

ZENTRALER KREDITAUSSCHUSS

MITGLIEDER: BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN VOLKSBANKEN UND RAIFFEISENBANKEN E.V. BERLIN · BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN E. V. BERLIN
BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER BANKEN DEUTSCHLANDS E. V. BERLIN · DEUTSCHER SPARKASSEN- UND GIROVERBAND E. V. BERLIN-BONN ·
VERBAND DEUTSCHER PFANDBRIEFBANKEN E.V. BERLIN

Stellungnahme des

Zentralen Kreditausschusses

zu den im Rahmen des Risikobegrenzungsgesetzes für die Anhörung des
Finanzausschusses des Deutschen Bundestages am 23. Januar 2008 vorgelegten
Regelungsvorschlägen zum "Verkauf von Kreditforderungen"

18. Januar 2008

I. Allgemeines

Die rechtliche Möglichkeit zu bestimmten Übertragungen von Kreditforderungen ist als Instrument zur Diversifizierung von Risiken und zur Kapitalallokation sowohl für die deutsche Kreditwirtschaft als auch den Wirtschaftsstandort Deutschland insgesamt von grundsätzlicher Bedeutung. Dabei steht der Finanzplatz Deutschland im Zuge der fortschreitenden Integration nationaler Märkte – nicht nur im Rahmen des europäischen Binnenmarktes – in zunehmendem Wettbewerb mit anderen europäischen und außereuropäischen Finanzplätzen und den dort für die Übertragung von Kreditforderungen geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen.

In letzter Zeit ist sowohl bei privaten Kreditnehmern – hier vorwiegend im Hinblick auf Darlehen zur Finanzierung von Eigenheimen – als auch bei gewerblichen Darlehensnehmern – dort aus Sorge vor einer Abgabe von Krediten durch Hausbanken an unerwünschte Investoren – eine Verunsicherung über den rechtlichen Rahmen und die praktischen Auswirkungen von Kreditveräußerungen entstanden. Diese Verunsicherung ist durch eine teilweise verkürzende, manchmal auch sachlich unzutreffende Darstellung rechtlich komplexer Einzelfälle in der Öffentlichkeit verstärkt worden.

Die deutsche Kreditwirtschaft hat ein großes Interesse daran, diese Verunsicherung zu beseitigen und nimmt Sorgen, die von ihren Kunden und im politischen Raum im Zusammenhang mit der Veräußerung von Krediten geäußert werden, sehr ernst. Sie steht einer Diskussion über eine intensivere gesetzliche Regulierung dieses Bereichs des Bankgeschäfts, der derzeit durch umfangreiche vertragliche Vereinbarungen zwischen Kunden und Kreditinstituten geprägt ist, deshalb aufgeschlossen gegenüber. Geboten ist allerdings eine sachliche und objektive Diskussion über den tatsächlichen Handlungsbedarf. Es besteht ein selbstverständliches Interesse der Kunden an günstigen Krediten mit verlässlichen Kreditbedingungen, die den unterschiedlichen Finanzierungsbedürfnissen entsprechen. Kein unauflöslicher Widerspruch sondern Grundlage hierfür ist das allgemeine Interesse, den Kreditinstituten das Instrument der Veräußerung von Krediten und damit ein Maß an geschäftspolitischer Flexibilität zu erhalten, das nach den modernen Anforderungen an ein risikoorientiertes Kreditmanagement auch aufsichtsrechtlich gefordert ist. Dies gilt umso mehr, wenn bestimmte Regelungen sich nicht nur auf dem deutschen Markt, sondern auch auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Kreditwirtschaft auswirken würden.

Der Gesetzgeber hat in den vergangenen Jahren einen wesentlichen Beitrag zur Förderung des deutschen Verbriefungs- und Pfandbriefmarkts geleistet, um den Finanzplatz Deutschland weiter zu stärken. In diesem Zusammenhang sei nur auf die neuen Regelungen über das

Refinanzierungsregister (§§ 22 a ff. KWG) hingewiesen. Zu Recht wurde in den Beratungen zu diesem Gesetz dargelegt, dass günstige Rahmenbedingungen für die Refinanzierung der Kreditinstitute entscheidende Bedeutung für die allgemeine Kreditversorgung der Wirtschaft haben¹. Diese gesetzgeberischen Maßnahmen sollten jetzt nicht konterkariert werden. Erforderlich – und nach Überzeugung der deutschen Kreditwirtschaft auch möglich – ist vielmehr ein angemessener Ausgleich der beteiligten Interessen.

Die vom Bundesministerium der Finanzen und vom Bundesministerium der Justiz unterbreiteten Regelungsvorschläge weisen in Teilen in die richtige Richtung. Einzelne Überlegungen wären im Falle ihrer Realisierung hingegen nachteilig und würden zu negativen Auswirkungen nicht nur für die Kreditwirtschaft, sondern für die deutsche Wirtschaft insgesamt und die Kreditversorgung im Besonderen führen.

II. Wirtschaftliche Bedeutung

Die Veräußerung von Krediten ist inzwischen ein international übliches Mittel der Risikosteuerung in Kreditinstituten. Deutsche Kreditinstitute bewegen sich in diesem Markt dementsprechend in einem durch starke internationale Konkurrenz und internationale Usancen sowie den Zwang zur Risikodiversifizierung geprägten Markt- und Wettbewerbsumfeld. Anhaltspunkte für die gesamt- und volkswirtschaftliche Bedeutung der Übertragung von Kreditrisiken ergeben sich aus den von Branchenkreisen veröffentlichten Zahlen, wonach sich alleine das in Deutschland in den Jahren 2002 bis 2007 bekannt gewordene Volumen der Kreditportfoliotransaktionen auf rund 40 Mrd. € beläuft². In Bezug auf die kreditwirtschaftliche Bedeutung des Kreditportfoliohandels in den kommenden Jahren lassen sich zwar nur Schätzungen vornehmen. Betrachtet man die Studien, die die diesbezüglichen Entwicklungen prognostizieren verdeutlicht dies, dass die Möglichkeit zur Übertragung von Kreditforderungen für die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Kreditwirtschaft auch in Zukunft ein unverzichtbares Instrument sein wird³.

Mit der Veräußerung eines Kredits trennt sich ein Kreditinstitut von dem mit der Forderung einhergehenden Kreditausfallrisiko und überträgt dieses auf andere Marktteilnehmer, die bereit sind, dieses Risiko zu tragen. Die Übertragung von Kreditforderungen dient dabei

¹ BT-Drucks. 15/5852 vom 29. Juni 2005, S. 15 f.

² Financial Times Deutschland (FTD) vom 7.1.2008; Zur Zusammensetzung und zu den größten bekannten Einzeltransaktionen siehe Deutsche Bank Research, „Notleidende Kredite – eine etablierte Assetklasse, der Handel mit Kreditportfolios in Deutschland“, 5. April 2007.

³ Vgl. dazu u. a die Studie von Kroll/Mercer/Oliver/Wymann, „A Market for the Making – The German Bad Loan Market, 2005. Auch wenn sich daraus kein unmittelbarer Rückschluss auf die zukünftige Entwicklung ableiten lässt, weist diese Studie darauf hin, dass sich der Gesamtbestand an notleidenden Krediten (Non Performing Loans – NPL) in den Büchern der Kreditinstitute in Deutschland auf ein Volumen von 160 Mrd. € beläuft. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht beziffert das NPL-Volumen in seinem Jahresbericht 2006 (Seite 131) auf 188 Mrd. €.

