

# INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

GÜNTHER M. BREDOW/ HANS-GERT VOGEL

## Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE  
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT

WORKING PAPER SERIES No. 82



**PROF. DR. THEODOR BAUMS**  
**PROF. DR. ANDREAS CAHN**

**INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE**

**JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT**

**SENCKENBERGANLAGE 31**

**D-60054 FRANKFURT AM MAIN**

**TEL: +49 (0)69 / 798-28941**

**FAX: +49 (0)69 / 798-29018**

**(INTERNET: [HTTP://WWW.ILF-FRANKFURT.DE](http://www.ilf-frankfurt.de))**

Günther M. Bredow/ Hans-Gert Vogel  
Kreditverkäufe in der Praxis –  
Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze

Institute for Law and Finance

**WORKING PAPER SERIES NO. 82**

**04/ 2008**

## Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze

Günther M. Bredow\* / Hans-Gert Vogel\*\*

*Der Verkauf von Immobiliendarlehen sorgt nach wie vor für Aufregung. Die Kreditwirtschaft sieht sich mit vehementen öffentlichen Vorwürfen konfrontiert, die den Kredithandel beeinträchtigen. Die Kreditinstitute werden indes nicht müde in ihren Beteuerungen, ordnungsgemäß bediente Kredite nicht an Finanzinvestoren zu veräußern und dabei hinzunehmen, dass ihre Kreditnehmer ihrer Wohnimmobilie verlustig gehen. Die praktische Bedeutung des Kredithandels ist gerade in Deutschland immens. Exemplarisch genannt sei als eine der größten bisherigen Transaktionen der Ende 2007 erfolgte Erwerb eines 53.000 Immobiliarkredite umfassenden Portfolios im Volumen von ca. 4,3 Mrd. Euro durch die ING Diba von der Hypo Real Estate. Unter der Überschrift "Verbesserte Transparenz bei Verkäufen von Kreditforderungen" hat die Bundesregierung um die letzte Jahreswende ein Maßnahmenpaket vorgelegt, mit dem auf Missbrauchsfälle beim Verkauf von Krediten reagiert werden soll. Inzwischen ist die Diskussion fortgeschritten, weitere Reformvorschläge sind in der Welt. Dabei sind die rechtlichen Rahmenbedingungen von Kreditverkäufen de lege lata auch nach einer einschlägigen BGH-Entscheidung vom 27. Februar 2007 noch immer nicht abschließend geklärt. Bevor in nachfolgendem Beitrag die aktuellen Reformansätze vorgestellt und einer kurzen Bewertung unterzogen werden, seien daher die derzeitige Praxis und Rechtslage untersucht.*

### I. Einführung

Derzeit vergeht kaum ein Tag, an dem nicht über Verkäufe von Immobilienkrediten durch Banken oder Sparkassen an Finanzinvestoren und deren mutmaßliche Folgen berichtet wird. In Tagespresse und Fernsehsendungen werden Schicksale von Kreditnehmern geschildert, die mit Zwangsvollstreckungen wenig sensibler Kreditaufkäufer konfrontiert worden sind. Berichtet wird über Fälle, in denen der Erwerber einer Kreditforderung zur Sicherung bestellte und miterworbene Grundschulden zu Unrecht verwertet. Dabei machen Banken und Sparkassen nur von ihrem seit Inkrafttreten des BGB vor mehr als 100 Jahren bestehendem Recht zur Abtretung von (Darlehens-) Forderungen Gebrauch. Diese ist ohne Mitwirkung des Kreditnehmers möglich, sofern die kreditgebende Bank oder Sparkasse selbst Vertragspartner ihres Kunden bleibt (§§ 398 ff. BGB). Formal betrachtet spricht auch aus Sicht der Kreditnehmer nichts gegen den Handel mit Kreditforderungen, gleichgültig ob

---

\* Dr. jur., LL.M, Partner der Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

\*\* Dr. jur., Rechtsanwalt bei der Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

es sich um Verbraucher oder Unternehmer handelt. Denn formal stehen dem Erwerber einer Kreditforderung gegenüber dem Kreditnehmer nicht mehr Befugnisse zu, als die veräußernde Bank oder Sparkasse bereits hatte. Der Kreditnehmer kann sämtliche Einreden aus dem Kreditvertrag auch dem neuen Gläubiger entgegenhalten.

Die Frage ist deswegen die eines möglichen Missbrauchs der formalen Rechtslage durch Akteure des Finanzmarkts zum Nachteil der Verbraucher. In den diskutierten Fällen geht es um die Finanzierung von Eigenheimen von Verbrauchern, was zu einer Emotionalisierung der Debatte beiträgt. Dass trotz ordnungsgemäßer Bedienung des Kredits durch den Erwerber einer Kreditforderung in eine (Wohn-) Immobilie vollstreckt wird, ist in der Tat kaum hinnehmbar, auch wenn dem Betroffenen möglicherweise Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Zwangsvollstreckung zustehen mögen. Eine andere Frage ist, ob derartige "Missbrauchsfälle" dem Instrument des Kreditverkaufs an sich anzulasten sind, so dass gar über ein Verbot nachgedacht werden müsste, oder ob - wenn überhaupt erforderlich - nicht weniger einschneidende "Reparaturen" des Gesetzgebers an anderer Stelle, etwa im Zwangsvollstreckungsrecht, hinreichend sind. Denn im Vordergrund der öffentlich diskutierten Fälle steht regelmäßig die Vollstreckung aus der (mit abgetretenen) Grundschuld durch den neuen Gläubiger der Kreditforderung.

Obwohl jüngst erneut in Zweifel gezogen<sup>1</sup>, ist die Abtretbarkeit von Kreditforderungen durch Kreditinstitute auch an Nicht-Banken, inzwischen grundsätzlich anerkannt. Zumindest bei notleidenden Kreditforderungen bilden auch Datenschutz und Bankgeheimnis keine unüberwindbaren Hindernisse. Vor dem Hintergrund – vermeintlicher oder tatsächlicher – Missbrauchsfälle fragt sich allerdings, ob der Gesetzgeber tätig werden müsste, um unerwünschten Nebenwirkungen der Abtretung von Kreditforderungen entgegenzutreten. Hiermit hat sich der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 19. September 2007 und erneut am 23. Januar 2008 befasst. Diskutiert wird inzwischen nicht mehr das "Ob", sondern nur noch das "Wie" einer gesetzlichen Regelung auf der Grundlage eines konkreten - zwischen Bundesjustizministerium und Bundesfinanzministerium abgestimmten - Regelungsvorschlags. Den in die gleiche Richtung zielenden Entwurf eines "Kreditnehmerschutzgesetzes" hat jüngst der Freistaat Bayern als Gesetzesantrag im Bundesrat eingebracht<sup>2</sup>.

## **1. Performing und Non-Performing Loans**

Für die Beurteilung der Rechtslage – namentlich die Zulässigkeit der Weiterleitung von Kreditnehmerdaten an den Erwerber – ist zwischen notleidenden Krediten (non-performing

---

<sup>1</sup> Von *Schwintowski/Schantz*, Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtlich gesicherter Darlehensforderungen, NJW 2008, 472 ff.

<sup>2</sup> BR-Drucks. 152/08 vom 29.02.2008.

loans – NPL) und nicht notleidenden Krediten (performing loans) zu unterscheiden. Notleidende Kredite sind solche, die wegen einer wesentlichen Vertragsverletzung des Darlehensnehmers vom Kreditgeber bereits gekündigt wurden oder jederzeit nach § 490 Abs. 1 oder 3 BGB, Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken oder Nr. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen aus wichtigem Grund gekündigt werden könnten.<sup>3</sup> Dies gilt für Kredite, die wegen (drohender) wesentlicher Verschlechterung der Vermögenslage des Kreditnehmers fristlos kündbar sind, jedenfalls dann, wenn eine gesetzte angemessene Frist zur Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten erfolglos verstrichen ist. Maßgeblich ist dabei ausschließlich das Bestehen des Kündigungsgrundes, nicht hingegen, ob die Bank oder Sparkasse bereits von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat. Denn die Kündigung selbst ist lediglich ein formaler Akt, der jederzeit durchgeführt werden kann. Performing loans sind dagegen Kredite, die von den Kreditnehmern ordnungsgemäß bedient werden.<sup>4</sup>

## 2. Ökonomischer Hintergrund

### 2.1 Aus Sicht des Veräußerers

Einem Kreditinstitut geht es bei der Veräußerung eines notleidenden Kredits um die Verlagerung des Kreditrisikos (Bonitätsrisikos) auf den Erwerber. Weitere Ziele sind die Entlastung des bankaufsichtsrechtlich zur Risikoabdeckung vorzuhaltenden Eigenkapitals, die Verbesserung der Risikostruktur ausgereicherter Kredite und ggf. der eigenen (möglicherweise angeschlagenen) Reputation am Finanzmarkt, d.h. des Ratings und die Schaffung von Liquidität sowie ggf. personeller Ressourcen für neue geschäftliche Aktivitäten. Denn notleidende Kredite binden nicht nur Kapital, sondern auch Personal, da solche Kredite eine zeitaufwändige Bearbeitung erfordern. Letzteres stellt insbesondere kleinere Sparkassen und Volksbanken regelmäßig vor erhebliche Probleme. Insgesamt ist die Abtretung notleidender Kreditforderungen aus Sicht der Kreditwirtschaft grundsätzlich sinnvoll und in einzelnen Fällen zur Sanierung und Restrukturierung einer in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Bank oder Sparkasse sogar erforderlich.<sup>5</sup> Bei Veräußerung von performing loans können unterschiedliche Zielsetzungen eine Rolle spielen, wie etwa die

---

<sup>3</sup> Vgl. *Hofmann/Walter*, Die Veräußerung Not leidender Kredite, WM 2004, 1566, 1568.

<sup>4</sup> Daneben will *Zimmermann*, Geierfonds erwerben ungekündigte Darlehensverträge und Grundschulden ohne fiduziarische Zweckbindung – Zur Rechtslage nicht notleidender Kreditengagements im Dreieck Kunde/Investor/Hausbank, BKR 2008, 95, eine dritte Kategorie des "sub-performing loans" einführen, das noch nicht notleidend ist, bei dem sich jedoch schon vereinzelt Probleme abzeichnen. Ähnlich *Beucher/Räther/Stock*, Non-Performing Loans: Datenschutzrechtliche Aspekte der Veräußerung von risikobehafteten Krediten, AG 2006, 277, 278. Unklar ist allerdings, worin die Notwendigkeit nach einer solchen weiteren Unterteilung besteht.

<sup>5</sup> Dazu *Bornhard/Kessler/Dettmeier*, Wirtschafts- und steuerrechtliche Gestaltungsfragen bei der Ausplatzierung Not leidender Immobilienkredite, BB 2004, 2085; *Kristen/Kreppel*, NPL-Transaktionen aus Sicht des Verkäufers – Risiken und Lösungsansätze, BKR 2005, 123 f.

Gewinnung von Liquidität, um neue Geschäftschancen wahrnehmen zu können, und/oder die Gewinnung von aufsichtsrechtlichem Eigenkapital,.

## **2.2 Aus Sicht des Erwerbers**

Einem institutionellen Investor, der Kredite – ggf. mit einem Abschlag auf den Nennwert der Forderung – erwirbt, geht es regelmäßig um die Erzielung eines Gewinns durch professionelles Management, aus Weiterveräußerung oder Abwicklung der Kredite. Bei notleidenden Krediten sind Instrumente hierfür eine intensive Bearbeitung der säumigen Kreditnehmer oder auch die Entwicklung und Umsetzung von Sanierungskonzepten mit dem Ziel einer Steigerung der Bonität des Kreditnehmers und damit des Marktwerts der Kreditforderung. Motiv könnte aber auch die Spekulation auf günstige Verwertung von Sicherheiten etwa bei Immobilienkrediten sein. Genau dies wird einigen Finanzinvestoren bekanntlich vorgeworfen.

## **2.3 Aus Sicht des Kreditnehmers**

Für den Kreditnehmer ist die Veräußerung eines Kredits an einen Investor in aller Regel zumindest nicht unmittelbar von Vorteil. Dies gilt sowohl für den notleidenden als auch für den ordnungsgemäß bedienten Kredit. Anders als möglicherweise die veräußernde Hausbank muss ein Erwerber auf gewachsene Geschäftsbeziehungen und seinen Ruf als Kreditinstitut, das auch den Anliegen von in wirtschaftliche Bedrängnis geratenen Kreditnehmern Rechnung zu tragen versucht, keine Rücksicht nehmen. Ein Off-Shore-Finanzinvestor als Erwerber einer Forderung wird sich etwa kaum zur gleichen Rücksichtnahme gegenüber Kreditnehmern verpflichtet fühlen, wie etwa die veräußernde Sparkasse, Volksbank oder private Regionalbank, die auf ihren "guten Ruf" vor Ort angewiesen ist. Er wird sich – bei notleidenden Krediten – häufig nicht mit Umschuldungsverhandlungen aufhalten, sondern seine Rechte und Vollstreckungsmöglichkeiten von Anfang an voll ausschöpfen und den säumigen Kreditnehmer unter Druck setzen. Solange dies im Rahmen der bestehenden Gesetze geschieht, lässt sich dagegen wenig einwenden. Ein generelles Veräußerungsverbot von Kreditforderungen würde sich jedoch für die Kreditnehmerseite ebenfalls nicht nur positiv auswirken. Denn das damit einhergehende Weniger an Flexibilität in der Refinanzierung würde letztendlich zu einer Erhöhung der Kreditzinsen führen und wäre damit letztendlich nachteilig für den Kreditmarkt.<sup>6</sup>

## **2.4 Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht**

---

<sup>6</sup> Ein Verbot der Veräußerung von Kreditforderungen ist daher von vornherein ausgeschlossen. Denkbar wäre allenfalls die Option des Kreditnehmers, gegen entsprechend höhere Verzinsung einen "abtretungsfesten" Kredit aufzunehmen. Dazu unter IV.2.1.

