden. Nur dann kann auch die juristische Diskussion einschließlich der Beiträge, die hierzu sehr festlegend und voreilig von Seiten der Richterschaft in der Literatur und Politik erbracht werden, sich auf die wesentlichen Fragen konzentrieren und ihre Rolle zur Problemlösung statt zur Problemakzeptanz einnehmen.