- der Eigenkapitalentlastung,
- dem bankaufsichtsrechtlich geforderten Risikomanagement unter Berücksichtigung von Basel II,
- der Ausweitung von Kreditvergabekapazitäten, insbesondere auch im Bereich der Mittelstandsfinanzierung, sowie
- der Verbesserung der Refinanzierungsstruktur.

Für geratete Kreditinstitute ergibt sich darüber hinaus durch die mit dem Verkauf von problembehafteten Krediten verbundene Bereinigung des Kreditportfolios die Chance, das eigene Rating zu verbessern bzw. eine Verschlechterung eines bestehenden Ratings zu vermeiden. Da das Rating eines Kreditinstituts für viele Häuser unmittelbare Auswirkungen darauf hat, zu welchen Konditionen sie sich auf den internationalen Geld- und Kapitalmärkten selbst refinanzieren können – was wiederum maßgeblich dafür ist, zu welchen Konditionen die Kreditinstitute ihrerseits Kredite an Kunden vergeben können – ist eine Übertragung von Kreditrisiken für deutsche Kreditinstitute damit gleichzeitig ein wichtiges Instrument, um im internationalen Wettbewerb konkurrenzfähig zu bleiben.

Dass die Ausplatzierung von Kreditrisiken für den Finanzstandort Deutschland ein unverzichtbares Instrument ist, zeigt auch die Untersuchung der in 29 Staaten operierenden European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) zum Hypotheken- und Covered-Bond-Recht aus dem Jahre 2007, die ebenfalls zu dem Ergebnis kommt, dass es für das Funktionieren der Kreditwirtschaft entscheidend ist, dass Hypothekenforderungen einfach übertragen und sachgerecht verwertet werden können.⁴

Schließlich sieht auch der Expertenbericht der EU-Kommission zum Weißbuch Hypothekarkredit in der grenzüberschreitenden Übertragung von Kreditforderungen einen maßgeblichen Beitrag zur Integration der Hypothekarkreditmärkte in Europa.⁵

⁴ Vgl. dazu im Einzelnen die Studie der „European Bank for Reconstruction and Development“ (EBRD) mit dem Titel „Mortgages in transition economies – The legal framework for mortgages and mortgage securities“, London, United Kingdom, 2007, elektronisch verfügbar auf der Internetseite der EBRD (<http://www.ebrd.com/pubs/index.htm>).

⁵ Bericht der Mortgage Funding Expert Group, http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/integration_de.htm#mfeg

III. Zu den einzelnen Vorschlägen

1. Pflicht des Darlehensgebers zum Angebot nicht abtretbarer Darlehensverträge

Mit § 16 KWG-Entwurf (E) soll eine Vorschrift eingeführt werden, die Kreditinstituten zukünftig allgemein die Verpflichtung auferlegt, „auch Kredite anzubieten, deren Forderungen nicht veräußert werden dürfen“. Die Regelung zielt auf die Schaffung einer Marktsituation, in der sowohl abtretbare als auch nicht abtretbare Kredite angeboten werden. Im Markt existieren bereits heute – auch ohne das Eingreifen des Gesetzgebers – erste Angebote für abtretungsfreie Kredite⁶. Ein entsprechender Markt beginnt sich zu entwickeln und Darlehensnehmer haben die Möglichkeit nicht abtretbare Kredite zu erhalten. Ist für den Darlehensnehmer aber bereits bei Vertragsabschluss transparent, dass sein Kredit abtretbar ist, hat er ohne weiteres die Möglichkeit, sich am Markt nach alternativen Produkten umzusehen. Hierin dürfte insbesondere für gewerbliche Kreditnehmer eine geeignete Möglichkeit bestehen, eine Abtretung von Krediten an unerwünschte Investoren von vornherein und rechtssicher auszuschließen. Es bedarf daher keiner solchen ordnungspolitisch rigiden Vorgabe, die unmittelbar in die verfassungsrechtlich geschützte Produktgestaltungsfreiheit von Kreditinstituten eingreift, zumal es für eine derartige Regelung im Kreditwesengesetz bisher keine Parallelen gibt. Im Einzelnen ist zu der Regelung weiterhin noch Folgendes anzumerken:

a) Bei so genannten Asset-Backed-Securities-Transaktionen (ABS-Transaktionen) veräußert ein Kreditinstitut Teile seines Forderungsbestandes an eine eigens für eine bestimmte oder eine Mehrzahl solcher Transaktionen gegründete Gesellschaft, die sich ihrerseits durch die Emission von Wertpapieren, den Asset-Backed-Securities (ABS), refinanziert. Eine Sonderform der ABS sind die Mortgage-Backed-Securities (MBS), denen hypothekarisch gesicherte Kredite zugrunde liegen. Die Bedienung der ABS gegenüber den Investoren erfolgt aus den Zahlungsströmen, die sich aus den Zins- und Tilgungszahlungen für die an die Zweckgesellschaft veräußerten Forderungen ergeben. Das seinerzeit zuständige Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BaKred) hat in seinem Rundschreiben 4/97 vom 19. März 1997⁷ die bankaufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen dargestellt, unter denen derartige Transaktionen abgewickelt werden können. Dabei ist ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, dass Kreditforderungen in der Weise auf eine Zweckgesellschaft übertragen werden, dass die gesamte Betreuung des Kreditvertrages im

⁶ So verzichtet beispielsweise die Münchener Hypothekbank e.G. ausweislich ihrer Pressemitteilung vom 14.12.2007 auf den Verkauf privater Immobiliendarlehen, die vom Kreditnehmer ordnungsgemäß bedient werden (s. <http://www.muenchener-hyp.de/de/>); Auch die LfA Förderbank Bayern versichert, dass Kreditforderungen generell nicht verkauft werden (s. Börsenzeitung vom 5. Januar 2008)

⁷ Abgedruckt u. a. auf der Internetseite der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unter http://www.bafin.de/rundschreiben/97_1997/rs4_97.htm.

Verhältnis zwischen dem übertragenden Kreditinstitut und dem Darlehensnehmer (das so genannte „Servicing“) weiterhin bei dem Kreditinstitut verbleibt. Der in diesem Kontext zu undifferenzierte Wortlaut des § 16 KWG-E hätte zur Konsequenz, dass zu „nicht abtretbaren Forderungen“ auch solche Kreditforderungen zählen würden, die heute im Zuge der Refinanzierung von Kreditinstituten z. B. an die Deutsche Bundesbank oder an Zweckgesellschaften im Rahmen von ABS-Programmen nach Maßgabe des BaKred-Rundschreibens 4/97 übertragen werden. Irgendwelche Risiken für den Kreditnehmer ergeben sich bei diesen Transaktionen schon wegen des Charakters der Forderungsübertragung nicht. Derartige Kreditübertragungen wären gleichwohl nicht mehr wie bisher möglich, obschon dies nicht der Intention von § 16 KWG-E entsprechen dürfte. Allgemein gesprochen sollten Kredite daher veräußert werden können, wenn dies zum Zwecke der Refinanzierung und Risikodiversifizierung erfolgt und Betreuung und Abwicklung bei dem Kreditinstitut verbleiben.