Verkauf von Krediten und Abtretung von Darlehensforderungen durch Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute sind andererseits unter stabilitätsorientierten, bankaufsichtlichen und zentralbankpolitischen Gesichtspunkten grundsätzlich wünschenswert. Handel mit Krediten bzw. Kreditforderungen kann zur Stabilität einzelner Banken beitragen, da aus Sicht eines Einzelinstituts dieses finanzpolitische Instrument erweiterte Möglichkeiten für ein verbessertes Bilanz-, Liquiditäts- und Risikomanagement bietet und die Diversifizierung der Mittelaufnahme erlaubt. Handelbarkeit und Preisbildung für ansonsten in der Bilanz verbleibende Positionen werden ermöglicht und damit eine Diversifizierung der zugrundeliegenden Risiken.<sup>7</sup>

### 3. Transaktionsstrukturen

#### 3.1 Übertragung durch Gesamtrechtsnachfolge – Abspaltung oder Ausgliederung

Vielfach werden Kreditportfolien im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes (UmwG) übertragen, d.h. durch Spaltung nach §§ 123 ff. UmwG. Das von der Bank zusammengestellte Kreditportfolio, das in der Praxis auch nicht notleidende Kredite umfasst, wird durch Abspaltung oder Ausgliederung zunächst auf eine eigens hierfür gegründete Gesellschaft übertragen (§ 123 Abs. 2 und Abs. 3 UmwG). Diese Gesellschaft wird dann im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge Inhaberin der zum Kreditportfolio gehörenden Forderungen. Die Anteile an der neu gegründeten Gesellschaft werden anschließend an den Investor verkauft (share deal). Nach der herrschenden Auffassung ist die Abspaltung oder Ausgliederung von Vertragsverhältnissen ohne Zustimmung des jeweiligen Vertragspartners möglich, wenn durch den Umwandlungsvorgang keine inhaltliche Veränderung der Leistungspflicht im Sinne einer Inhaltsänderung nach § 399 1. Alt. BGB eintritt.<sup>8</sup> Eine solche Inhaltsänderung ist hier nicht gegeben.<sup>9</sup> Dies gilt umso mehr, als die ursprüngliche Bestimmung des § 132 UmwG, die in Satz 1 auf § 399 1. Alt. BGB als einer allgemeinen, die Übertragbarkeit ausschließenden Vorschrift verwiesen hat, inzwischen aufgehoben wurde.<sup>10</sup> Wenn § 399 1. Alternative BGB aber über § 132 Satz 1 UmwG nicht mehr anwendbar ist, stellt sich auch die – bis dahin vielfach unklare – Frage nicht mehr, ob mit der Ausgliederung des jeweiligen Vertragsverhältnisses eine Inhaltsänderung desselben im Sinne des § 399 1. Alt. BGB

---

<sup>7</sup> Beruhend auf derartigen Erwägungen hat sich etwa die Deutsche Bundesbank in ihrer Stellungnahme zum Entwurf eines Risikobegrenzungsgesetzes vom 22.01.2008 ausdrücklich für einen Erhalt des Instruments des Kreditverkaufs ausgesprochen.

<sup>8</sup> Vgl. *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 4. Auflage, 2006, § 132 UmwG, Rz. 47; *Teichmann*, in: Lutter, UmwG, 3. Auflage, 2004, § 132 Rz. 38; *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Auflage, 2003, § 413, Rz. 67. Unklar allerdings *Kallmeyer*, in: Kallmeyer, UmwG, 3. Auflage, 2006, § 132 Rz. 4.

<sup>9</sup> A.A. in anderem Zusammenhang *Schwintowski/Schantz* (Fußn. 1). Dazu unten\_\_.

<sup>10</sup> Gesetz vom 19.04.2007, BGBl. I, S. 542 Dazu *Hörtnagl* (Fußn. 7), § 132 UmwG Rz. 26.

verbunden ist.<sup>11</sup> Mit der Weitergabe von Kreditnehmerdaten verbundene Probleme vor dem Hintergrund des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes können hierdurch vermieden werden.<sup>12</sup>

### 3.2 Übertragung durch Einzelrechtsnachfolge – Verkauf und Abtretung

Beim Forderungsverkauf (True Sale) werden die einzelnen zu verkaufenden Kreditforderungen vom veräußernden Kreditinstitut zu einem Portfolio zusammengefasst und mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten zu einem bestimmten Preis verkauft. Der Erwerber wird rechtlich und wirtschaftlich Inhaber der Forderung. Die Abtretung der Darlehensforderungen (nicht die Übertragung der gesamten Vertragsverhältnisse) erfolgt gemäß §§ 398 ff. BGB allein durch Vereinbarung zwischen veräußerndem Kreditinstitut und Erwerber, d.h. ohne Zustimmung der einzelnen Kreditnehmer, sofern kein gesetzliches oder vertragliches Abtretungsverbot besteht. Bei gewerblichen Krediten ist allerdings die dingliche Abtretung ungeachtet eines vertraglichen Abtretungsverbots gleichwohl wirksam (§ 354 a Satz 1 HGB). Verkauf und Abtretung der Kreditforderung werden gegenüber dem Kreditnehmer regelmäßig offengelegt (offene Zession), es sei denn, das veräußernde Kreditinstitut hat sich trotz der Abtretung weiter zur Verwaltung und Bearbeitung (Servicing) der Kredite verpflichtet (stille Zession).<sup>13</sup> Üblicherweise werden nicht nur die aus den einzelnen Kreditverhältnissen resultierenden (fälligen oder noch fällig zu stellenden) Darlehensrückzahlungsansprüche zum Kaufgegenstand gemacht und abgetreten, sondern die Gesamtheit aller mit den zu übertragenden Darlehensrückzahlungsansprüchen verbundenen Rechte aus dem Darlehensverhältnis (Zinsansprüche, Rechte aus nichtakzessorischen Sicherheiten, insbesondere Sicherungsgrundschulden). Zwar erfordert die Abtretung einer Forderung nach §§ 398 ff. BGB grundsätzlich keine Zustimmung des Schuldners. Zumindest bei der offenen Zession einer Kreditforderung werden jedoch die Kreditnehmerdaten an den Erwerber weitergereicht, was grundsätzlich gegen Bankgeheimnis und ggf. Datenschutzrecht verstößt.

---

<sup>11</sup> Die Übertragung von Darlehensverhältnissen im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge steht allerdings nur Privat- und Genossenschaftsbanken zur Verfügung, nicht hingegen öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten, etwa kommunalen Sparkassen. Als Anstalten des öffentlichen Rechts gehören diese nicht zu den spaltungsfähigen Rechtsträgern nach §§ 124 Abs. 1, 3 Abs. 1 UmwG. Einer entsprechenden Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Umwandlungsrechts steht insoweit das Analogverbot des § 1 Abs. 2 UmwG entgegen. Eine spezialgesetzliche Ermächtigung zur Durchführung von Transaktionen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge enthalten die Landessparkassengesetze nicht.

<sup>12</sup> *Cahn*, Bankgeheimnis und Forderungsverwertung, WM 2004, 2041, 2045; *Geurts/Koch/Schebesta/Weber*, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Praxis, 7. Auflage, 2000, Rz. 7c; *Rinze/Heda*, Non-Performing Loan und Verbriefungs-Transaktionen: Bankgeheimnis, Datenschutz, § 203 StGB und Abtretung:

<sup>13</sup> Verbleibt das Servicing beim abtretenden Kreditinstitut, so wäre eine Offenlegung der Kreditnehmerdaten entbehrlich. Zwar wäre das veräußernde Institut grundsätzlich nach § 402 BGB verpflichtet, dem Erwerber der Darlehensforderungen die zu deren Geltendmachung notwendigen Auskünfte zu erteilen. Diese Verpflichtung kann jedoch ausgeschlossen oder beschränkt werden. Ein Konflikt mit Bankgeheimnis oder Datenschutz würde von vornherein vermieden, da vollständig anonymisierte Darlehensforderungen abgetreten werden könnten. Dazu unten \_\_\_\_.

### **3.3 Alternative Transaktionen ohne Vollrechtsübertragung**

Denkbar ist daneben eine Gestaltung, bei der das Kreditinstitut als Sicherungsnehmerin lediglich das Kreditrisiko ausgewählter Forderungen für einen bestimmten Zeitraum durch Kreditderivate an einen Investor (Sicherungsgeber) überträgt. Die Kreditforderungen selbst verbleiben in der Bilanz des Instituts und werden weiterhin von ihm bearbeitet. Hierbei geht es dem Institut nicht um einen Liquiditätszufluss, sondern vor allem um die Versicherung des mit einem bestimmten Kreditportfolio verbundenen Risikos. Eine solche synthetische Transaktion bleibt dem Kreditnehmer regelmäßig verborgen und faktisch folgenlos. Das Bedürfnis des Investors, über die Kreditforderungen und insbesondere das Kreditrisiko vor Abschluss des Vertrages ausreichend informiert zu werden, kann in der Regel durch die Bereitstellung anonymisierter kundenbezogener Daten befriedigt werden, so dass das Bankgeheimnis gewahrt bleibt. Dem Bedürfnis der Kreditinstitute trägt diese Transaktionsstruktur allerdings in der Regel nicht in vollem Umfang Rechnung, da eine bilanzielle und personelle Entlastung des Kreditinstituts nicht erfolgt.

Ähnliches gilt für die Gestaltungsalternative der Unterbeteiligung des Investors an den einzelnen Kreditforderungen gegen Liquidität. Dabei werden die Kreditforderungen nicht an den Investor abgetreten, sondern er wird im Innenverhältnis in Form einer BGB-Innengesellschaft an dem Kredit und damit am Kreditrisiko beteiligt. Das Außenverhältnis zwischen kreditgebendem Institut und dem einzelnen Kreditnehmer wird nicht berührt. Von der für ihn folgenlosen Vereinbarung erfährt der Kreditnehmer in der Regel nichts, da Kreditforderung und -bearbeitung weiterhin bei dem kreditgebenden Institut verbleiben. Bankgeheimnis und Datenschutz können gewahrt werden, indem dem Investor nur anonymisierte Kundendaten zur Verfügung gestellt werden. Nachteil aus Sicht des Kreditinstituts ist auch hier, dass eine bilanzielle und personelle Entlastung nicht erfolgt.

## **II. Rechtliche Rahmenbedingungen de lege lata**

### **1. Bankgeheimnis und Datenschutz**

Kreditnehmerdaten unterliegen dem Schutz des Bankgeheimnisses und, sofern diese auch Informationen über natürliche Personen enthalten, dem Schutz des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG). Der Anwendungsbereich des BDSG ist nach §§ 1 Abs. 1 und 3 BDSG bei natürlichen Personen eröffnet. Die Verschwiegenheitspflicht der Bank aus dem Bankgeheimnis hingegen ist eine im Rahmen ihrer Geschäftsverbindung bestehende Nebenpflicht. Umfang und Grenzen des Bankgeheimnisses haben sich gewohnheitsrechtlich herausgebildet und sind in Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken konkretisiert. Danach ist eine Bank zur Ver-

schwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt. Informationen über den Kunden darf sie nur weitergeben, wenn gesetzliche Bestimmungen dies gebieten, der Kunde eingewilligt hat oder die Bank zur Erteilung einer Bankauskunft befugt ist.

Das Verhältnis zwischen Datenschutzrecht und Bankgeheimnis ist im BDSG wie folgt geregelt: § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG sieht hinsichtlich Rechtsvorschriften des Bundes vor, dass diese vorrangig vor dem BDSG gelten. Dagegen wird in § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG für die Verpflichtung zur Wahrung von Berufs- und besonderen Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen und zu denen auch das Bankgeheimnis zählt<sup>14</sup>, statuiert, dass diese Geheimhaltungspflichten durch das BDSG "unberührt" bleiben. Dies bedeutet, dass gesetzliche Geheimhaltungspflichten nach dem BDSG und das vertragliche Bankgeheimnis nebeneinander gelten.<sup>15</sup> Die Weitergabe nicht anonymisierter kreditnehmerbezogener Daten, etwa Namen und Kredithöhe, im Zusammenhang mit der Abtretung von Darlehensforderungen ohne Zustimmung des Kreditnehmers kann damit sowohl das Bankgeheimnis als auch die Vorschriften des BDSG verletzen.<sup>16</sup>

## **2. Risiken bei Übertragung von Sicherungsgrundschulden**

Die veräußerten oder im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übertragenen Kredite sind vielfach durch Grundschulden gesichert, die gemeinsam mit der Forderung an den Erwerber übertragen werden. Andernfalls wäre der Erwerb der entsprechend gesicherten Forderung für einen Investor kaum von Interesse. Als abstrakte Sicherheit im langfristigen Realkreditgeschäft der Banken ist die Grundschuld vom Bestand der Forderung unabhängig (§ 1192 Abs. 1 BGB). Der Zusammenhang mit der Forderung wird über eine schuldrechtliche, fiduziarische Sicherungsabrede hergestellt, die die Zweckbindung der Grundschuld beinhaltet. Sie gewährt dem Kreditnehmer/Sicherungsgeber etwa einen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld bei Erlöschen der gesicherten Forderung. Des Weiteren regelt sie die Voraussetzungen des Vorgehens aus der Grundschuld. Anders als die (abgetretene) Grundschuld selbst, wird der Sicherungsvertrag aber nicht auf den Erwerber der gesicherten Forderung mit übertragen, da es hierzu der Mitwirkung des Schuldners bedürfte. Die Zweckbestimmung der Grundschuld verbleibt vielmehr bei der kreditgebenden (Haus-) Bank.<sup>17</sup> Diese ist bei Abtretung der Grundschuld aus dem Sicherungsvertrag verpflichtet, für die Einhaltung der Zweckbindung durch den neuen Inhaber der Grundschuld Sorge zu tragen. Andernfalls kann der Kreditneh-

---

<sup>14</sup> Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl., 2007, § 1, Rz. 25.

<sup>15</sup> Nobbe, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, WM 2005, 1537, 1544.

<sup>16</sup> Dazu auch Cahn (Fußn. 12), 2041 ff.; Beucher/Räther/Stock (Fußn. 4), 277 ff.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu etwa auch Zimmermann (Fußn. 4), 97 f.

mer/Sicherungsgeber Schadensersatz von der kreditgebenden Bank verlangen, nicht aber von dem ggf. unberechtigt die Vollstreckung in das Grundstück betreibenden Investor. Insofern birgt die Aufspaltung der ursprünglich dualen Rechtsbeziehung zwischen (Haus-) Bank und Kreditnehmer/Sicherungsgeber in ein Dreiecksverhältnis Risiken für den Darlehensnehmer. Dies gilt namentlich im Fall des gutgläubigen einredefreien Erwerbs der Grundschuld durch den Investor. Zwar können nach §§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 1 BGB Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger zustehen, dem Erwerber entgegengesetzt werden. Hierfür müssen die Einreden jedoch im Grundbuch eingetragen oder dem Erwerber im Zeitpunkt der Übertragung bekannt gewesen sein (§§ 1192 Abs. 1, 1157 Satz 2 BGB). Kenntnis von Indizien, die möglicherweise den Schluss auf das Bestehen einer Einrede zulassen, genügt nicht.<sup>18</sup> Des Weiteren verpflichten sich Kreditnehmer gegenüber der kreditgebenden Bank regelmäßig 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. Auch dieses Recht zur sofortigen Vollstreckung lässt sich der Investor übertragen, ohne unmittelbar den schuldrechtlichen Beschränkungen aus dem Innenverhältnis zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer zu unterliegen.<sup>19</sup>

### **III. Fallgruppen**

Für die weitere rechtliche Darstellung der Übertragung von Darlehensforderungen im Zusammenhang mit Bankgeheimnis und Datenschutz sowie der Verwertung mit übertragener Kreditsicherheiten, insbesondere von Sicherungsgrundschulden, ist zwischen vier Fallgruppen zu unterscheiden, nämlich

- der Einzelabtretung von performing loans,
- der Einzelabtretung von non-performing loans,
- der Übertragung von performing loans durch Gesamtrechtsnachfolge,
- der Übertragung von non-performing loans durch Gesamtrechtsnachfolge.

#### **1. Einzelabtretung von performing loans**

##### **1.1 Bankgeheimnis und Datenschutz**

---

<sup>18</sup> BGHZ 103, 72, 81 f.; BGH, NJW 1988, 1375; BGH, WM 1984, 1078; *Clemente*, Verwertung der nicht akzessorischen Grundschuld im Rahmen eines Forderungsverkaufs, ZfIR 2007, 737, 742 Vgl. auch RGZ 54, 218 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Zimmermann* (Fußn. 4), 98.

Die Abtretung von Darlehensforderungen gegen einen vertragstreuen Darlehensnehmer (performing loans) verbunden mit der Weitergabe nicht anonymisierter kreditnehmerbezogener Daten ohne Zustimmung des Kreditnehmers verstößt nach der wohl vorherrschenden Ansicht in der Literatur gegen das Bankgeheimnis.<sup>20</sup> Dies gilt auch bei einer Abtretung an ein Kreditinstitut, da das Bankgeheimnis auch die Datenweitergabe an andere Banken untersagt.<sup>21</sup>

### 1.1.1 Stille Zession

Es ist jedoch zwischen der Abtretung der Forderungen einerseits und der hiermit verbundenen tatsächlichen Weitergabe kreditnehmerbezogener Informationen andererseits zu differenzieren.<sup>22</sup> Demgemäß hat das seinerzeitige Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BaKred) in seinem Rundschreiben 4/97 zur Veräußerung von Kundenforderungen im Rahmen von Asset-Backed-Securities-Transaktionen bezüglich des Verkaufs von Forderungen durch Kreditinstitute an eine Zweckgesellschaft ausgeführt, dass es zur Wahrung des Bankgeheimnisses zwar grundsätzlich erforderlich sei, dass der Forderungsschuldner in die Weitergabe seiner persönlichen Daten bei einer Forderungsabtretung ausdrücklich einwilligt. Einer Einwilligung bedürfe es hingegen nicht, wenn das zedierende Kreditinstitut die Kreditabwicklung einschließlich des Inkassos aufgrund einer Einziehungsermächtigung als Service Agent selbst wahrnehme, da in diesem Fall eine Weitergabe von schuldnerbezogenen Daten an den Forderungserwerber entbehrlich sei. Unabhängig davon, ob das zedierende Kreditinstitut die Funktion des Service Agents wahrnehme oder nicht, sei die Weitergabe solcher Daten ohne Einwilligung des Forderungsschuldners zulässig, die zur Einhaltung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes bei der Forderungsübertragung für eine eventuell erforderlich werdende sachgerechte Rechtsverfolgung durch den Forderungserwerber in der Abtretungserklärung lediglich verschlüsselt werden und deren Entschlüsselung bei einer neutralen Stelle (Notar, EU-Kreditinstitut) verschlossen hinterlegt würden. Der Datentreuhänder sei seinerseits zur Wahrung der Vertraulichkeit zu verpflichten (vgl. BaKred-Rundschreiben 4/1997, Anm. III).<sup>23</sup> Hinsichtlich dieses im Rahmen der Veräußerung von Kundenforderungen bei ABS entwickelten Modells wird in der Literatur vertreten, dass es verallgemeinerungsfähig sei. Soweit im Rahmen der Abtretung von Darlehensforderungen z.B. vereinbart werde, dass die abtretende Gesellschaft weiterhin die tatsächliche Kreditabwicklung nebst Inkasso übernehme, seien die Geheimhaltungsinteressen des Kunden und damit das Bankgeheimnis nicht betroffen.<sup>24</sup> Dem verfügungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genüge

---

<sup>20</sup> Vgl. *Nobbe* (Fußn.15), 1538, m.w.N.

<sup>21</sup> Vgl. *Nobbe* (Fußn. 15), (1540).

<sup>22</sup> *Büttner/Tonner*, Übertragung von Darlehensforderungen und Bankgeheimnis, ZBB 2005, 165, 170.

<sup>23</sup> BaKred-Rundschreiben 4/1997, III.

<sup>24</sup> *Büttner/Tonner* (Fußn. 22).

auch die Übermittlung anonymisierter oder verschlüsselter kreditnehmerbezogener Informationen an den Zessionar.<sup>25</sup> § 402 BGB, der den Zedenten verpflichtet, dem Zessionar die zur Geltendmachung der Forderung nötigen Auskünfte zu geben, zwingt das abtretende Unternehmen keineswegs notwendigerweise zur Weitergabe solcher Daten an den Zessionar, da § 402 abgedungen oder beschränkt werden könne. Danach ist die stille Zession, bei der die Forderungen des Kreditportfolios sowie die hierzu gehörenden Sicherheiten zwar an den Erwerber abgetreten werden, die Daten jedoch beim veräußernden Institut verbleiben, das als Servicing Agent die Abwicklung des Portfolios für die den Erwerber übernimmt mit dem Bankgeheimnis zu vereinbaren. Voraussetzung wäre, dass § 402 BGB insoweit in dem Abtretungsvertrag abgedungen wird, dass die zur Einhaltung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes erforderlichen kreditnehmerbezogenen Informationen lediglich anonymisiert oder verschlüsselt an den Erwerber übertragen werden. Die Entschlüsselung sollte bei einem Notar als Datentreuhänder verschlossen hinterlegt werden. Zu den zu hinterlegenden Daten sollte nicht nur der Name des Darlehensnehmers beziehungsweise der Sicherungsgeber gehören, sondern auch die konkrete Bezeichnung eines belasteten Grundstücks und des konkreten Grundpfandrechts, da aufgrund dieser Angaben die dahinterstehende Person leicht bestimmbar ist. Zudem sollte der Veräußerer sowohl zur Einziehung der abgetretenen Forderungen als auch zur Durchsetzung der abgetretenen Sicherheiten ermächtigt werden.

Auch beim Datenschutzrecht ist zwischen dem rechtlichen Übertragungstatbestand (der Abtretung) einerseits und der hiermit verbundenen tatsächlichen Informationsweitergabe andererseits zu differenzieren. Soweit die Daten beim Veräußerer verbleiben, kann argumentiert werden, dass keine Übermittlung personenbezogener Daten im Sinne von §§ 4 und 28 BDSG vorliegt und somit ein Tatbestand unter dem Bundesdatenschutzgesetz nicht gegeben ist.

Bankgeheimnis und Datenschutzrecht sind damit von vornherein nicht berührt, wenn ausschließlich anonymisierte Daten an den Erwerber weitergegeben werden, das veräußernde Kreditinstitut für die Einziehung und weitere Betreuung der Kreditforderungen (Servicing) verantwortlich bleibt. Die Abtretung erfolgt im Wege der stillen Zession. Für den Kreditnehmer ändert sich nichts.<sup>26</sup>

### 1.1.2 Offene Zession

---

<sup>25</sup> *Nobbe* (Fußn. 15), 1541.

<sup>26</sup> Ein möglicher Nachteil aus Erwerbersicht besteht allerdings darin, dass das veräußernde Institut im Außenverhältnis Gläubiger bliebe und Kreditnehmer gemäß § 407 Abs. 1 BGB schuldbefreiend an dieses leisten können.

Werden dagegen bei der – offenen – Zession ordnungsgemäß bedienter Darlehensforderungen nicht anonymisierte Kreditnehmerdaten an einen Erwerber weitergereicht, so ist hierfür die Zustimmung jedes Kreditnehmers erforderlich, andernfalls sind sowohl das Bankgeheimnis als auch die einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen verletzt. Es stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen.

### 1.1.2.1 Abtretungsverbot

Nach einer Entscheidung des BGH vom 27. Februar 2007<sup>27</sup> führt dies entgegen einer früheren Entscheidung des OLG Frankfurt a.M.<sup>28</sup> jedoch nicht etwa zu einem stillschweigend vereinbarten (§ 399 Alt. 1 BGB) oder gar gesetzlichem (§ 134 BGB) Abtretungsverbot.

Ein Abtretungsverbot folgt auch nicht aus der jüngst von *Schwintowski/Schantz*<sup>29</sup> geäußerten Rechtsansicht, dass eine Darlehensforderung bei Abtretung an ein Nicht-Kreditinstitut eine wesentliche Inhaltsänderung i.S.d. § 399 Alt. 1 BGB erfahre, die mit dem ursprünglichen Vertragsprogramm nicht vereinbar sei. Zwar mag die Abtretung einer Forderung in denjenigen Fällen ausgeschlossen sein, in denen die Person des Gläubigers wesentlich für Inhalt und Identität der Forderung ist.<sup>30</sup> Allerdings hängt die Abtretung eines grundpfandrechtl. gesicherten Darlehens nicht von der Eigenschaft des Kreditgebers/Gläubigers als Kreditinstitut im Sinne des KWG ab. Eine "nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers" kann nur in engen Ausnahmefällen angenommen werden. Denn die Grundidee des BGB ist die freie Verkehrsfähigkeit von Forderungen<sup>31</sup>, die nicht ohne ausdrückliche Anordnung für einzelne Branchen, etwa für Kreditinstitute, eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Eine ausdrückliche Einschränkung der Veräußerbarkeit von Kreditforderungen enthält etwa § 6 Abs. 2 BausparkG für – zweckgebundene – Bauspardarlehen. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Abtretung einer Darlehensforderung allenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn die Rückzahlungspflicht an den Eintritt einer in der Person des Zedenten liegenden Bedingung geknüpft ist.<sup>32</sup>

Im Übrigen bleibt das Vertragsverhältnis mit der das Darlehen gewährenden Bank selbst bestehen, d.h. die Bank haftet dem Kunden sowohl bei Verletzungen des Darlehensvertrages als auch des Sicherungsvertrages. Daher wird die abtretende Bank - wie es der gängigen Praxis entspricht - aus eigenem Interesse im Rahmen der Abtretung dafür Sorge tragen, dass auch der Rechtsnachfolger die vertraglichen Verpflichtungen, etwa Vertraulichkeit, Bankgeheimnis etc. einhält, um nicht selbst schadensersatzpflichtig zu werden. Es

---

<sup>27</sup> DB 2007, 793 ff. Ähnlich schon OLG Stuttgart, ZIP 2005, 1777 ff.; OLG Köln, WM 2005, 2385 ff.; KG, NZG2006, 706 ff.; LG Koblenz, WM 2005, 30 ff.