b) Nicht berücksichtigt ist in der vorgeschlagenen Formulierung des Weiteren, dass im Kreditgeschäft mit Unternehmen (§ 14 BGB) eine Vielzahl von Produkten angeboten wird, bei denen die Übertragbarkeit der Forderung gerade in der Struktur des vom Unternehmen gewünschten Kreditprodukts angelegt ist. Beispielhaft zu nennen sind Konsortialkreditverträge, Schuldscheindarlehen, strukturierte Finanzierungen zur Verbesserung der Bilanz- und Bonitätsstruktur des Unternehmens sowie mezzanine Finanzierungsprodukte. Zudem sind Spezialkreditinstitute am Markt tätig, die auf derartige Geschäftssegmente spezialisiert sind, kein Geschäft mit Privatkunden betreiben und die in ihrem Geschäftsfeld dementsprechend ausschließlich auf übertragbare Darlehensprodukte ausgerichtet sind. Einem Angebot nicht abtretbarer Kreditvertragsprodukte würde keine entsprechende Nachfrage gegenüberstehen. Auch diesem spezialisierten Teilmarkt trägt die vorgeschlagene Formulierung bisher nicht Rechnung.

c) Darüber hinaus würde die Regelung in der aktuellen Fassung ihrem Wortlaut nach auch fällige Forderungen aus gekündigten Krediten erfassen und dazu führen, dass Kreditinstitute notleidende Forderungen, die nicht mehr bedient werden, nicht mehr im Wege des Verkaufes verwerten können. Die Bearbeitung solcher Kredite bindet erhebliche Ressourcen und verursacht hohe Kosten. Das auf EU-Vorgaben beruhende bankaufsichtsrechtliche Eigenkapitalentlastungs- und Risikomanagement, das den Kreditinstituten bei der Verwertung notleidender Forderungen heute zur Verfügung steht – und das nach der Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichtshofes als auch des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2007 einfachgesetzlich wie verfassungsrechtlich zulässig ist⁸ - könnte nicht mehr genutzt werden, wenn die Regelung in der vorgeschlagenen Weise

⁸ Vgl. dazu die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27. Februar 2007 (WM 2007, 643 ff.) sowie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – die sich auf die vorgenannte BGH-Entscheidung bezieht – vom 11. Juli 2007 (WM 2007, 1694 ff.)

in Kraft treten würde. Sie muss daher unbedingt so ausgestaltet werden, dass die Verwertung von notleidenden Krediten in jedem Fall möglich bleibt.

Darüber hinaus kollidiert die Regelung in der vorgeschlagenen Form auch mit spezialgesetzlichen Tatbeständen, die die Übertragung von Kreditforderungen ggf. zwingend erforderlich machen. Verwiesen sei insoweit etwa auf die Notwendigkeit, Kredite – und zwar auch nicht abtretbare Kredite – im Falle der Insolvenz einer Pfandbriefbank in die Hypothekendeckungsmasse einer anderen Pfandbriefbank zu übertragen (vgl. § 32 PfandbriefG).

d) Wohl nicht beabsichtigte und kontraproduktive Auswirkungen entfalten würde die Vorschrift darüber hinaus allerdings dann, wenn sie in das Kreditwesengesetz aufgenommen würde.

Der Unterabschnitt „Kreditgeschäft“ (§§ 13-22 KWG) erfasst sämtliche Kredite eines deutschen Kreditinstituts, unabhängig davon, ob sie von dem Kreditinstitut im Inland oder im Ausland begeben werden. Damit würde eine solche Regelung die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Kreditinstitute auf ausländischen Märkten gegenüber ausländischen Mitbewerbern beeinträchtigen. Dies wird auch nicht durch die vorgeschlagene Ergänzung des § 53 b KWG beseitigt: Hiermit sollen lediglich solche Kredittransaktionen erfasst werden, die von im Europäischen Wirtschaftsraum ansässigen ausländischen Kreditinstituten in Deutschland durchgeführt werden. Wettbewerbsnachteile entstehen deutschen Kreditinstituten hingegen, wenn deutsche Kreditinstitute auf ausländischen Märkten mit internationalen Wettbewerbern konkurrieren, die den Beschränkungen des § 16 KWG-E nicht unterliegen: Im internationalen Kreditmarkt, an dem auch die deutschen Unternehmen mit größerem Kreditbedarf teilnehmen, werden größere Kreditvolumina in der Regel durch die Arrangierung syndizierter Kredite dargestellt. Um das Arrangierungsmandat bewerben sich in diesen Fällen oft mehrere Marktteilnehmer, wobei ausländische Institute auch im deutschen Markt inzwischen über hohe Marktanteile verfügen. Das Mandat wird am Ende eines Auswahlprozesses sodann oft an mehrere Institute – deutsche sowie ausländische – erteilt. Die Mandatierung erfolgt auf Basis einer Zusammenstellung der wesentlichen Bestimmungen des nachfolgend auszuförmulierenden Kreditvertrages; diese Zusammenstellung adressiert dabei auch die Frage der Abtretbarkeit. Die mandatierten Arrangeure laden sodann eine Vielzahl deutscher und internationaler Kreditinstitute und in bestimmten Marktsegmenten, auch andere Investoren zur Teilnahme an dem Kredit ein. Auch bei Krediten für deutsche Adressen wird ein Großteil des Finanzierungsvolumens dabei inzwischen durch ausländische Kreditgeber beigesteuert.

Aus dem geplanten § 16 KWG ergeben sich für das vorgenannte Marktsegment eine Vielzahl von Problemen. So ist es bei bestimmten Transaktionen insbesondere gar nicht möglich,

Alternativangebote (mit oder ohne Abtretbarkeit) zu unterbreiten. Dies rührt daher, dass die Arrangeure ein Angebot oft nur dann unterbreiten können, wenn sie zuversichtlich sind, das Kreditvolumen im Rahmen der nachfolgenden Syndizierung im Markt überhaupt platzieren zu können. Dabei hat die Frage der Abtretbarkeit Einfluss darauf, ob die im Rahmen der Syndizierung angesprochene Adressen bereit sind, sich überhaupt zu beteiligen. Bestimmte Transaktionen – u. a. Jumbokredite im zweistelligen EUR-Milliardenbereich – sind oftmals nur platzierbar, wenn sie für die teilnehmenden Kreditgeber aufgrund der Ausgestaltung der Abtretungsbestimmungen weitgehend fungibel sind. In den Fällen, in denen eine positive Platzierungsprognose nur bei freier Abtretbarkeit möglich ist, können Arrangeure von vorne herein kein Angebot auf anderer Basis unterbreiten. Eine entsprechende Verpflichtung zu schaffen, wäre der Versuch, ein markttechnisch nicht darstellbares Verhalten zu erzwingen.

Auch außerhalb des Anwendungsbereiches des (neugefassten) § 53 b KWG würde dies deutsche Anbieter massiv benachteiligen, da nur sie über den universell anwendbaren geplanten § 16 KWG-E in die Pflicht genommen würden. Wenn deutsche Institute faktisch daran gehindert würden, sich um die vorgenannten Finanzierungsmandate zu bemühen, hätte dies auch gravierende Auswirkungen auf andere Geschäftsfelder, da die Vergabe von Mandaten in den Geschäftsbereichen M&A, Equity Capital Markets und Debt Capital Markets oftmals von der Bereitschaft der Banken, gleichzeitig auch großvolumige Finanzierungen darzustellen, abhängig gemacht wird. Innerhalb des Anwendungsbereiches des § 53 b KWG hätte diese Regelung damit nachteilige Auswirkungen auf die Kreditversorgung für deutsche Adressen bei den in Rede stehenden Transaktionen, All dies kann nicht das Ziel gesetzgeberischer Maßnahmen sein.