<sup>28</sup> WM 2004, 1386 ff. Dazu *Böhm*, Asset Backed Securities und die Wahrung des Bankgeheimnisses, BB 2004, 1641 ff.; *Bruchner*, Kein "stillschweigender" Abtretungsausschluss bei Bankforderungen, BKR 2004, 394 ff.; *Jobe*, Verkauf und Abtretung von Kreditforderungen und das Bankgeheimnis, ZIP 2004, 2415 ff.; *Rinze/Heda*, Non-Performing Loan und Verbriefungs-Transaktionen: Bankgeheimnis, Datenschutz, § 203 StGB und Abtretung, WM 2004, 1557 ff.; *Stiller*, Asset-Backed Securities und das Bankgeheimnis, ZIP 2004, 2027 ff.

<sup>29</sup> (Fußn. 1), 472 ff.

<sup>30</sup> So *Schwintowski/Schantz* (Fußn. 1), 473, unter Berufung auf OLG Köln, NJW 2000, 2987 ff.

<sup>31</sup> Siehe nur *Busche*, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl., 2005, Einl. zu § 398 ff., Rz. 4.

kann also keine Rede davon sein, dem Kreditnehmer werde ein neuer Vertragspartner "aufgedrängt". Gänzlich unzutreffend ist es, dass ein Darlehensvertrag "aus aufsichtsrechtlichen Gründen" nur mit einem Kreditinstitut im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KWG abgeschlossen werden kann.<sup>33</sup> Die aufsichtsrechtliche Einordnung des gewerblichen Kreditgeschäfts als "Bankgeschäft" spielt zivilrechtlich keine Rolle. Vertragsinhalte und -parteien richten sich allein nach §§ 488 ff. BGB. Dort wird allenfalls in §§ 491 ff. BGB zwischen Unternehmern und Verbrauchern differenziert, nicht jedoch dergestalt, dass Kredite nur durch Unternehmen oder gar Kreditinstitute im aufsichtsrechtlichen Sinne vergeben werden dürften. Lediglich das gewerbliche Kreditgeschäft wird vom KWG an das Erfordernis einer Bankerlaubnis geknüpft. Dieses Erfordernis dient allein dem allgemeinen öffentlichen Interesse an einem funktionsfähigen Bankensystem in Deutschland (§ 4 Abs. 4 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz), nicht hingegen dem Schutz einzelner Darlehensschuldner oder Verbraucher.<sup>34</sup> Dass der Kreditgeber einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegt, ist für den Kreditnehmer unmittelbar nicht von Belang. Zivilrechtlich sind ohne eine ggf. erforderliche Bankerlaubnis abgeschlossene Darlehensverträge gleichwohl wirksam. Im Übrigen würde lediglich die Begründung eines Darlehensverhältnisses oder eine echte Prolongation mit Begründung eines neuen Kapitalnutzungsrechtes eine Bankerlaubnis voraussetzen, nicht hingegen der Erwerb einer Darlehensforderung von einem Kreditinstitut. Des Weiteren sind die am Markt tätigen Finanzinvestoren als Aufkäufer von Kreditportfolien ohnehin üblicherweise im Besitz einer Bankerlaubnis bzw. halten ein Kreditinstitut im aufsichtsrechtlichen Sinne in ihrer Gruppe. Andernfalls ließe sich möglicherweise ein "Bankmantel" beschaffen.

### 1.1.2.2 Schadensersatz

Ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis hätte (neben einem negativen Reputationseffekt) möglicherweise eine Schadensersatzpflicht aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 488 BGB zur Folge. Die Verletzung des Bankgeheimnisses stellt eine Pflichtverletzung im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Dies hat der Bundesgerichtshof in seiner jüngsten Rechtsprechung auch ausdrücklich für den Fall der Verletzung des Bankgeheimnisses im Rahmen der Abtretung von Darlehensforderungen eines Kreditinstituts bestätigt.<sup>35</sup> Voraussetzung wäre allerdings der Eintritt eines ersatzfähigen Schadens. Der bloße Umstand, dass dem Kreditnehmer ein neuer Gläubiger gegenübersteht, führt für sich genommen noch nicht zu einem Schaden, da sich für den Kunden wirtschaftlich keine Unterschiede ergeben.<sup>36</sup> Ein Vermögensschaden kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Erwerber die erste

---

<sup>32</sup> OLG Köln, NJW 2000, 295; *Busche* (Fußn. 15), § 399 BGB, Rz. 37.

<sup>33</sup> So aber *Schwintowski/Schantz* (Fußn. 1), 473.

<sup>34</sup> Vgl. *Fischer*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, Kreditwesengesetz, 2. Aufl., 2004, Einf., Rz. 63 ff.

<sup>35</sup> BGH, BB 2007, 793, 795.

<sup>36</sup> *Bütter/Tonner* (Fußn. 22), 171.

Rückzahlungsschwäche oder Verschlechterung der Bonität (§ 490 Abs. 1 BGB) zur Kündigung und Fälligestellung des Darlehens nutzt und in Ermangelung ausreichender Liquidität des Darlehensnehmers die Darlehensschuld eintreibt.<sup>37</sup> Allerdings fehlte es dann regelmäßig an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Denn die Veränderung der Güterlage hätte auch ohne die Abtretung der Forderung und Weitergabe kundenbezogener Daten erfolgen können, da auch die abtretende Bank eine Kündigung und Fälligestellung des Darlehens sowie Eintreibung der Darlehensschuld hätte bewirken können. Im Schrifttum wird es daher für "sehr unwahrscheinlich" gehalten, dass ein Darlehensnehmer erfolgreich einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem das Bankgeheimnis verletzenden Zedenten geltend machen kann.<sup>38</sup>

Grundsätzlich in Betracht kommt neben einem vertraglichen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Bankgeheimnisses ein Schadensersatzanspruch nach § 7 BDSG, der eine eigenständige Haftungsnorm bei schuldhaften Datenschutzverstößen enthält.<sup>39</sup> Bei dem dem Betroffenen zugefügten Schaden muss es sich um einen Vermögensschaden handeln, dessen Nachweis im Einzelfall jedoch aus den gleichen Erwägungen wie bei der Verletzung des Bankgeheimnisses regelmäßig schwierig sein wird.<sup>40</sup>

### 1.1.2.3 Außerordentliches Kündigungsrecht des Kreditnehmers

Im Falle der Verletzung des Bankgeheimnisses kann dem Darlehensnehmer ein Recht zur fristlosen Kündigung des Darlehensvertrages aus wichtigem Grund unter Befreiung von der Verpflichtung des Kunden zur Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung nach § 490 Abs. 2 Satz 3 BGB zukommen.<sup>41</sup> Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund folgt aus Nr. 18 Abs. 2 AGB-Banken bzw. Nr. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen. Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn es dem Darlehensnehmer unter angemessener Berücksichtigung auch der Belange des Kreditinstituts unzumutbar ist, die Geschäftsbeziehung fortzusetzen.<sup>42</sup> Diese Voraussetzungen liegen jedoch nicht in jedem Fall der Verletzung des Bankgeheimnisses vor. Insbesondere bei an Verbraucher ausgereichten Immobiliarkrediten ist es für den Kreditnehmer in der Regel ohne Bedeutung, wenn er nunmehr seine Zahlungen an eine andere

---

<sup>37</sup> *Möhlenkamp*, Besteht ein ersatzfähiger Schaden durch Verletzung des Bankgeheimnisses?, BB 2007, 1126, 1127.

<sup>38</sup> *Bütter/Aigner*, Anmerkung zu BGH XI ZR 195/05 vom 27.02.2007, BB 2007, 798, 799.

<sup>39</sup> *Gola/Schomerus* (Fußn. 14), § 7, Rz. 12.

<sup>40</sup> Ferner ist die unbefugte Übermittlung personenbezogener Daten nach § 43 Abs.2 Nr. 1 BDSG bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße von bis EUR 250.000 geahndet werden kann. Hiervon ist in der Praxis bislang wenig Gebrauch gemacht worden, zumal die zuständige Behörde auf die Erhebung eines Bußgelds verzichten kann, wenn die Verantwortlichen gesetzeskonformes Verhalten für die Zukunft zusichern. Vgl. dazu *Gola/Schomerus* (Fußn. 14), § 42; Rz. 29.

<sup>41</sup> OLG Karlsruhe, WM 2001, 1803 f.; *Nobbe* (Fußn. 15), 1547.

<sup>42</sup> *Toth-Feher/Schick*, Distressed Opportunities – Rechtliche Probleme beim Erwerb notleidender Forderungen von Banken, ZIP 2004, 491, 494.

als die kreditgebende Bank leisten muss und beide Banken von seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse Kenntnis haben.<sup>43</sup> Anders kann dies allenfalls im Falle gewerblich tätiger Darlehensnehmer sein, wenn die Zessionarin eine Bank ist, mit der der Kreditnehmer bewusst nicht zusammenarbeiten will, etwa weil es sich um die Hausbank eines Konkurrenten handelt. Derartige Interessenkollisionen dürften jedoch eher die Ausnahme sein. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Darlehensnehmer die Beweislast für das Bestehen eines Rechts zur fristlosen Kündigung trägt. Er muss darlegen und beweisen, dass es ihm aufgrund der Umstände des konkreten Falls unzumutbar ist, die Geschäftsbeziehung mit dem Veräußerer der Darlehensforderung fortzusetzen. Dies dürfte – wenn überhaupt – nur in wenigen Einzelfällen gelingen. Darüber hinaus würde dem Darlehensnehmer ein sofortiges Kündigungsrecht dann wenig nützen, wenn er eine günstige durch eine weniger günstige Finanzierung ablösen müsste.

#### **1.1.2.4 Zwischenergebnis**

Festzuhalten ist bis hierhin, dass die Weitergabe von Kreditnehmerdaten im Rahmen der Abtretung ordnungsgemäß bedienter Kreditforderungen gegen das Bankgeheimnis und das BDSG verstößt. Gleichwohl sind die tatsächlichen Haftungsrisiken des veräußernden Instituts und – korrespondierend – die Rechtsschutzmöglichkeiten des betroffenen Kreditnehmers eher gering.

### **1.2 Verwertung der Grundschuld**

Des Weiteren kann sich in dieser Fallkonstellation der Einzelabtretung von performing loans (und nur in dieser) die Aufspaltung der ursprünglich dualen Rechtsbeziehung zwischen (Haus-) Bank und Kreditnehmer/Sicherungsgeber in ein Dreiecksverhältnis negativ für den Darlehensnehmer auswirken.<sup>44</sup> Ist etwa die zwischenzeitlich erfolgte teilweise Tilgung der gesicherten Forderung weder aus dem Grundbuch ersichtlich noch dem Erwerber positiv bekannt, so kann er gleichwohl die Verwertung der (gutgläubig einredefrei erworbenen) Grundschuld betreiben bzw. die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Der Kreditnehmer/Sicherungsgeber wäre in diesem Fall auf Schadensersatzansprüche gegen die kreditgebende Bank verwiesen, seiner Immobilie jedoch verlustig gegangen, auch wenn er die Darlehensforderung stets ordnungsgemäß bedient hat. Dies erscheint in der Tat kaum hinnehmbar. Genau hieran knüpfen die in jüngster Zeit in den Medien erhobenen Missbrauchsvorwürfe. Soweit ersichtlich, sind tatsächliche Missbrauchsfälle dieser Art allerdings bislang nicht mit hinreichender Gewissheit belegt, so dass es sich möglicherweise nur um einen theoretischen Missstand handelt. Denn in der

---

<sup>43</sup> *Nobbe* (Fußn. 15), 1547 f.