Mit Blick auf die aus der vorgeschlagenen Einführung des § 16 KWG-E resultierenden Folgeänderungen in § 53b KWG stellt sich darüber hinaus die Frage, ob es EU-rechtlich ohne Probleme möglich ist, ausländische Institute zum Angebot bestimmter Produkte auf dem deutschen Markt zu zwingen. Derartige rechtliche Vorgaben könnten durchaus als Markteintrittsbarriere bewertet werden und mithin in Konflikt mit der EU-rechtlich garantierten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit geraten. Zudem wird durch die Erweiterung von § 53b KWG keine Wettbewerbsgleichheit gegenüber Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten in Bezug auf die weiteren vorgesehenen gesetzgeberischen Maßnahmen erreicht, soweit diese Anbieter Verträge unter der Geltung der Rechtsordnung ihres Heimatlandes anbieten können. Die vorgeschlagene Regelung beinhaltet daher insgesamt auch die Gefahr von Ausweichreaktionen auf ausländische Märkte und Rechtsordnungen.

e) Ein Wettbewerbsnachteil würde sich im Übrigen auch daraus ergeben, dass die Regelungen der §§ 13-22 KWG – und damit auch die zukünftige Regelung des § 16 KWG-E – gemäß § 2 KWG

auf einzelne Wettbewerber in Deutschland nicht zur Anwendung kommen würde. So wären etwa auch Versicherungsunternehmen, die ebenfalls Kredite, insbesondere Immobilienkredite (z.B. sog. Policedarlehen) vertreiben, von der vorgesehenen Regelung ausgenommen. Die Ausreichung von Hypothekendarlehen durch Lebensversicherungsgesellschaften macht aber gerade im Bereich der Wohnungsbaufinanzierung einen erheblichen Anteil des Realkreditmarktes aus. Derartige Wettbewerbsverzerrungen auf dem deutschen Markt müssen in jedem Fall vermieden werden.

2. Verpflichtung des Darlehensgebers zu einem Folgeangebot oder zu einem Hinweis, dass ein Kreditvertrag nicht verlängert wird

Mit der in § 492a BGB-E vorgeschlagenen Regelung soll der Darlehensgläubiger bzw. der Abtretungsempfänger sowohl bei echten als auch bei unechten Abschnittsfinanzierungen⁹ dazu verpflichtet werden, drei Monate vor dem Ende der Festzinsbindungsfrist bzw. vor dem Ende der echten Abschnittsfinanzierung den Darlehensnehmer darüber zu unterrichten, ob und ggf. zu welchen Konditionen das Darlehensverhältnis fortgesetzt wird.

a) Es entspricht bereits heute der Praxis, dass Kreditinstitute rechtzeitig vor dem Auslaufen einer Festzinsperiode oder dem Ende eines Finanzierungsabschnitts mit dem Darlehensnehmer Kontakt aufnehmen, um mit diesem die Modalitäten der Anschlussfinanzierung abzustimmen. Auch die Rechtsprechung sowie die rechtswissenschaftliche Literatur gehen bereits heute davon aus, dass ein finanzierendes Kreditinstitut dieser Verpflichtung unterliegt¹⁰. Soweit die Notwendigkeit gesehen wird, diese Sachverhalte im Sinne einer Erhöhung der Transparenz für den Darlehensnehmer auch einer gesetzlichen Regelung zuzuführen, ist dies grundsätzlich akzeptabel.

b) In ihrer konkreten Ausgestaltung bringt die vorgeschlagene Regelung allerdings eine Problemstellung mit sich, die – legt man die Gesetzesbegründung zugrunde – nicht gewollt ist: In der Gesetzesbegründung wird zutreffend darauf hingewiesen, dass der in § 492 a BGB-E vorgeschlagene Bedenkzeitraum von drei Monaten vor Ablauf des Finanzierungsabschnitts „zu lang (ist), um den Darlehensgeber schon zu einem verbindlichen Folgeangebot zu verpflichten“. Damit wird zutreffend auf die Tatsache verwiesen, dass einem Kreditinstitut drei Monate vor dem Auslaufen einer Zinsbindungsfrist oder eines Finanzierungsabschnitts noch keine verbindliche Aussage über die Zinshöhe zum Zeitpunkt des Anlaufens des neuen Finanzierungsabschnitts

⁹ Eine „echte Abschnittsfinanzierung“ liegt vor, wenn dem Darlehensnehmer für einzelne Finanzierungsabschnitte jeweils ein separates vertragliches Kapitalnutzungsrecht zu den für den Finanzierungsabschnitt maßgeblichen Konditionen eingeräumt wird. Findet eine Anpassung von Konditionen hingegen im Rahmen eines einheitlichen vertraglichen Kapitalnutzungsrechts statt spricht man von einer sogenannten „unechten“ Abschnittsfinanzierung (vgl. zu den Unterschieden im Einzelnen auch die Darstellung von Eckstein/Wilhelm in Gößmann/Hellner/Schröter/Steuer/Weber (Hrsg.), „Bankrecht und Bankpraxis“, Kommentar, Band 1, Abschnitt 3, Rdnr. 3/1103 f. m. w. N.

¹⁰ Vgl. etwa Bruchner in Schimansky/Bunte/Lwowski, „Bankrechtshandbuch“, Kommentar, 3. Auflage 2007, § 78, Rdnr. 95 m. w. N.

möglich ist und es sich zu diesem Zeitpunkt auch für den neuen Finanzierungsabschnitt noch nicht refinanzieren kann.

§ 492 a BGB-E soll dem Darlehensnehmer die Möglichkeit einräumen, „grob die möglicherweise anstehenden Veränderungen abschätzen zu können“ – so ausdrücklich die Gesetzesbegründung. Demgegenüber geht der Gesetzeswortlaut in § 492 a Abs. 2 und 3 BGB-E davon aus, dass dem Darlehensnehmer drei Monate vor Ablauf des Finanzierungsabschnitts bereits ein definitives Angebot zu unterbreiten ist. So ist gemäß § 492 a Abs. 2 Satz 2 BGB-E etwa vorgesehen, dass bereits die drei Monate vor dem eigentlichen Vertragsabschluss anstehende Unterrichtung sämtliche „Pflichtangaben aus § 492 Abs. 1 Satz 5 BGB enthalten“ muss. Dies käme einer – nach der Gesetzesbegründung gerade nicht gewollten – Verpflichtung gleich, gegenüber dem Darlehensnehmer innerhalb von drei Monaten zwei Mal ein vollständiges Kreditvertragsangebot unter Berücksichtigung aller Formvorschriften des § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 bis 7 BGB zu unterbreiten. Gleiches gilt für die Regelung in § 492 a Abs. 2 BGB-E. Dies würde bei den Kreditinstituten zwangsläufig den doppelten abwicklungstechnischen Aufwand bei der Erstellung des Angebots auslösen. Es wäre eine gesetzliche Pflicht ausreichend, den Darlehensnehmer drei Monate vor Ablauf der Festzinsbindungsfrist bzw. des Finanzierungsabschnitts in allgemeiner Form über die maßgeblichen, zu diesem Zeitpunkt geltenden Konditionen zu unterrichten. Ein verbindliches Angebot unter Berücksichtigung aller gesetzlichen Formalien sollte erst dann ausgefertigt werden müssen, wenn die Anschlusskondition verbindlich feststeht und das Kreditinstitut dem Darlehensnehmer ein entsprechendes verbindliches Angebot unterbreitet. Eine entsprechende Klarstellung sollte nicht nur in der Gesetzesbegründung, sondern unmittelbar im Gesetzeswortlaut erfolgen.