<sup>44</sup> Siehe oben II.2 und unten IV.2.8.

tatsächlichen Praxis nehmen Kreditinstitute von der Einzelabtretung nicht notleidender Kredite schon wegen des bei Weitergabe der Kreditnehmerdaten zu befürchtenden Verstoßes gegen Bankgeheimnis und Datenschutzrecht Abstand. Dies gilt unabhängig von den damit einhergehenden tatsächlichen Haftungsrisiken.<sup>45</sup>

## 2. Einzelabtretung von non-performing loans

### 2.1 Bankgeheimnis und Datenschutz

Anders zu beurteilen ist die Weitergabe nicht anonymisierter Kreditnehmerdaten ohne Zustimmung des Kreditnehmers bei sog. NPL-Transaktionen.<sup>46</sup> Im jüngeren Schrifttum<sup>47</sup> setzt sich hierzu zunehmend die Rechtsauffassung durch, dass es bereits an einer tatbestandlichen Verletzung des Bankgeheimnisses fehlt, d.h. wenn der Kreditnehmer selbst seinen Pflichten aus dem Kreditvertrag nicht nachgekommen ist, etwa mit Zins- oder Tilgungsleistungen in Verzug ist, bereits einen Insolvenzantrag gestellt hat oder die Verpflichtung zur Stellung oder Verstärkung von Sicherheiten nicht innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist erfüllt hat, so dass das Kreditinstitut zur fristlosen Kündigung des Kreditvertrages berechtigt ist. In diesen Fällen hat der Kreditnehmer durch vertragswidriges Verhalten Anlass zur gerichtlichen Geltendmachung der Kreditforderung und damit zur Offenbarung des Kreditverhältnisses etwa auch gegenüber (s)einem Rechtsanwalt oder Gericht gegeben. Die kreditgebende Bank kann deshalb aufgrund des Kreditverhältnisses bzw. eines bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) vom Kreditnehmer verlangen, von ihrer aus dem Bankgeheimnis folgenden Verschwiegenheitspflicht, die grundsätzlich auch nach Beendigung des Kreditvertrages fortbesteht, befreit zu werden. Gleiches muss dann gelten, wenn ein Kreditinstitut die notleidende Kreditforderung, gleichgültig, ob sie aus einem Geschäfts- oder einem Verbraucherdarlehen resultiert, nicht selbst gerichtlich geltend machen, sondern anderweitig verwerten will. Es ist etwa nicht zu beanstanden, wenn die notleidende Kreditforderung an ein seriöses Inkassounternehmen abgetreten oder im Rahmen einer ABS-Transaktion veräußert wird. Angesichts des vertragswidrigen Verhaltens des Kreditnehmers wäre der Einwand, dies verstoße gegen das Bankgeheimnis, rechtsmissbräuchlich.<sup>48</sup> Einem potentiellen Forderungskäufer darf das veräußernde Kreditinstitut also schon im Vorfeld der Verwertung alle für die Transaktion erforderlichen nicht anonymisierten

---

<sup>45</sup> Siehe oben 1.1.2.

<sup>46</sup> Siehe die Definition oben unter I.1.

<sup>47</sup> So überzeugend *Nobbe* (Fußn. 15), 1547; *Schmid*, Wirksame Abtretung von Kreditforderungen durch Kreditinstitute, *BaFinJournal* 04/07, 4, 6 f.

<sup>48</sup> *Bruchner/Krepold*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch*, 3. Aufl. 2007, § 39, Rz. 55, 42; *Kristen/Kreppel*, (Fußn. 5), 131.

kreditnehmerbezogenen Daten zur Verfügung stellen, ohne gegen das Bankgeheimnis zu verstoßen.

Entsprechendes gilt für das Datenschutzrecht. Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG ist die Übermittlung personenbezogener Daten zulässig, soweit sie zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung der Daten überwiegt. Diese Voraussetzung ist bei der Abtretung notleidender Kreditforderungen erfüllt. Es gelten die vorstehenden Erwägungen zum Bankgeheimnis. Die anzustellende Interessenabwägung führt zu dem Ergebnis, dass das Interesse des kreditgebenden Instituts an der Abtretung einer notleidenden Forderung höher zu bewerten ist als das Geheimhaltungsinteresse des (vertragsuntreuen) Kreditnehmers.

## **2.2 Verwertung der Grundschild**

Anders als im Falle des ordnungsgemäß vom Schuldner bedienten Kredits wäre – jedenfalls nach erfolgter Kündigung wegen Zahlungsverzugs oder Bonitätsverschlechterung – auch das kreditgebende Institut selbst nach Maßgabe des mit dem Kreditnehmer/Sicherungsgeber bestehenden Sicherungsvertrages regelmäßig zur Verwertung der Grundschild berechtigt. Demgemäß kann es grundsätzlich nicht zu beanstanden sein, wenn auch der Erwerber der notleidenden Kreditforderung im Rahmen der ursprünglichen Zweckbindung von den gleichen (Vollstreckungs-) Rechten Gebrauch macht. Denn auch ein entsprechendes Vorgehen des Veräußerers wäre rechtlich zulässig und der säumige – vertragsbrüchige – Kreditnehmer hätte keinen Rechtsanspruch auf eine wohlwollende Behandlung oder Schonung. Dabei dürfte allerdings vorauszusetzen sein, dass die in Rede stehende Kreditforderung tatsächlich gekündigt ist oder wird. Hierbei handelt es sich – geht man von hier zugrunde gelegten Definition des notleidenden Kredits<sup>49</sup> aus – jedoch nur um einen formalen Akt.

## **3. Übertragung von performing loans durch Gesamtrechtsnachfolge**

### **3.1 Bankgeheimnis und Datenschutz**

Werden Kreditportfolien – wie in der Praxis der Banken regelmäßig der Fall – im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Spaltung nach §§ 123 ff. UmwG übertragen, so

---

<sup>49</sup> Siehe oben I.1. Anders verhielte es sich bei der von Teilen des Schrifttums gebildeten Kategorie des "subperforming-loans". Vgl. hierzu die Nachweise in Fußn. 4. Denn bei diesen bestünde noch keine "Kündigungsreife".

stellt sich die Frage der Verletzung von Bankgeheimnis und BDSG von vornherein nicht.<sup>50</sup> Eine Verletzung kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Investor im Vorfeld der Transaktion Informationen über das von der Bank zusammengestellte Kreditportfolio wünscht und dieses – zumindest auch – performing loans enthält. Dem lässt sich allerdings dadurch entgegenwirken, dass im Rahmen der vorgeschalteten Due Diligence, performing loans nur abstrakt bzw. anonymisiert offengelegt werden (sog. "roter Datenraum").

### **3.2 Verwertung der Grundschuld**

Anders als bei der Einzelübertragung von Kreditforderungen und Grundschulden wird bei Übertragung eines Kreditportfolios im Wege der Ausgliederung oder Abspaltung die Sicherungsabrede zwischen übertragender Bank und Kreditnehmer/Sicherungsgeber ebenfalls auf den Erwerber des Portfolios ausgegliedert oder abgespalten. Dies ist hier unproblematisch möglich, da die Transaktion im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht die Zustimmung des einzelnen Kreditnehmers/Sicherungsgebers erfordert. Das bei Einzelrechtsübertragungen kritisierte Auseinanderfallen von Sicherungsrecht und Sicherungsvertrag findet nicht statt, da die Banken schon aus Gründen des eigenen Schutzes vor Schadensersatzansprüchen von Kreditnehmern auf der entsprechenden Weiterreichung der Zweckbindung einer abgetretenen Sicherungsgrundschuld bestehen. Die Frage des gutgläubigen einredefreien Erwerbs einer Sicherungsgrundschuld mit den daraus resultierenden Risiken für den Kreditnehmer/Sicherungsgeber stellt sich hier nicht.

## **4. Übertragung von non-performing loans durch Gesamtrechtsnachfolge**

Vorstehende Erwägungen zur Übertragung von performing loans im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gelten erst recht für die Ausgliederung oder Abspaltung von non-performing loans auf einen neuen Rechtsträger. Auch hier erfordert die Transaktionsstruktur nach dem UmwG nicht die Zustimmung der einzelnen Kreditnehmer zur Abtretung ihrer Darlehensverbindlichkeiten. Insofern gelten keine Besonderheiten. Hinzu kommt, dass bei notleidenden Krediten bereits tatbestandlich kein Verstoß gegen Bankgeheimnis oder BDSG vorliegt.<sup>51</sup> Auch die Problematik des gutgläubigen einredefreien Erwerbs einer Grundschuld stellt sich aus den genannten Gründen hier nicht. Des Weiteren würde eine Verwertung der Grundschuld auch durch den Erwerber bei einem notleidenden Kredit regelmäßig berechtigt erfolgen.

## **IV. Reformdiskussion**

---

<sup>50</sup> Siehe oben I.3.1.

<sup>51</sup> Siehe oben 2.1.

## 1. Reformansätze

Wie vorstehend gezeigt, können Missbrauchsfälle nur bei Abtretung ordnungsgemäß bedienter Kredite im Wege der Einzelabtretung und dort nur im Zusammenhang mit der unberechtigten Verwertung einer gemeinsam mit der Forderung abgetretenen Grundschuld auftreten. In der Praxis werden Portfoliotransaktionen jedoch regelmäßig im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durchgeführt, um eben gerade die derzeit diskutierten Problemfälle zu vermeiden und einen hinreichenden Schutz sowohl der veräußernden Bank als auch der Kreditschuldner zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund sollte sich der Gesetzgeber die Ausgangsfrage stellen, ob hier nicht ein - zwar latent vorhandenes - aber im Ergebnis doch eher abstraktes Problem diskutiert und zum Anlass einer möglicherweise überschießenden gesetzlichen Neureglung genommen wird.

Als Reaktion auf die in den Medien kolportierten Missbrauchsfälle hat die Bundesregierung bereits im August 2007 ein Eckpunktpapier mit ersten Reformvorschlägen vorgelegt, die am 19. September 2007 auf einer (nicht öffentlichen) Sachverständigenanhörung diskutiert worden sind. Daran anschließend hat das Bundesjustizministerium bis Dezember 2007 unter der Überschrift "Verbesserte Transparenz bei Verkäufen von Kreditforderungen" ein konkretes Maßnahmenpaket erarbeitet, das am 23. Januar 2008 im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages mit Experten erörtert worden ist. Die einzelnen Vorschläge sollen in das "Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundene Risiken" (Risikobegrenzungsgesetz) aufgenommen werden, das dem Bundestag bereits seit längerem vorliegt. Vorgeschlagen wurde u.a. eine Pflicht des Darlehensgebers zum Angebot nicht abtretbarer Darlehensverträge, zur Abgabe eines Folgeangebots oder zum Hinweis auf Nichtverlängerung des Kreditvertrages, zur Anzeige der Abtretung der Darlehensforderung bzw. des Wechsels des Darlehensgebers. Darüber hinaus soll nach den Plänen der Bundesregierung auch Unternehmen die Möglichkeit eröffnet werden, nicht abtretbare Darlehensverträge mit ihren Kreditinstituten zu schließen. Auf der Grundlage der Erörterungen im Rahmen der Sachverständigenanhörung hat zwischenzeitlich der Freistaat Bayern den Entwurf eines "Kreditnehmerschutzgesetzes" als Gesetzesantrag im Bundestag eingebracht. Der Entwurf Bayerns betrifft will vor allem den Rechtsschutz von Darlehensnehmern gegen unberechtigte Vollstreckungsmaßnahmen des Erwerbers einer grundpfandrechtl. gesicherten Darlehensforderung verbessern.

Das tatsächliche Vorliegen von Missbrauchsfällen zwischen den Akteuren und möglicherweise Betroffenen ist nach wie vor strittig. Während Vertreter von Finanzinvestoren immer wieder betonen, dass bislang kein einziger Fall nachgewiesen sei, in dem trotz ordnungsgemäßer Bedienung des gesicherten Kredits in eine Immobilie vollstreckt worden sei, führte etwa Rechtsanwalt *Ingo Schulz-Hennig* auf der Sachverständigenanhörung am 23. Januar

2008 aus, gerade solche Fälle beschäftigten ihn "50 Stunden in der Woche".<sup>52</sup> Die Aussprache vor dem Finanzausschuss des Bundestages hat dabei auch gezeigt, dass Lösungsansätze weniger im Bereich der schuldrechtlichen Regelungen des Kreditvertragsrechts, etwa in Gestalt eines Verbots der Abtretung von Kreditforderungen oder erhöhter Transparenzansforderungen, liegen sollten als vielmehr im Bereich der Verwertung von Sicherheiten durch den Forderungserwerber. Ein generelles Verbot der Veräußerung von Kreditforderungen kann von niemandem gewollt sein. Denn die Notwendigkeit für die Kreditinstitute, gerade notleidende Darlehen auszuplatzen, lässt sich angesichts der aufsichtsrechtlichen Eigenkapitalanforderungen nicht ernsthaft leugnen. Ein Veräußerungsverbot würde Kreditvergaben erheblich erschweren und verteuern. Damit wäre sowohl den kreditgebenden Banken durch Benachteiligung im internationalen Wettbewerb als den kreditnachfragenden Unternehmen und Verbrauchern ein Bärendienst erwiesen. Die True-Sale-Initiative der deutschen Kreditwirtschaft unter Beteiligung der KfW würde konterkariert. Häufig als "Allheilmittel" gepriesene Transparenzregelungen laufen dagegen mitunter Gefahr, zu einer "Nichtinformation durch Überinformation" zu führen. Es sollte nunmehr – wenn überhaupt – darum gehen, insbesondere Verbrauchern die Angst vor unberechtigtem Verlust von Haus und Grundstück nach einem Kreditverkauf zu nehmen, das derzeit ohnehin angeschlagene Vertrauen in den Kreditsektor zu stärken, ohne das für die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Kreditinstitute wichtige Element des Kreditverkaufs über das notwendige Maß einzuschränken.

## **2. Die Reformvorschläge im Einzelnen**

### **2.1 Pflicht des Darlehengebers zum Angebot nicht abtretbarer Darlehensverträge**

Das Diskussionspapier der Bundesregierung vom 17. Dezember 2007 sieht die Aufnahme einer Regelung in das KWG vor, wonach ein das Kreditgeschäft betreibendes Institut auch solche Kredite anzubieten hat, deren Forderungen nicht veräußert werden dürfen. Kreditinteressenten sollen vor Abschluss eines Kreditvertrages unaufgefordert auf dieses Angebot hingewiesen werden.

Eine derartige Regelung ist unter der Prämisse überlegenswert, dass das sich seiner Möglichkeit zur Abtretung der Darlehensforderung begebende Institut, dies auch entsprechend bepreisen darf. Denn "abtretungsresistente" Kredite sind betriebswirtschaftlich anders zu kalkulieren als Kredite, bei denen die Forderungen uneingeschränkt zu Refinanzierungszwecken abgetreten werden können. Andernfalls würde eine Quersubventionierung durch Kreditnehmer erfolgen, deren Kredite wie bislang weiter

---

<sup>52</sup> Vgl. das Wortprotokoll Nr. 16/82 zur Sitzung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages vom 23. Januar 2008, BT-Drucks. 16/7438.

veräußert werden können. Folge wäre eine generelle Kreditverteuerung. Es kann nur darum gehen, dass der um Kredit nachsuchende (gewerbliche oder private) Kunde die Option, der Bank die Möglichkeit zur Abtretung der Darlehensrückzahlungsforderung "abkauft". Dies müsste zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt sein.

Eine andere Frage ist die des Ortes einer entsprechenden Regelung. Die Bundesregierung sieht hierfür einen neuen § 16 KWG-E vor. Die Implementierung einer Pflicht der Kreditinstitute zum Angebot bestimmter Darlehensverträge als einer aufsichtlichen Verpflichtung erscheint allerdings wenig sachgerecht. Bankenaufsicht soll sicherstellen, dass durch die vorbeugende Überwachung Schäden im Kreditwesen und Verluste von Bankkunden verhindert werden.<sup>53</sup> Der Vorschlag der Bundesregierung zielt dagegen auf den Schutz des einzelnen Kreditnehmers, dies weniger im allgemeinen öffentlichen Interesse an einem funktionsfähigen Bankensystem als vielmehr im individuellen Kundeninteresse. Die das KWG administrierende Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) würde in diesem Zusammenhang zur "Verbraucherschutzbehörde" mutieren, auch wenn die Überwachung der Einhaltung der entsprechenden Verpflichtung "ausschließlich im öffentlichen Interesse" liegen soll, wie im Diskussionspapier der Bundesregierung ausgeführt wird. Die Aufnahme einer entsprechenden Verpflichtung würde innerhalb des KWG einen Systembruch darstellen. Zwar regelt das KWG (in §§ 13 bis 22) aufgrund seiner besonderen Risikogeneigtheit das Kreditgeschäft als einziges Bankgeschäft im Detail. Hierbei geht es jedoch ausschließlich um aufsichtliche Anforderungen zum Zwecke der Risikobegrenzung, wie etwa die Begrenzung von Großkrediten oder aufsichtliche Meldepflichten, und nicht um Regelungen, die die Kundenbeziehungen selbst oder gar den Inhalt von Kreditverträgen betreffen.<sup>54</sup> Denn die unmittelbare Wahrnehmung von Kunden- oder Verbraucherbelangen entspricht nicht dem Aufgabenverständnis der Bankenaufsicht und dem Regelungsziel des KWG.<sup>55</sup>

Im Übrigen würde ein neuer § 16 KWG-E nur für solche Kredite gelten, die von Kreditinstituten im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG vergeben würden. Die Masse der in Deutschland abgeschlossenen Kreditverträge wäre hiermit zwar erfasst, nicht jedoch etwa die von Versicherungsunternehmen vergebenen Immobilienkredite. So macht etwa die Ausreichung von Hypothekendarlehen durch Lebensversicherungsunternehmen gerade im Bereich der Wohnungsbaufinanzierung einen erheblichen Anteil des Realkreditmarktes aus.

Will man es hier nicht bei einer freiwilligen Selbstverpflichtung der Kreditinstitute belassen, so wäre in systematischer Hinsicht eine Regelung im BGB vorzuziehen. Allerdings müsste dann in § 488 ff. BGB eine neue Kategorie des Kredits, nämlich des "gewerblichen Kredits"

---

<sup>53</sup> Vgl. *Fischer* (Fußn. 34), Einf., Rz., 61.

<sup>54</sup> Vgl. *Groß*, in: in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 2. Aufl., 2004, Vor §§ 13– 13b, Rz. 1.

eingeführt werden, da zumindest die allgemeinen Regeln der §§ 488 bis 490 BGB auch durch Privatpersonen vergebene Kredite erfassen. Denkbar wäre insofern die Aufnahme einer entsprechenden Verpflichtung in die Regelungen der §§ 491 ff. BGB über den Verbraucherkredit. Zwar würde dies eine entsprechende Option für gewerbliche Kreditkunden ausschließen, was vor dem Hintergrund der gesetzlichen Wertung des § 354 a HGB allerdings hinnehmbar erscheint. Danach sind Abtretungen von Forderungen, die im Rahmen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts begründet wurden, auch entgegen einem nach § 399 BGB vereinbarten Abtretungsverbot wirksam.<sup>56</sup>

## **2.2. Verpflichtung des Darlehensgebers zum Folgeangebot oder Hinweis auf Nichtverlängerung des Vertrages**

Das Diskussionspapier der Bundesregierung sieht in einem neuen § 492 a BGB-E eine Regelung vor, die den Darlehensgeber bzw. den Abtretungsempfänger bei sog. "Abschnittsfinanzierungen"<sup>57</sup> verpflichtet, den Kreditnehmer drei Monate vor dem Ende der Zinsbindung bzw. der Vertragslaufzeit darüber zu unterrichten, ob und ggf. zu welchen Konditionen das Darlehensverhältnis fortgesetzt wird. Die Verletzung der Unterrichtungspflicht soll Schadensersatzansprüche des Darlehensnehmers begründen können.

Eine Pflicht des Kreditgebers oder des Neugläubigers nach Zession oder Gläubigerwechsel im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, den Darlehensnehmer rechtzeitig auf eine bevorstehende Änderung der Kreditkonditionen hinzuweisen, ist im Grundsatz wünschenswert und wird – soweit ersichtlich – von Banken und Sparkassen auch bereits praktiziert. Allerdings sollte auch künftig sichergestellt sein, dass die Unterrichtung noch kein bindendes Vertragsangebot an den Darlehensnehmer darstellt. Zu klären ist in diesem Zusammenhang das Verhältnis der Unterrichtung über eine beabsichtigte Fortsetzung des Darlehensverhältnisses zur Formvorschrift des § 492 Abs. 1 Satz 5 BGB, d.h. die Frage ob die Unterrichtung bereits alle für den (künftigen) Darlehensvertrag geltende Pflichtangaben enthalten muss.

## **2.3. Pflicht zur Anzeige der Abtretung oder des Wechsels des Darlehensgläubigers**

Vorgesehen ist im Diskussionspapier der Bundesregierung des Weiteren eine Ergänzung des bestehenden § 496 Abs. 1 BGB, wonach der Darlehensnehmer zu unterrichten ist, sobald eine Forderung des Darlehensgebers aus einem Darlehensvertrag an einen Dritten abgetreten wird oder in der Person des Darlehensgebers aus sonstigen Gründen ein

---

<sup>55</sup> Vgl. nur *Fischer* (Fußn. 19), Einf., Rz., 64 ff.

<sup>56</sup> Siehe unten 2.6.

<sup>57</sup> Hierunter versteht man Darlehensverträge, in denen ein fester Zinssatz vereinbart wurde, bei denen die Zinsbindung jedoch vor der für die Rückerstattung bestimmten Zeit endet.

Wechsel stattfindet. Hierdurch soll dem Darlehensgeber Gelegenheit gegeben werden, die Geschäftsziele des neuen Gläubigers kennenzulernen und sich bei Zeiten zu entscheiden, ob er eine längerfristige Vertragsbeziehung mit dem neuen Gläubiger oder Vertragspartner fortsetzen möchte.

Transparenz und Schuldnersicherheit sprechen in der Tat für eine solche Unterrichtungspflicht. Sinnvoll ist sie jedoch nur in den Fällen der offenen Zession, wenn dem Darlehensnehmer die Abtretung der Forderung angezeigt wird. In Fällen der stillen Zession, in denen aufgrund einer Vereinbarung für den Zessionar das Servicing beim Zedenten verbleibt, ändert sich für den Darlehensnehmer in der tatsächlichen Abwicklung des Darlehensengagements nichts. Wie in der Bundesratsinitiative des Freistaats Bayern vorgesehen, sollte die Unterrichtungspflicht deswegen auf die Fälle der offenen Zession beschränkt bleiben. Anderenfalls würde ein Zwang zur Offenlegung auch in den Fällen begründet, in denen der Zedent gegenüber dem Kreditnehmer weiterhin wie der Forderungsinhaber auftreten soll. Die stille Zession wäre damit obsolet, was wiederum negative Auswirkungen auf den grundsätzlich wünschenswerten Handel mit Kreditforderungen haben könnte. Nachteile für den Kreditnehmer bei stiller Zession ohne Unterrichtung sind nicht zu befürchten, denn solange dem Kreditnehmer keine Abtretungsanzeige zugeht, kann er nach wie vor schuld- befreiend auf die jeweilige Forderung an seinen Vertragspartner leisten sowie Einwendungen (etwa die Aufrechnung mit Einlagen) erheben, die er gemäß §§ 404, 407 BGB auch dem neuen Gläubiger entgegenhalten kann. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf Artikel 17 Abs. 2 des aktuellen Entwurfs einer neuen Europäischen Verbraucherkreditrichtlinie.<sup>58</sup> Dort ist die Information des Verbrauchers über eine Abtretung der Darlehensforderung ausdrücklich nur für diejenigen Fälle vorgesehen, in denen der ursprüngliche Kreditnehmer nach der Abtretung der Kreditforderung gegenüber dem Verbraucher nicht mehr als Kreditgeber auftritt.

## **2.4 Erweiterung des Kündigungsschutzes der Darlehensnehmer bei Immobiliendarlehensverträgen**

Das Diskussionspapier der Bundesregierung sieht eine ersatzlose Streichung des Ausnahmetatbestandes des § 498 Abs. 3 BGB vor. Nach dieser Vorschrift gelten bislang besondere Anforderungen an die Kündigung von Verbraucherdarlehen wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers nicht für Immobiliendarlehensverträge. Folge des Wegfalls dieser Ausnahmebestimmung wäre, dass die außerordentliche Kündigung eines Immobiliendarlehensvertrages und die Gesamtfälligkeit wegen Zahlungsverzugs des

---

<sup>58</sup> Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Januar 2008 zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (9948/2/2007– C6-0315/2007 – 2002/0222(COD)).

Darlehensnehmers nur noch unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 498 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfolgen könnte. Dem Darlehensnehmer könnte erst gekündigt werden, wenn er mit mindestens 10 % des Nennbetrages des Darlehens bzw. bei einer Laufzeit des Immobiliendarlehensvertrages von über drei Jahren mit mindestens 5 % des Nennbetrages des Darlehens in Verzug ist.

Dieser Vorschlag steht nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Übertragung von Darlehensforderungen auf einen neuen Gläubiger. Dessen ungeachtet werden grundpfandrechtlich gesicherte Kredite regelmäßig über relativ hohe Summen, mit langer Laufzeit und geringer Tilgungsleistung (meist nur 1 % p.a.) abgeschlossen. Eine in Abhängigkeit vom Darlehenskapital errechnete prozentuale Kündigungsschwelle hätte bei Immobiliendarlehen den Nachteil, dass sie bei hohen Zinsen (und damit höheren Monatsraten) schneller erreicht wäre als bei niedrigen Zinsen. Konsequenz wäre eine leichtere Kündbarkeit hochverzinslicher Immobilienfinanzierungen und eine erschwerte Kündbarkeit von Darlehen mit niedrigerem Zinssatz. Um eine solche wenig sachgerechte Differenzierung zu vermeiden, sollte auf Monatsraten abgestellt werden (etwa Rückstände in Höhe von drei Monatsleistungen für eine Dauer von mehr als drei Monaten). Eine derartige Regelung enthält der Vorschlag des Bayerischen Entwurfs eines "Kreditnehmerschutzgesetzes" für einen neuen § 489a BGB-E.

Eine andere Frage ist die, ob die Erweiterung des Kündigungsschutzes durch Aufnahme in den "Allgemeinen Teil" der Regeln über den Darlehensvertrag auch gewerblichen Kreditnehmern zugute kommen soll.

## **2.5 Sonderkündigungsrecht des Darlehensnehmers ohne Vorfälligkeitsentschädigung**

Nach dem Vorschlag der Bundesregierung soll in § 490 BGB ein Abs. 3 eingefügt werden, wonach der Darlehensnehmer einen grundpfandrechtlich gesicherten Darlehensvertrag ohne die Einhaltung einer Frist kündigen kann, wenn in der Person des Darlehensgebers ein Wechsel stattgefunden und der Darlehensnehmer dem Wechsel nicht zugestimmt hat. Ein Alternativvorschlag sieht vor, dass ein Sonderkündigungsrecht auch bei bloßer Abtretung der Forderung zur Anwendung kommt.