c) Die vorgeschlagene Regelung ergibt darüber hinaus bei Kreditvertragsprodukten wirtschaftlich keinen Sinn, bei denen der Kredit für einen bestimmten Zeitraum zwar einen „festen Zinssatz“ aufweist, dieser aber an die Bewegungen eines Bezugsparameters fest gekoppelt ist (sog. Zinsgleitklausel). Die jeweilige Festzinsperiode – auf die das Institut keinen Einfluss hat – richtet sich ausschließlich nach den Bewegungen eines im Vertrag festgelegten Bezugsparameters (z. B. EURIBOR). Nicht sachgerecht ist die vorgeschlagene Regelung ebenfalls bei Kreditvertragsprodukten, bei denen der Kreditzins produktbedingt jeweils in sehr kurzen Abständen (teilweise monatlich) angepasst wird. Eine dreimonatige „Vorankündigung“, dass demnächst ein neuer Finanzierungsabschnitt ansteht, wäre auch hier nicht sachgerecht. Als Beispiel für solche Finanzierungen ist auf die im Euro-Kreditmarkt üblichen sog. „Roll-over“-Kredite zu verweisen, bei denen ein langfristiger Kredit (übliche Laufzeiten liegen zwischen fünf und sieben Jahren) nach Absprache mit dem Darlehensnehmer in kleine, kurzfristige, eigenständige Finanzierungs- und Refinanzierungsabschnitte von einem bis 12 Monaten zerlegt

wird¹¹. Derartige Produkte müssen aus dem Anwendungsbereich der Regelung ausgenommen werden. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Anmerkungen könnte die Regelung des § 492 a BGB-E wie folgt formuliert werden:

„(1) Ist im Darlehensvertrag ein fester Zinssatz vereinbart und endet die Zinsbindung vor der für die Rückzahlung bestimmten Zeit, unterrichtet der Darlehensgeber den Darlehensnehmer hierüber spätestens drei Monate vor Ende der Zinsbindung und teilt die bei dem Darlehensgeber für Darlehen dieser Art derzeit üblichen Konditionen mit.

(2) Der Darlehensgeber ist verpflichtet, den Darlehensnehmer spätestens drei Monate vor Beendigung des Darlehensvertrages entsprechend Absatz 1 zu unterrichten.

(3) Die Unterrichtungspflicht gemäß Absatz 1 und 2 entfällt, wenn der Darlehensgeber mit dem Darlehensnehmer die Anknüpfung des Zinssatzes an einen Refinanzierungszinssatz vereinbart hat und der Zinssatz mindestens einmal jährlich angepasst wird oder wenn die Darlehenslaufzeit auf höchstens ein Jahr befristet ist.

(4) Wurde der Rückerstattungsanspruch aus dem Darlehensvertrag abgetreten, treffen die Pflichten nach Absatz (1) bis (3) statt den bisherigen den neuen Gläubiger.“

3. Pflicht zur Anzeige der Abtretung/des Wechsels des Darlehensnehmers

Die vorgeschlagene Neuregelung in § 496 Abs. 1 a sieht in Satz 1 BGB-E vor, dass der Darlehensnehmer zu unterrichten ist, wenn eine Forderung des Darlehensgebers aus einem Darlehensvertrag an einen Dritten abgetreten wird oder in der Person des Darlehensgebers ein Wechsel stattfindet. Eine derartige Regelung ist grundsätzlich sachgerecht und spiegelt das berechtigte Interesse des Darlehensnehmers wider, Kenntnis davon zu erhalten, wenn in der Person des Darlehensgebers, der ihm gegenüber auftritt, ein Wechsel stattfindet.

Sachgerecht und akzeptabel ist die vorgenannte Regelung nur unter der Voraussetzung, dass sie mit der – derzeit lediglich als Klammerzusatz vorgesehenen – Vorschrift des § 496 Abs. 1 a Satz 2 BGB-E verbunden wird. Hiernach ist eine solche Unterrichtung entbehrlich, wenn nach der zwischen dem bisherigen Darlehensgeber und dem neuen Gläubiger getroffenen Vereinbarung im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin ausschließlich der bisherige Darlehensgeber auftritt. Diese Differenzierung entspricht auch der bei anderen Finanzprodukten bzw. Kreditsicherheiten (z. B. beim Factoring oder der Sicherungszession) üblichen Unterscheidung, nach der eine Anzeige

¹¹ Zum Inhalt sowie zur vertraglichen Ausgestaltung von „Roll-over-Kredit“ vgl. die Darstellung bei Rösler/ Mackenthun/ Pohl, „Handbuch Kreditgeschäft“, 6. Auflage 2002, unter 5.2.2.2., S. 337 ff.

des Übertragungsvorgangs gegenüber dem Schuldner einer Forderung nur bei einem nach außen erkennbaren/offengelegten Übertragungsakt erfolgt.

Wird die Betreuung des Kreditvertrages („Servicing“) nach dem Gläubigerwechsel hingegen weiterhin durch das übertragende Kreditinstitut vorgenommen, haben in der Praxis oft nicht einmal die mit der Betreuung des Kredits befassten Stellen des Instituts Kenntnis von dem Übertragungsvorgang. Dadurch wird sichergestellt, dass bei der Verwaltung der in Rede stehenden Kredite und der damit zusammenhängenden Kundenbetreuung durch das Kreditinstitut die gleichen Maßstäbe und die gleiche Sorgfalt angewandt werden, wie bei Krediten, die nicht übertragen wurden. Es ist sachlich nicht gerechtfertigt, in einem solchen Fall den Darlehensnehmer über die Abtretung der Forderung unterrichten zu müssen.

Bei der vorstehend skizzierten, in § 496 Abs. 1 a S. 2 BGB-E vorgesehenen Differenzierung handelt es sich im Übrigen nicht um eine Besonderheit des deutschen Rechts. So sieht die derzeit von den EU-Gesetzgebungsorganen beratene Änderung der Verbraucherkreditrichtlinie (VKG-RiLi) eine Regelung zur Übertragung von Kreditforderungen (Artikel 17 VKG-RiLi-E¹²) vor, die eine gleichlautende Differenzierung enthält.

Es ist daher geboten, dass die in § 496 Abs. 1 a BGB-E vorgesehene Formulierung auch den derzeit als Satz 2 eingefügten Klammerzusatz mit umfasst.

4. Erweiterung des Kündigungsschutzes des Darlehensnehmers bei Immobiliardarlehensverträgen

a) Vorgesehen ist des Weiteren eine ersatzlose Streichung des heute in § 498 Abs. 3 BGB geregelten Ausnahmetatbestandes. Folge hiervon ist, dass die außerordentliche Kündigung eines Immobiliardarlehensvertrages und die Gesamtfälligkeit wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers insbesondere nur noch unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 498 Abs. 1

¹² „Der Gemeinsame Standpunkt“ (Az.: 9948/2/07 REV 2 – CONSOM 69 – JUSTCIV 147 – CODEC 583) lautet hierzu wie folgt:

„Artikel 17 Forderungsabtretung

1. Werden die Ansprüche des Kreditgebers aus einem Kreditvertrag oder der Kreditvertrag selbst an einen Dritten abgetreten, so kann der Verbraucher dem neuen Gläubiger die Einreden geltend machen, die ihm gegen den ursprünglichen Kreditgeber zustanden, und zwar einschließlich der Aufrechnung von Gegenforderungen, soweit dies in dem betreffenden Mitgliedstaat zulässig ist.
2. Der Verbraucher ist über die Abtretung gemäß Abs. 1 zu unterrichten es sei denn, der ursprüngliche Kreditgeber tritt mit dem Einverständnis des Zessionars dem Verbraucher gegenüber nach wie vor als Kreditgeber auf“ (Anmerkung: Die Unterstreichung wurde hinzugefügt)

Nr. 1 BGB erfolgen könnte. Praktisch würde dies bedeuten, dass dem Darlehensnehmer erst gekündigt werden könnte, wenn er mit mindestens 10 % des Nennbetrags des Darlehens bzw. bei einer Laufzeit des Immobiliendarlehensvertrages von über drei Jahren mit mindestens 5 % des Nennbetrages des Darlehens im Verzug ist. Angesichts des bei Immobiliendarlehensverträgen üblichen Finanzierungsvolumens ist eine derartige Regelung nicht sachgerecht und würde das Kündigungsrecht des Darlehensgebers zu weiten Teilen faktisch entwerten. Die Kreditinstitute wären gezwungen, bis zur Möglichkeit einer Kündigung Rückstände in unzumutbarer Höhe auflaufen zu lassen: Bei einem Annuitätendarlehen in Höhe von 200.000 € mit einer Restlaufzeit von über 3 Jahren, einem Zinssatz von 5 % p. a. und einer anfänglichen Tilgung von 1 % (= Gesamtbelastung von 6% p. a. bzw. 12.000 € p. a. und 1.000 € p. m.) würde die vorgeschlagene Regelung etwa dazu führen, dass vor einer Verzugsrückmeldung ein Rückstand in Höhe von 10 Monatsraten (d.h. in Höhe von insgesamt 10.000 €) aufgelaufen sein müsste.

Auch etwa Wohnungsbauförderdarlehen, die häufig sehr geringe Zinssätze (z.B. 0,5 % p. a.) und/oder eine sehr geringe oder gar keine Anfangstilgung haben, könnten dann unter Umständen erst Jahre nach Eintritt der Zahlungsrückstände gekündigt werden.

Den Gesetzesmaterialien zum Ausnahmetatbestand des § 498 Abs. 3 BGB – der bereits in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VKG a. F. und in § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB in der bis zum 31. Juli 2002 geltenden Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes enthalten war – ist der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, Immobiliendarlehensverträge aus den vorgenannten Gründen gerade vom Anwendungsbereich des § 498 BGB auszunehmen, da die dort geregelten Voraussetzungen auf die Gesamtfälligkeit von Realkrediten mit hohen Summen und langen Laufzeiten nicht zugeschnitten sind¹³. Diese Gründe bestehen unverändert fort.

b) Bei einer Kündigung des Darlehensvertrags durch den Darlehensgeber ist der Darlehensnehmer von der Zinszahlung für die Restlaufzeit gem. § 498 Abs. 2 BGB befreit. Sollte das Zinsniveau zum Zeitpunkt der Kreditkündigung niedriger sein als zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrages, hätten Darlehensnehmer die Möglichkeit, im Falle einer Kündigung durch das Kreditinstitut wegen Verzugs das Darlehen ohne Vorfälligkeitsentschädigung umschulden zu können. Dies kann nicht sachgerecht sein und würde dazu führen, dass mehrjährige Zinsfestschreibungen wegen des potentiellen Refinanzierungsschadens für die Bank nicht mehr angeboten würden.

¹³ Siehe Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucksache 11/5462, S. 18 f. sowie Schürnbrandt in Münchener Kommentar, Schuldrecht, 5. Auflage 2008, § 498, Rdnr. 6 m. w. N.

Wenn ein Kreditinstitut Immobiliendarlehensverträge – entsprechend der Regelung in § 498 Abs. 3 Nr. 1 BGB – erst bei einem kumulativen Vorliegen des Verzuges mit einer bestimmten Gesamtsumme (z. B. 5 % des Nennwertes) und dem Verzug mit zwei „aufeinanderfolgenden“ Raten kündigen könnte, würde der Zahlungsverzug des Darlehensnehmer ggf. dazu führen, dass im Ergebnis zwar keine wirtschaftlich relevanten Leistungen gegenüber dem Kreditinstitut erbracht werden, trotzdem aber keine zwei „aufeinanderfolgenden“ Raten ausstehen und das Kreditinstitut dementsprechend nicht kündigen könnte. Trotz hoher Gesamtrückstände hätte das Kreditinstitut dann keine Möglichkeit, den Kredit zu kündigen. Eine solche Regelung wäre nicht sachgerecht.

c) Der in der Begründung zu dem Vorschlag enthaltene Hinweis auf Berichte, denen zufolge Kreditinstitute nach geltendem Recht Darlehensverträge bereits bei geringem Zahlungsverzug auf der Grundlage von § 490 Abs. 1 BGB kündigen und Vollstreckungsmaßnahmen einleiten würden, entspricht weder der Praxis noch den geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen. Sowohl die im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes mit Wirkung zum 1. Januar 2002 eingeführte Kündigungsregelung des § 490 Abs. 1 BGB als auch die korrespondierenden Regelungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Sparkassen¹⁴ ermöglichen eine Kündigung nur, wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder der Werthaltigkeit der Sicherheit eine „wesentliche Verschlechterung“ eingetreten ist und auch unter Berücksichtigung einer Verwertung der Sicherheiten die Rückzahlung des Kredits gefährdet ist¹⁵. Die außerordentliche Kündigung eines Grundpfandrechtl. gesicherten Darlehensvertrages nach Maßgabe der vorgenannten Regelungen erfordert sowohl nach der rechtswissenschaftlichen Literatur als auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine umfassende und sorgfältige Würdigung aller Umstände des Einzelfalles sowie der berechtigten Belange des Kunden. Gleichzeitig verwirkt eine Bank ein ihr zustehendes außerordentliches Kündigungsrecht aber auch, wenn sie es nicht innerhalb einer angemessenen Frist, nachdem sie von den kündigungsrelevanten Tatsachen Kenntnis erlangt hat, ausübt¹⁶. Schließlich verpflichten die im deutschen Kreditgewerbe verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen¹⁷ die Kreditinstitute ausdrücklich, eine außerordentliche Kündigung in Übereinstimmung mit den geltenden Rechtsgrundsätzen¹⁸ im Falle der Verletzung einer vertraglichen Pflicht – und darum handelt es sich im Falle eines Zahlungsverzuges des Darlehensnehmers – grundsätzlich erst nach dem erfolglosen Ablauf einer Frist zur Abhilfe oder einer erfolglosen Abmahnung auszusprechen.

¹⁴ Vgl. Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken sowie Nr. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen.

¹⁵ Vgl. Gesetzesbegründung zu § 490 BGB, BT-Drucks. 14/6857, S. 64.

¹⁶ Siehe BGH WM 1984, 1273; BGH WM 1980, 380, 381; OLG Frankfurt, WM 1977, 1291; Bruchner in Schimansky/Bunte/Lwowski, „Bankrechtshandbuch“, Kommentar, 3. Auflage 2007, § 79, Rdnr. 175; K.P. Berger in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, 5. Auflage 2008, § 490, Rdnr. 62 m. w. N.

¹⁷ Siehe Nr. 19 Abs. 3 Satz 2 AGB-Banken sowie Nr. 26 Abs. 2 Satz 4 AGB-Sparkassen.

¹⁸ Vgl. dazu im Einzelnen nur die Darstellung von K. P. Berger in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, 5. Auflage 2008, § 490, Rdnr. 53 ff.

d) Abgesehen von diesen zivilrechtlichen Aspekten würde eine Streichung des § 498 Abs. 3 BGB darüber hinaus bilanziell und aufsichtsrechtlich die unerwünschte Konsequenz mit sich bringen, dass Immobiliendarlehensverträge, die aufgrund des Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers bankaufsichtsrechtlich und bilanziell ggf. bereits als ausgefallen eingestuft werden müssen, aufgrund der Anforderungen des § 498 Abs. 1 Nr. 1 BGB zivilrechtlich zukünftig nicht gekündigt werden könnten. Den gemäß „Basel II“ für alle europäischen Kreditinstitute geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen ist gemeinsam, dass ausgefallene Kredite mit mehr haftendem Eigenkapital unterlegt werden müssen, je länger die Verwertung der für einen ausgefallenen Kredit bestellten Sicherheiten dauert. Folge wäre, dass die in Rede stehenden, zivilrechtlich nicht kündbaren Kredite von Kreditinstituten mit zusätzlichem haftendem Eigenkapital unterlegt werden müssten. Dies würde die Bilanzqualität von Kreditinstituten verschlechtern und damit letztlich die Bewertung der Kreditinstitute sowie die daran gekoppelten Refinanzierungsmöglichkeiten der Häuser am Kapitalmarkt beeinträchtigen. Absehbares Endergebnis wäre ein Durchschlagen dieser Folgen auf die Kreditkosten und die Kreditverfügbarkeit für die Endverbraucher.

Auf eine Streichung des § 498 Abs. 3 BGB sollte vor diesem Hintergrund verzichtet werden. Sollte der Gesetzgeber an einer Änderung von § 498 Abs. 3 BGB festhalten, wäre daran zu denken, die Kündigung eines grundpfandrechtlich gesicherten Immobiliendarlehensvertrages an die Voraussetzung zu knüpfen, „dass der Darlehensnehmer mit den für dieses Darlehen fälligen Zahlungen in Höhe von mindestens einem Viertel der für ein Jahr geschuldeten Leistung nach Mahnung unter Hinweis auf das Kündigungsrecht mit der Zahlung ganz oder teilweise länger als einen Monat in Verzug ist“.

5. Einführung eines Sonderkündigungsrechts des Darlehensnehmers ohne Vorfälligkeitsentschädigung

Nach dem unterbreiteten Vorschlag soll die Regelung in § 490 BGB um einen neuen Absatz 3 ergänzt werden, nach dessen Inhalt der Darlehensnehmer einen grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensvertrag ohne die Einhaltung einer Frist kündigen kann, wenn in der Person des Darlehensgebers ein Wechsel stattgefunden hat und der Darlehensnehmer dem Wechsel nicht zugestimmt hat (Variante 1). Alternativ soll ein Sonderkündigungsrecht auch bei bloßer Abtretung der Forderung zur Anwendung kommen. Die Regelung ist nicht sachgerecht. Ihre Realisierung hätte nicht nur für den Finanzplatz Deutschland, sondern für den Wirtschaftsstandort insgesamt weitreichende negative Konsequenzen. Zur Begründung ist auf Folgendes hinzuweisen:

- a) Mit der Einräumung eines Sonderkündigungsrechts würde dem Darlehensnehmer die Möglichkeit eröffnet, ein grundpfandrechlich gesichertes Festzinsdarlehen aus Anlass eines Gläubigerwechsels (im Zusammenhang mit der Abtretung einer Forderung) oder des Wechsels in der Person des Darlehensgebers (im Zusammenhang mit einer Vertragsübernahme oder einer gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung des Kreditinstitutes nach Maßgabe der Vorschriften des Umwandlungsgesetzes) ohne die Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung vorzeitig zurückzuführen. Aus der Sicht des Neugläubigers würde dies den Erwerb einer Darlehensforderung zu einem unkalkulierbaren Risiko und die Festlegung eines angemessenen Kaufpreises für die erworbene Forderung faktisch unmöglich machen. Eine geschäftspolitische Neuausrichtung eines Kreditinstituts – etwa, weil ein Geschäftsmodell sich als nicht tragfähig erwiesen hat – durch Abgabe von Krediten an einen Übernehmer oder an den Kapitalmarkt würde im Ergebnis von der – unsicheren – Zustimmung der Kunden abhängig gemacht. Da damit eine sichere Kalkulationsgrundlage der Bank entzogen würde, würde die Übertragung von Kreditportfolien insgesamt in Frage gestellt.
- b) In all den Fällen, in denen das Zinsniveau zum Zeitpunkt des Übergangs der Kreditforderung niedriger ist, als zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrages, würden Darlehensnehmer den Übertragungsvorgang darüber hinaus zum Anlass nehmen, den Darlehensvertrag ohne die Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung zurückzuzahlen und den Vertrag zu dem zu jenem Zeitpunkt geltenden niedrigeren Zinsniveau umzuschulden. Der Gläubigerwechsel wäre – in Abhängigkeit vom jeweiligen Zinsniveau – die „Einladung“ zur kostenfreien Umschuldung des Darlehens zu einem niedrigeren Zinssatz.
- c) Verbriefungstransaktionen am Kapitalmarkt basieren bekanntlich darauf, dass die vom neuen Gläubiger der Darlehensforderung am Kapitalmarkt platzierten Wertpapiere aus den Zahlungsströmen bedient werden, die aus den Zins- und Tilgungszahlungen der erworbenen Kreditforderungen resultieren. Mit der Einführung des vorgeschlagenen außerordentlichen Kündigungsrechts ohne Vorfälligkeitsentschädigung für den Darlehensnehmer hätte dieser dementsprechend die Möglichkeit, die den in Rede stehenden Verbriefungstransaktionen am Kapitalmarkt zugrunde liegenden Finanzierungsströme einseitig zu unterbrechen. Damit wäre den in Rede stehenden Verbriefungstransaktionen am Kapitalmarkt die Grundlage entzogen. Das Gleiche gilt für das Pfandbriefgeschäft, wenn mit Hilfe des Refinanzierungsregisters Hypothekenforderungen auf eine Pfandbriefbank übertragen werden sollen, um auch Nicht-Pfandbriefbanken eine Refinanzierung über den Pfandbrief zu ermöglichen. Dem Finanzplatz Deutschland würde damit sowohl auf nationaler Ebene als auch in seiner Positionierung zu anderen europäischen und außereuropäischen Finanzplätzen nachhaltig Schaden zugefügt.

d) Die in „Variante 1“ des Gesetzgebungsvorschlags enthaltene Alternative, die das in Rede stehende Sonderkündigungsrecht „nur bei einem Wechsel in der Person des Darlehensgebers“ und nicht bei Übertragungen nach Maßgabe des BGB vorsieht, würde der deutschen Kreditwirtschaft und dem Finanzstandort Deutschland darüber hinaus auch noch unter einem anderen Gesichtspunkt schwerwiegenden Schaden zufügen: Der deutsche Kreditwirtschaftssektor durchläuft im Zuge des deutlich verschärften Wettbewerbs der zusammenwachsenden internationalen Finanzmärkte seit Jahren einen Anpassungs- und Konsolidierungsprozess, der seinen Niederschlag in einer Vielzahl von Fusionen, Abspaltungen und Umstrukturierungen gefunden hat. Nach vom Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) veröffentlichten Zahlen ging die Anzahl der Kreditinstitute im privaten Bankensektor in der Zeit von 1992 bis 2001 etwa von 334 auf 304 zurück; die Anzahl der Sparkassen reduzierte sich im Zeitraum zwischen 1992 und 2002 um 28 % von 717 auf 519 Kreditinstitute. Im gleichen Zeitraum sank die Zahl der Kreditinstitute im genossenschaftlichen Bankensektor um 50 %¹⁹. Die Zielsetzung des deutschen Umwandlungsgesetzes besteht in der Nutzung von Flexibilität, d. h. Unternehmen die Möglichkeit zu eröffnen, sich unter geänderten Marktbedingungen rasch neu zu strukturieren, Geschäftsteile auszugliedern, abzuspalten, auf andere Unternehmen zu verschmelzen oder zu fusionieren. Dies ist das Instrumentarium, mit dem Kreditinstitute – in gleicher Weise, wie Unternehmen anderer Wirtschaftsbereiche – auf wirtschaftliche Entwicklungen im Markt reagieren und sich im Wettbewerb positionieren. Notwendige Folge von Fusionen, Abspaltungen oder anderen umwandlungsrechtlichen Maßnahmen sind allerdings „Wechsel der Gläubiger“. Würde dem Schuldner eines grundpfandrechtlich gesicherten Darlehens bei jeder umwandlungsrechtlichen Maßnahme ein Sonderkündigungsrecht ohne Vorfälligkeitsentschädigung gegenüber dem neuen Gläubiger eingeräumt, würde dies gesellschaftsrechtliche Veränderungen unzumutbar erschweren, wenn nicht unmöglich machen. Das Gleiche gilt im Zusammenhang mit der Sanierung von Kreditinstituten (s. speziell die Regelung des § 32 PfandBG vgl. dazu bereits oben III.1.c). Es kann kaum die Zielsetzung des Gesetzgebers sein, Fusionen und andere gesellschaftsrechtlich notwendige Restrukturierungsmaßnahmen im Bereich der Kreditwirtschaft in dieser Weise zu belasten.

Die vorgeschlagene Ergänzung in § 490 Abs. 3 BGB-E sollte aus den genannten Gründen nicht realisiert werden.

¹⁹ „Wochenbericht des DIW“ Berlin 24/04, Abschnitt „Anpassungsprozesse im deutschen Bankensektor – Konsolidierung kommt voran“.

6. Nicht abtretbare Unternehmenskredite

Die Regelung enthält einen Vorschlag zur Ergänzung des § 354 a HGB. Die Vorschrift soll um einen Absatz 2 ergänzt werden, demzufolge § 354 a HGB keine Anwendung findet, wenn es sich bei der gegen einen Kaufmann gerichteten Forderung um eine Darlehensforderung handelt. Dieser Regelungsvorschlag steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Überlegungen zur Einführung einer Neuregelung in § 16 KWG, mit der Kreditinstituten die Verpflichtung auferlegt werden soll, Kredite mit vertraglich vereinbarten Abtretungsverboten anzubieten. Insoweit wird daher auf die Ausführungen zu Punkt III. 1. verwiesen. Klar ist jedenfalls, dass § 354 a HGB den sich derzeit im Markt entwickelnden Angeboten nicht abtretbarer Kredite nicht entgegenstehen darf.

Zudem müsste aus den zu § 16 KWG-E bereits dargelegten Gründen jedenfalls sichergestellt werden, dass der Inhalt einer solchen Bestimmung nicht dazu führt, dass Kapitalmarkt- und Verbriefungstransaktionen nach Maßgabe der Vorgaben im Rundschreiben Nr. 4/97 des BaKred zu Asset-Backed-Securities unmöglich gemacht werden. Die Regelung darf sich darüber hinaus nicht auf notleidende, bereits fällig gestellte Kreditforderungen beziehen, die andernfalls nicht mehr im Wege des Forderungsverkaufes verwertet werden könnten.

Darüber hinaus geht der vorgeschlagene § 354a Absatz 2 HGB-E auch deshalb zu weit, weil er seine Wirkungen auch auf Darlehen erstreckt, die Kreditinstitute an öffentlich-rechtliche Schuldner vergeben. Es ist aber kein Grund ersichtlich, auch diese Kredite – die von der Regelung des § 354a HGB allgemein erfasst sind – in den Anwendungsbereich des vorgesehenen Absatzes 2 einzu- beziehen.

7. Verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch bei ungerechtfertigter Vollstreckung aus der Urkunde über die Erklärung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung

Die Regelung enthält einen Vorschlag zur Einbeziehung von Titeln i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO in den Anwendungsbereich des Schadensersatzanspruches nach § 717 Abs. 2 ZPO. Bei dem in § 717 Abs. 2 ZPO normierten Anspruch handelt es sich um eine nicht vom Verschulden abhängige Gefährdungshaftung, die die Ersatzpflicht des Gläubigers auf jeden tatsächlich aus dem Vollstreckungszugriff resultierenden Schaden erstreckt.

Eine unberechtigte Zwangsvollstreckung stellt einen Vertragsbruch in Bezug auf die Sicherheitenverträge, insbesondere die mit dem Darlehensschuldner abgeschlossene Sicherungszweckvereinbarung dar. Dem Darlehensnehmer steht in einem solchen Falle schon de lege lata unter

Verschuldensgesichtspunkten ein Schadensersatzanspruch zu. Ferner stellt das deutsche Zwangsversteigerungs- und Zwangsvollstreckungsrecht dem Schuldner eine Vielzahl an Rechtsmitteln zur Verfügung, um sich gegen unberechtigte Vollstreckungsversuche mit Aussicht auf Erfolg zur Wehr zu setzen. Dem Schuldner stehen hinsichtlich der in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO normierten Vollstreckungstitel dementsprechend schon nach geltendem Recht effektive Rechtsmittel zur Verfügung. Sollte der Gesetzgeber vor dem besonderen Hintergrund der Bedeutung von Wohnimmobilien für private Kreditnehmer die Notwendigkeit zur Einführung einer derartigen Regelung dennoch bejahen, könnte die Kreditwirtschaft einen derartigen Vorschlag aber mittragen.