Ein derartiges Sonderkündigungsrecht bei Gläubigerwechsel oder Abtretung der Darlehensforderung könnte den Forderungshandel unverhältnismäßig beeinträchtigen. Erschwert würden – über die Ausplatzierung von Darlehensforderungen hinaus – Umstrukturierungen im Bankensektor nach dem Umwandlungsgesetz. Ein derartiges Sonderkündigungsrecht bei Gläubigerwechsel und Abtretung müsste zumindest – ähnlich der Vereinbarung der

Nichtabtretbarkeit<sup>59</sup> – entsprechend bepreist werden können bzw. die Zahlung einer (Vorfälligkeits-) Entschädigung sollte sichergestellt bleiben. Allerdings stellt sich dann die Frage, welchen zusätzlichen Nutzen ein Sonderkündigungsrecht bei Abtretung oder Gläubigerwechsel neben der Verpflichtung zum Angebot "abtretungsfester" Darlehen mit sich bringt.

## **2.6 Nichtabtretbare Unternehmenskredite**

Das Diskussionspapier der Bundesregierung enthält einen Vorschlag zur Ergänzung des § 354a 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. Hierdurch würde es auch einem Kaufmann ermöglicht, einen wirksamen Abtretungsausschluss zu vereinbaren. Insofern steht der Vorschlag in Zusammenhang mit Überlegungen zur Einführung der Neuregelung in § 16 KWG-E,<sup>60</sup> mit der Kreditinstituten die Verpflichtung auferlegt werden soll, "abtretungsfeste" Kredite anzubieten.

Zu bedenken ist hierbei, dass bei Umsetzung dieses Vorschlags möglicherweise deutlich weniger Kreditforderungen für die Besicherung geldpolitischer Refinanzierungsgeschäfte der Kreditinstitute, etwa mit der Deutschen Bundesbank, zur Verfügung stehen werden. Damit einher ginge eine Einschränkung der Refinanzierungsmöglichkeiten der Kreditinstitute bei der Zentralbank, was sich gerade unter den aktuellen Marktbedingungen nachteilig auswirken könnte.

## **2.7 Verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch bei ungerechtfertigter Vollstreckung aus der Urkunde über die Erklärung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung**

Nach dem Vorschlag der Bundesregierung soll § 795 ZPO dahin ergänzt werden, dass auf die Zwangsvollstreckung aus den in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bezeichneten Titeln § 717 Abs. 2 ZPO entsprechend anzuwenden ist. § 717 Abs. 2 ZPO sieht einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch bei der Aufhebung und Abänderung von für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen vor. Die Verweisung würde bewirken, dass derjenige, der zu Unrecht aus einer vollstreckbaren Urkunde vollstreckt, auch dann zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn ihn kein Verschulden trifft.

---

<sup>59</sup> Siehe oben 2.1.

<sup>60</sup> Siehe oben 2.1.

Auch dieser Vorschlag ist nicht allein durch die Problematik des Kreditverkaufs motiviert. Gleichwohl wäre eine solche Regelung sachgerecht. Wer von dem Recht Gebrauch macht, aus einer Urkunde zu vollstrecken, ohne dass zuvor ein Gericht die materielle Berechtigung überprüft hat, muss für die Risiken eintreten, die sich aus einer nicht gerechtfertigten Vollstreckung ergeben.

## **2.8 Insbesondere: Vollstreckung aus Sicherungsgrundschulden**

Einen weiteren, wesentlich näher liegenden, Reformvorschlag hat die Bundesratsinitiative des Freistaats Bayern in die Diskussion eingebracht. Ansatzpunkt ist das für den Schuldner einer abgetretenen Kreditforderung, die durch eine mit abgetretene Sicherungsgrundschuld gesichert ist, bestehende latente Risiko, dass der neue Gläubiger entgegen dem mit dem Kreditgeber bestehenden Sicherungsvertrag in die als Sicherheit dienende Immobilie vollstreckt, ohne hierzu nach dem Sicherungsvertrag berechtigt zu sein. Es geht weniger um die Frage mangelnder Transparenz oder der Zulässigkeit des Kreditverkaufs an sich oder dessen schuldrechtlichen Rahmenbedingungen. Soweit ersichtlich, ist Kernthema aller kolportierten Missbrauchsfälle primär die Zwangsvollstreckung in eine (Wohn-) Immobilie, so dass der Gesetzgeber auch genau hier ansetzen sollte. Hält man einen Schadensersatzanspruch des Kreditschuldners/Sicherungsgebers gegen den Kreditgeber/Forderungsverkäufer im Falle der unberechtigten Zwangsvollstreckung durch den neuen Gläubiger für unzureichend, so ist dies der richtige Ansatz. Inzwischen ist offensichtlich auch das Bundesjustizministerium auf diese Linie eingeschwenkt.<sup>61</sup> Eine Beeinträchtigung des – an sich wünschenswerten – Instruments des Kredithandels würde vermieden.

Eingeführt werden soll ein neuer § 1192 Abs. 2 BGB-E. Dieser sieht vor, dass bei der Sicherungsgrundschuld Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrages mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschuld entgegen gesetzt werden kann. Damit würde allerdings die Sicherungsgrundschuld in diesem Zusammenhang zu einem akzessorischen Sicherungsmittel ausgestaltet und der Unterschied zur Hypothek (§ 1157 Satz 1 BGB) weitgehend aufgelöst. Fraglich ist allerdings, ob dies vermieden werden kann durch Einführung einer (widerlegbaren) gesetzlichen Vermutung, wonach der neue Gläubiger eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag gegen die Grundschuld kennt, anstelle einer Übertragung der Regel des § 1157 Satz 1 BGB auf die Sicherungsgrundschuld. Denn hier stünde der neue Gläubiger regelmäßig vor der Schwierigkeit, die Vermutung durch Beweis einer negativen Tatsache (Nichtkenntnis) widerlegen zu müssen, so

---

<sup>61</sup> Siehe die Stellungnahme des Parl. Staatssekretärs *Hartenbach* zum Gesetzesantrag des Freistaats Bayerns im Bundesrat, Stenografische Berichte des Bundesrats, Plenarprotokoll 842 vom 14.03.2008.

dass zumindest eine faktische Akzessorietät zwischen Forderung und Grundschuld bestünde.

Eine weitere Schutzlücke für den Grundstückseigentümer ergibt sich im Fall der Übertragung der Sicherungsgrundschuld de lege lata daraus, dass er dem Erwerber nur diejenigen Einreden entgegensetzen kann, deren Tatbestand im Zeitpunkt des Übergangs bereits vollständig verwirklicht war.<sup>62</sup> Einreden, die dem Grundstückseigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen (im Zeitpunkt des Übergangs also bereits verwirklicht waren), sind z. B. die Einreden der Nichtvalutierung, des vollständigen oder teilweisen Erlöschens der gesicherten Forderung vor der Übertragung der Grundschuld oder die Einrede der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung. Dem gegenüber ist der häufigste Fall einer "sich aus dem Sicherungsvertrag ergebenden" Einrede der Einwand, die gesicherte Forderung sei nach Übertragung der Sicherungsgrundschuld in voller Höhe oder teilweise getilgt worden. Erfüllt also der Eigentümer die gesicherte Forderung durch Leistung an den bisherigen Gläubiger, nachdem dieser die Sicherungsgrundschuld übertragen hat, kann dem Erwerber der Grundschuld das Erlöschen der gesicherten Forderung nicht entgegengehalten werden. Auch diese Schutzlücke will der vorgelegte Entwurf schließen. Vorgesehen ist, dass der Grundstückseigentümer dem Erwerber der Sicherungsgrundschuld nicht nur diejenigen Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegensetzen kann, deren Tatbestand im Zeitpunkt des Überganges bereits erfüllt war. Vielmehr sollen gegen die Inanspruchnahme aus der Sicherungsgrundschuld auch diejenigen Einreden erhoben werden können, "die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben", die also im Zeitpunkt des Übergangs der Sicherungsgrundschuld im Sicherungsvertrag bereits begründet waren, deren Tatbestand aber erst später vollständig verwirklicht wurde. Dies sind z.B. die Einreden des vollständigen oder teilweisen Erlöschens der gesicherten Forderung vor der Übertragung der Grundschuld oder die Einrede der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung.

Ob das geltende Recht einen ausreichenden Schutz des Grundstückseigentümers bei Übergang der Sicherungsgrundschuld auf einen Dritten bietet, mag zumindest abstrakt bezweifelt werden. Grundstückseigentümer können nur schwerlich darauf verwiesen werden, dass es ihnen frei stehe, den Sicherungsnehmern anstelle einer Sicherungsgrundschuld eine Höchstbetragshypothek (§ 1190 BGB) oder eine Sicherungshypothek (§§ 1184, 1185 BGB) zu bestellen. Hypotheken sind für den Sicherungsnehmer aufgrund ihrer strengen Akzessorietät grundsätzlich weniger vorteilhaft als Sicherungsgrundschulden.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> BGHZ 85, 388. 390 f.; BGH, NJW 1988, 1375; BGH, WM 1966, 665.

<sup>63</sup> Der Ausschluss des gutgläubigen einrededefreien Erwerbs hinsichtlich der Einreden aus dem Sicherungsvertrag nähert die Grundschuld in diesem konkreten Zusammenhang zwar der streng akzessorischen Hypothek an, führt aber gleichwohl nicht dazu, dass die Sicherungsgrundschuld im Ergebnis insgesamt der Sicherungshypothek (§§ 11184, 11185 BGB) gleichgestellt würde.

Kreditgebende Banken akzeptieren Hypotheken aus diesem Grunde nicht zu den gleichen Bedingungen als Sicherungsmittel wie Grundschulden. Auch ein im Grundbuch einzutragendes Abtretungsverbot wird gegenüber Kreditinstituten nur schwer durchsetzbar sein. Folge wäre im Übrigen eine Verteuerung des gesicherten Kredits, da dem Institut die Möglichkeit genommen würde, notleidend gewordene Kredite mitsamt der zugehörigen Grundschuld zum Zweck der Realisierung der Forderung abzutreten.<sup>64</sup> Regelmäßig wird es dem Grundstückseigentümer auch nicht möglich sein, einen gutgläubigen einredefreien Erwerb der Sicherungsgrundschuld durch Eintragung von Einreden im Grundbuch zu vereiteln. Sicherungszweck der Grundschuld, das Bestehen eines Sicherungsvertrages oder die gesicherte Forderung stellen alleine noch keine Einreden dar und sind dementsprechend im Grundbuch nicht eintragungsfähig.<sup>65</sup> Eintragbar sind dagegen aus dem Sicherungsvertrag bereits entstandene konkrete Einreden gegen die Grundschuld, etwa die Einrede des Erlöschens der gesicherten Forderung. Tatsächlich ist aber auch die Eintragung derartiger Einreden kaum praktikabel. Ein Sicherungsgeber, der einen Immobiliarkredit über Jahre in kleinen Raten zurückführt, wird kaum bei jeder Teilzahlung die Einrede des Teilerlöschens der gesicherten Forderung im Grundbuch zur Eintragung bringen. Ein hinreichender Schutz resultiert auch nicht daraus, dass dem Grundstückseigentümer Schadensersatzansprüche gegen den ursprünglichen Gläubiger zustehen können, wenn dieser treuwidrig über die Sicherungsgrundschuld verfügt. Insbesondere kann hierdurch der Verlust des Eigentums an dem zu Sicherungszwecken eingesetzten Grundstück nicht abgewendet werden.

Der Ausschluss des gutgläubigen einredefreien Erwerbs hinsichtlich der Einreden aus dem Sicherungsvertrag erscheint auch mit Blick auf die Interessen des Erwerbers der Sicherungsgrundschuld nicht unverhältnismäßig. Denn Grundschulden werden in der Praxis fast ausschließlich zur Sicherung von Forderungen bestellt. Dem Erwerber kann es daher zugemutet werden, vor dem Erwerb der Grundschuld zu prüfen, ob und in welcher Höhe eine durch die Grundschuld gesicherte Forderung besteht. In den besonders häufigen Fällen des Erwerbs von Sicherungsgrundschulden im Rahmen des "Kreditverkaufs" durch ein Kreditinstitut wird der Erwerber die Höhe ausstehender Darlehensforderungen schon im Hinblick auf den zu vereinbarenden Kaufpreis genau feststellen. Zudem kann der Erwerber Schadensersatzansprüche gegen den Forderungsverkäufer geltend machen, wenn er von diesem hinsichtlich etwaiger Einreden gegen die Sicherungsgrundschuld getäuscht wurde.

## **V. Zusammenfassung und Ausblick**

---

Vielmehr bliebe insbesondere der Vorteil der Abstraktheit der Grundschuld gegenüber der Hypothek für den Sicherungsnehmer grundsätzlich bestehen.

<sup>64</sup> Siehe oben 2.1.

<sup>65</sup> BGH, NJW 1986, 53, 54.

Kreditverkäufe sind aus gesamtwirtschaftlicher und aus Sicht der Kreditwirtschaft ein sinnvolles Element der Risiko- und Liquiditätssteuerung. De lege lata ist der Verkauf von Kreditforderungen durch Kreditinstitute auch an Nicht-Banken grundsätzlich zulässig. Gesetzliche oder stillschweigende Abtretungsverbote – auf welcher rechtlichen Grundlage auch immer – bestehen nicht. Bei der Veräußerung notleidender Kredite sind darüber hinaus auch keine Schadensersatzansprüche wegen Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Verschwiegenheitspflichten gegeben. Auf einzelne – noch nicht einmal hinreichend belegte –

Missbrauchsfälle im Zusammenhang mit der Verwertung von Sicherheiten mit einem Verbot des Kredithandels zu reagieren, würde bedeuten, "das Kind mit dem Bade auszuschütten". Gleichwohl erscheint vor dem Hintergrund der aktuellen Missbrauchsdiskussion eine Reaktion des Gesetzgebers angezeigt, um verlorenes Vertrauen namentlich bei Verbrauchern wieder herzustellen. Falsch wären allerdings überzogene Transparenzanforderungen oder Eingriffe in die Vertragsfreiheit, die das Kreditgeschäft der Banken weiter bürokratisieren und verteuern würden. Die Lösung sollte vielmehr dort ansetzen, wo Missbrauchsfälle thematisch zu verorten sind, nämlich bei der unberechtigten Vollstreckung aus mit abgetretenen Kreditsicherheiten. Einzelne Vorschläge der Bundesregierung zu Neuregelungen in §§ 488 ff. BGB können dabei allenfalls flankierende Maßnahmen sein. Hier sollte mit Augenmaß vorgegangen werden, um einerseits deutsche Kreditinstitute nicht im internationalen Wettbewerb zu benachteiligen und andererseits Kredite für Verbraucher nicht prohibitiv zu verteuern.

WORKING PAPERS

- 1      Andreas Cahn                    Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für  
Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und  
Rechtsschutz Betroffener  
(publ. in: ZHR 167 [2003], 262 ff.)
- 2      Axel Nawrath                     Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele  
und Aufgaben der Politik, insbesondere des  
Bundesministeriums der Finanzen
- 3      Michael Senger                    Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12  
Abs. 1 KWG  
(publ. in: WM 2003, 1697-1705)
- 4      Georg Dreyling                    Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung  
des Finanzplatzes Deutschland
- 5      Matthias Berger                   Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt  
Börsen- und Wertpapierrecht
- 6      Felicitas Linden                   Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie-  
Herausforderungen bei der Gestaltung der Richtlinie
- 7      Michael Findeisen                 Nationale und internationale Maßnahmen gegen die  
Geldwäsche und die Finanzierung des Terrorismus – ein  
Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der  
Finanzmärkte
- 8      Regina Nößner                    Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung  
zwischen wirtschaftlich sinnvollem und strafrechtlich  
relevantem Verhalten
- 9      Franklin R. Edwards               The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and  
Investor Protection  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and  
Regulation, 2004, S. 30 ff.)
- 10     Ashley Kovas                     Should Hedge Fund Products be marketed to Retail  
Investors? A balancing Act for Regulators  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and  
Regulation, 2004, S. 91 ff.)
- 11     Marcia L. MacHarg                 Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a  
New Direction?  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and  
Regulation, 2004, S. 55 ff.)

- 12 Kai-Uwe Steck Legal Aspects of German Hedge Fund Structures  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 135 ff.)
- 13 Jörg Vollbrecht Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei der Umsetzung der OGAW – Richtlinien
- 14 Jens Conert Basel II – Die Überarbeitung der Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik
- 15 Bob Wessels Germany and Spain lead Changes towards International Insolvencies in Europe
- 16 Theodor Baums / Kenneth E. Scott Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and in Germany  
(publ. in: AmJCompL LIII (2005), Nr. 4, 31 ff.; abridged version in: Journal of Applied Corporate Finance Vol. 17 (2005), Nr. 4, 44 ff.)
- 17 Bob Wessels International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies
- 18 Michael Gruson Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter Börse: Die sogenannte Globale Aktie  
(publ. in: Die AG 2004, 358 ff.)
- 19 Michael Gruson Consolidated and Supplementary Supervision of Financial Groups in the European Union  
(publ. in: Der Konzern 2004, 65 ff. u. 249 ff.)
- 20 Andreas Cahn Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen  
(publ. in: Der Konzern 2004, 235 ff.)
- 21 David C. Donald The Nomination of Directors under U.S. and German Law
- 22 Melvin Aron Eisenberg The Duty of Care in American Corporate Law  
(deutsche Übersetzung publ. in: Der Konzern 2004, 386 ff.)

- 23 Jürgen Than Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen für Schuldverschreibungen unter besonderer Berücksichtigung der Dematerialisierung und des Depotgesetzes  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 3 ff.)
- 24 Philipp von Randow Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 25 ff.)
- 25 Hannes Schneider Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der Gläubiger  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 69 ff.)
- 26 Hans-Gert Vogel Die Stellung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 94 ff.)
- 27 Georg Maier-Reimer Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der Ersetzung des Schuldners  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 129 ff.)
- 28 Christoph Keller Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung der Problematik einer Aggregation aller Anleihegläubiger  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 157 ff.)
- 29 René Bösch Die Emission von Schuldverschreibungen nach schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 189 ff.)
- 30 Lachlan Burn Bond Issues under U.K. law: How the proposed German Legislation compares  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 219 ff.)
- 31 Patrick S. Kenadjian Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations for the German Law Maker from a U.S. Perspective  
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 245 ff.)

- 32 Andreas Cahn Bankgeheimnis und Forderungsverwertung  
(publ. in: WM 2004, 2041 ff.)
- 33 Michael Senger Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern  
(publ. in: Der Konzern 2005, S. 201 ff.)
- 34 Andreas Cahn Das neue Insiderrecht  
(publ. in: Der Konzern 2005, 5 ff.)
- 35 Helmut Siekmann Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach dem  
geltenden Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für  
Europa
- 36 Michael Senger Gemeinschaftsunternehmen nach dem Kreditwesengesetz
- 37 Andreas Cahn Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz  
(publ. in: Die AG 2005, S. 217 ff.)
- 38 Helmut Siekmann Die Verwendung des Gewinns der Europäischen  
Zentralbank und der Bundesbank
- 39 Guido Ferrarini Contract Standards and the Markets in Financial Instruments  
Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy  
Regulatory Architecture  
(publ. in: European Contract Law Review 2005, p. 19)
- 40 David C. Donald Shareholder Voice and Its Opponents  
(publ. in: The Journal of Corporate Law Studies, Vol. 5,  
Issue 2, 2005)
- 41 John Armour Who should make Corporate Law? EC Legislation versus  
Regulatory Competition  
(publ. in: 58 Current Legal Problems [2005], p. 369 ff.)
- 42 David C. Donald The Laws Governing Corporations formed under the  
Delaware and the German Corporate Statutes
- 43 Garry J. Schinasi/  
Pedro Gustavo Teixeira The Lender of the Last Resort in the European Single  
Financial Market  
(publ. in: Cross Border Banking: Regulatory Challenges,  
Gerard Caprio Jr., Douglas D. Evanoff, George G. Kaufman  
eds., 2006)
- 44 Ashley Kovas UCITS – Past, Present and Future in a World of Increasing  
Product Diversity

- 45 Rick Verhagen A New Conflict Rule for Securitization and other Cross-Border Assignments – A potential threat from Europe (publ. in: Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 2006, p. 270)
- 46 Jochem Reichert/  
Michael Senger Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals im Wege der allgemeinen Feststellungsklage (publ. in: Der Konzern 2006, S. 338 ff.)
- 47 Guido A. Ferrarini One Share – One Vote: A European Rule? (publ. in: European Company and Financial Law Review 2006, p. 147)
- 48 Theodor Baums Die Fremdkapitalfinanzierung der Aktiengesellschaft durch das Publikum (publ. in: Bayer/Habersack (eds.), Aktienrecht im Wandel der Zeit, Vol. 2, 2007, 952 ff.)
- 49 Ulrich Segna Anspruch auf Einrichtung eines Girokontos aufgrund der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“? (publ. in: BKR 2006, S. 274 ff.)
- 50 Andreas Cahn Eigene Aktien und gegenseitige Beteiligungen (publ. in: Bayer/Habersack [Hrsg.] Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, S. 763 ff.)
- 51 Hannes Klühs/  
Roland Schmidtbleicher Beteiligungstransparenz im Aktienregister von REIT-Gesellschaften (publ. in: ZIP 2006, S. 1805 ff.)
- 52 Theodor Baums Umwandlung und Umtausch von Finanzinstrumenten im Aktien- und Kapitalmarktrecht (publ. in: Festschrift für Canaris, Bd. II, 2007, S. 3 ff.)
- 53 Stefan Simon/  
Daniel Rubner Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht (publ. in: Der Konzern 2006, S. 835 ff.)
- 54 Jochem Reichert Die SE als Gestaltungsinstrument für grenzüberschreitende Umstrukturierungen (publ. in: Der Konzern 2006, S. 821 ff.)
- 55 Peter Kindler Der Wegzug von Gesellschaften in Europa (publ. in: Der Konzern 2006, S. 811 ff.)

- 56 Christian E. Decher Grenzüberschreitende Umstrukturierungen jenseits von SE und Verschmelzungsrichtlinie (publ. in: Der Konzern 2006, S. 805 ff.)
- 57 Theodor Baums Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht (publ. in: Die AG 2007, S. 57 ff.)
- 58 Theodor Baums European Company Law beyond the 2003 Action Plan (publ. in: European Business Organization Law Review Vol. 8, 2007, 143 ff.)
- 59 Andreas Cahn/  
Jürgen Götz Ad-hoc-Publizität und Regelberichterstattung (publ. in: Die AG 2007, S. 221 ff.)
- 60 Roland Schmidtbleicher/  
Anh-Duc Cordalis „Defensive bids“ für Staatsanleihen – eine Marktmanipulation? (publ. in: ZBB 2007, 124-129)
- 61 Andreas Cahn Die Auswirkungen der Kapitaländerungsrichtlinie auf den Erwerb eigener Aktien (publ. in: Der Konzern 2007, S. 385)
- 62 Theodor Baums Rechtsfragen der Innenfinanzierung im Aktienrecht
- 63 Theodor Baums The Law of Corporate Finance in Europe – An Essay (publ. in: Krüger Andersen/Engsig Soerensen [Hrsg.], Company Law and Finance 2008, S. 31 ff.)
- 64 Oliver Stettes Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Vorteil oder Ballast im Standortwettbewerb? (publ. in: Die AG 2007, S. 611 ff.)
- 65 Theodor Baums/  
Astrid Keinath/  
Daniel Gajek Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie (publ. in: ZIP 2007, S. 1629 ff.)
- 66 Stefan Brass/  
Thomas Tiedemann Die zentrale Gegenpartei beim unzulässigen Erwerb eigener Aktien (publ. in: ZBB 2007, S. 257 ff.)
- 67 Theodor Baums Zur Deregulierung des Depotstimmrechts (publ. in: ZHR 2007 [171], S. 599 ff.)
- 68 David C. Donald The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America ceded its Shareholders to Intermediaries

- 69 Andreas Cahn Das Wettbewerbsverbot des Vorstands in der AG & Co. KG  
(publ. in: Der Konzern 2007, S. 716 ff.)
- 70 Theodor Baums/  
Florian Drinhausen Weitere Reform des Rechts der Anfechtung von  
Hauptversammlungsbeschlüssen  
(publ. in: ZIP 2008, S. 145 ff.)
- 71 David C. Donald Die Übertragung von Kapitalmarktpapieren nach dem US-  
Amerikanischen *Uniform Commercial Code* (UCC)
- 72 Tim Florstedt Zum Ordnungswert des § 136 InsO  
(publ. in: ZInsO 2007, S. 914 ff.)
- 73 Melanie Döge/  
Stefan Jobst Abmahnung von GmbH-Geschäftsführern in befristeten  
Anstellungsverhältnissen  
(publ. in: GmbHR 2008, S. 527 ff.)
- 74 Roland Schmidbleicher Das „neue“ acting in concert – ein Fall für den EuGH?  
(publ. in: Die AG 2008, S. 73 ff.)
- 75 Theodor Baums Europäische Modellgesetze im Gesellschaftsrecht  
(publ. in: Kley/Leven/Rudolph/Schneider [Hrsg.], *Aktie und  
Kapitalmarkt. Anlegerschutz, Unternehmensfinanzierung  
und Finanzplatz*, 2008, S. 525-535)
- 76 Andreas Cahn/  
Nicolas Ostler Eigene Aktien und Wertpapierleihe  
(publ. in: Die AG 2008, S. 221 ff.)
- 77 David C. Donald Approaching Comparative Company Law
- 78 Theodor Baums/  
Paul Krüger Andersen The European Model Company Law Act Project
- 79 Theodor Baums « Lois modèles » européennes en droit des sociétés  
(publ. in : *Revue des Sociétés* 2008, S. 81 ff.)
- 80 Ulrich Segna Irrungen und Wirrungen im Umgang mit den §§ 21 ff.  
WpHG und § 244 AktG  
(publ. in : Die AG 2008, S. 311 ff.)
- 81 Börsenkooperationen im Labyrinth des Börsenrechts
- Reto Francioni Börsen im internationalen Wettbewerb: Konsolidierung als  
Teilaspekt einer globalen Wachstumsstrategie
- Roger Müller Kooperationen und Zusammenschlüsse von Börsen als  
Bewährungsprobe für das Börsenrecht
- Horst Hammen Verschmelzung von Börsen?

ILF



**INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE**  
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT