

Finanzausschuss des Deutschen Bundestages

Fachgespräch
(nicht öffentliche Anhörung)

19. September 2007

Verkauf von Krediten

Stellungnahme

Prof. Dr. jur. Karl-Joachim Schmelz

Frankfurter Straße 198 B

61118 Bad Vilbel

prof-dr-schmelz@web.de

I. Entstehung, Entwicklungen und aktuelle Fälle

Die Einladung hat den Verfasser aus Gründen, die nicht bei der Bundestagsverwaltung, sondern beim Verfasser liegen, erst sehr spät erreicht.

In der Kürze der Zeit konnte, auch wegen anderer Belastungen, keine umfassende Ausarbeitung erfolgen, insbesondere das Rechtsgutachten zur Rechtmäßigkeit des Verkaufs von Krediten noch nicht abgeschlossen werden.

Der Verfasser gibt daher nachstehend nur einen Überblick über die Entwicklung in den USA (A.) und in Deutschland (B.), stellt fünf recherchierte exemplarische Fälle zusammenfassend und anonymisiert dar (C.), um die praktischen Folgen für die betroffenen Darlehensnehmer zu illustrieren und stellt nur thesenartig einige bisherige Ergebnisse seines Rechtsgutachtens dar (D.).

Zu den Rechtsfragen ist dem Verfasser zudem bekannt, das einschlägig renommierte Kollegen zu den wesentlichen Fragen Stellungnahmen zur Anhörung vorlegen werden.

Auf Schadenersatzansprüche, die wegen des Grundsatzes der ‚Naturalrestitution‘ ebenfalls faktisch zu einer Rückgängigmachung einer NPL-Transaktion führen können, wird hier noch nicht eingegangen.

Der Verfasser beschäftigt sich auch nicht zentral mit den (in der Vergangenheit nahezu ausschließlich diskutierten) gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Fragen, die mit der geballten juristischen Kompetenz zahlreicher bekannter Großkanzleien bearbeitet werden.

Zur Klarstellung sei vorab darauf hingewiesen, daß die NPL-Transaktionen in Deutschland nur einen Teil der gesamten ABS-Transaktionen ausmachen.

Der Verfasser beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit den NPL-Transaktionen. Manche Aussagen sind also auf diese Fallgruppe beschränkt; manche für diese Fallgruppe getroffenen Feststellungen gelten aber auch allgemein für alle ABS-Transaktionen.

Damit soll dem Mißverständnis vorgebeugt werden, der Verfasser wende sich generell und grundsätzlich gegen ABS-Transaktionen, was schon angesichts der ‚Macht des Faktischen‘ auch ein sinnloses Unterfangen wäre.

Es geht dem Verfasser vielmehr darum, daß in anderen Rechtsordnungen (also unter anderen rechtlichen Rahmenbedingungen) und mit anderen Zielsetzungen entwickelte Geschäftsstrukturen nicht einfach prüfungs- und kritiklos auf die deutsche Rechtsordnung und dann schon gar nicht mit ganz anderen Zielsetzungen übertragen werden können und dürfen.

Vor allem beanstandet der Verfasser aber die Art und Weise, wie dies - auch unter Einschaltung des Gesetzgebers - bisher geschehen ist und plädiert für eine Rückbesinnung auf traditionelle, unverzichtbare Grundsätze und Methoden der Gesetzgebung.

A. Entstehung und Entwicklung in den USA

Die Entstehung und Fortentwicklung der hier zu untersuchenden ‚Finanz-Innovationen‘ (ABS-Geschäfte) in den USA seit den 1970’er Jahren erfolgte stets als *Reaktion auf Banken- und Finanzmarkt-Krisen in den USA*.

Dabei ging es in der Regel nicht um ‚*innerlich*‘ nicht funktionierende (also von Ausfällen bedrohte) Problem-Kredite, sondern um *strukturell, systembedingte Problem-Kredite*.

Bei der allgemeinen Etablierung dieser Finanzierungsinstrumente, nach den auslösenden krisenhaften Entwicklungen, die zu ihrer Entstehung führten, wurden vielmehr vorzugsweise ‚*normale*‘, *teilweise sogar hochwertige Kredite für die Verbriefung ausgewählt*.

B. Entwicklung in Deutschland

In Deutschland bestand zunächst wegen andersartiger Bankensystem- und Kapitalmarktstrukturen praktisch kein Bedürfnis für diese Refinanzierungsform und wurden ab 1990 lediglich einzelne ABS-Transaktionen durchgeführt.

Im Zusammenhang mit den Erwerber-Fällen der 1990’er Jahre (sog. ‚Schrottimmobili- en‘) und dem (vor allem steuerlich) fehlgeleiteten ‚Aufbau Ost‘ hatten sich Ende der 1990’er Jahre bei deutschen Banken mehr als 100 Mrd. Euro (innerlich) notleidender, also stark von Ausfällen bedrohter Problem-Kredite angesammelt und (teilweise in ihrer Existenz bedrohte) deutsche Banken suchten mit der Regierung und den Aufsichtsorganen nach einer ABS-Lösung, die jedoch unter den bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen kaum zu realisieren war.

In den Jahren 2003 / 2004 wurde der Bestand an solchen (innerlich) ‚notleidenden Problem-Kredit- en‘ der deutschen Banken bereits auf 150 – 160 Mrd. Euro geschätzt.

Ab dem Jahr 2002 hat der deutsche Gesetzgeber, gelegentlich versteckt, bereits die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Ermöglichung eines ‚Verkaufs von Krediten‘ geändert und kleinere und größere Hindernisse beseitigt.

Im Jahr 2002 wurde durch Änderung des Art. 1 § 5 RBerG dafür gesorgt, daß die Banken für die Forderungsverwaltung („*servicing*“) der an die Zweckgesellschaft übertragenen (also nicht mehr eigenen) Forderungen keiner Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz bedürfen.¹

Im Jahr 2003 erfolgten Änderungen des § 35c Abs. 1 GewerbesteuerG und des § 19 Abs. 3 Gewerbesteuer-DurchführungsVO, wonach der Ankauf von Kreditforderungen eines Kreditinstitutes durch eine Zweckgesellschaft von der Gewerbesteuer ausgenommen wurde. Schreiben des Bundesfinanzministeriums zur Umsatzsteuer stellten

¹ Art. 21a Viertes FinanzmarktförderungsG vom 21.6.2002, BGBl. I, S. 2010, 2072; vgl. etwa *Dittrich / Uhl*, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZKW), Heft 18 vom 7.9.2005, Seite 994;

zudem klar, dass unter bestimmten Voraussetzungen Zweckgesellschaften für den Erwerb von Portfolien und das Servicing durch den Forderungsverkäufer keine Umsatzsteuer zahlen müssen.²

Hier ist jedoch darauf aufmerksam zu machen, daß in Deutschland sozusagen ‚das Pferd von hinten aufgezäumt‘ wurde: trotz nahezu fehlender Praxis und im wesentlichen lediglich stattfindender *Diskussion* über ABS-Transaktionen *allgemein* wurden diese nun ausgerechnet - im Gegensatz zu den USA - **für ausgesprochene ‚bad credits‘ forciert**.

Und dies, obwohl es in Deutschland weder einen speziellen gesetzlichen Rahmen für den ‚Verkauf von Krediten‘ und für deren ‚Verbriefung‘, noch ein ausgeformtes aufsichtsrechtliches Regularium dafür gab (und gibt). Jede Transaktion hätte also im Einzelfall rechtlich umfassend abgeklärt werden müssen und dabei wäre eine Vielzahl rechtlicher Fragen und Probleme zu klären gewesen, quer durch ganz verschiedene Rechtsgebiete.

Solche rechtlichen Prüfungen wurden auch umfangreich und in allen möglichen Richtungen vorgenommen. Eine Gruppe von Beteiligten wurde dabei jedoch (auch vom alsbald tätig werdenden Gesetzgeber) **völlig übersehen: die Darlehensnehmer** (‚borrowers‘).

Eine Durchsicht der einschlägigen amerikanischen und deutschen Literatur zeigt, daß deren Interessen praktisch nicht einmal erörtert, geschweige denn berücksichtigt werden – der ‚borrower‘ spielt überhaupt keine Rolle in den angestellten Überlegungen und geführten Diskussionen. Dem Verfasser ist kein einziges amerikanisches oder deutsches Werk bekannt geworden, daß sich *spezifisch* mit den Interessen des ‚borrowers‘ beschäftigen würde. Lediglich in zwei deutschen Beiträgen wird passim auf den ‚Schuldnerschutz‘ eingegangen.³

Das mag *vielleicht* hingenommen und soll hier nicht weiter untersucht werden im (insbesondere für die USA typischen, auch in Deutschland bedeutsamer werdenden) ‚Normalfall‘ der ‚securitisation‘, bei dem es *nicht* um ‚notleidende‘ Kredite geht.

Im Gegensatz zu den USA waren aber in Deutschland die problematisch gewordenen ABS-Transaktionen **ausgerechnet mit ausgesprochenen ‚bad credits‘ unterlegt**.

Da hätten sich die Wortführer dieser ‚Neuerung‘ ebenso wie der Gesetzgeber wohl schon fragen müssen, ob der Schutz des ‚notleidenden Kreditnehmers‘ (denn er, nicht

² Art. 3 Kleinunternehmerförderungsgesetz vom 31. Juli 2003, BGBl. I, Seiten 1550, 1551; vgl. etwa *Dittrich / Uhl*, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZKW), Heft 18 vom 7.9.2005, Seite 994; *Schmid*, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZKW), Heft 18 vom 7.9.2005, Seite 991; *Frese*, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZKW) 2005, 965

³ *Schneider / Eichholz / Ohl*, Die aufsichtsrechtliche Bewertung von Asset Backed Securities, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 13. Jg., 1992, Heft 20, Seite 1452 – 1459; *Baums*, Asset-Backed Finanzierungen im deutschen Wirtschaftsrecht, Arbeitspapier 2/92 (unter D. I. 4.), allerdings verbunden mit der Fehleinschätzung, daß „die kreditgewährende Bank selbst schon im Eigeninteresse das Kreditverhältnis weiter betreuen“ werde; das ist bekanntlich nicht (mehr) die Regel.

der Kredit ‚leidet Not‘) *ausgerechnet dann* vollständig ignoriert werden kann, wenn sein, bei Realkrediten regelmäßig existenziell bedeutsames ‚Kreditverhältnis‘ im Rahmen von ABS-Transaktionen ‚transferiert‘ wird, mit allen - unten noch zu beschreibenden - Risiken und Gefahren, die sich daraus für ihn ergeben.

Im Jahr 2004 erfolgte dann der Verkauf solcher ‚bad credits‘ (‚*notleidende Kredite*‘, ‚*non performing loans*‘) durch die abgespaltete Hypo Real Estate an den amerikanischen Investor Lone Star. Das Volumen der Transaktion belief sich auf ca. 3,6 Mrd. €. Bei dem in Deutschland bis dahin größten Verkauf von überwiegend (innerlich) ‚faulen Krediten‘ handelte es sich um ca. 4.200 Immobiliendarlehen mit rund 1.700 Kunden – und die problematischen Folgen für die ‚*borrowers*‘ wurden alsbald deutlich (siehe die unten vorgestellten Fälle).

Offensichtlich für die gewerblich Beteiligten völlig überraschend gelangte dann jedoch das OLG Frankfurt in einem rechtskräftig gewordenen Urteil vom 25.05.2004 (8 U 84/04) zu einem mehr als unliebsamen Ergebnis. Es bestätigte eine Entscheidung LG Frankfurt vom 25.03.2004 (23 O 78/04), die in Bankenkreisen als ‚lediglich ein Ausreißer‘ nicht ernst genommen worden war. Die Entscheidung des OLG Frankfurt betraf Kreditforderungen, die der Insolvenzverwalter der Gontard Metallbank AG an Lone Star verkauft hatte. Für eine der im Paket mitverkauften Kreditforderungen waren Aktien verpfändet, welche die Forderungskäuferin verwerten wollte. Über die Wirksamkeit des Darlehensvertrages zwischen dem Kunden und der Gontard Metallbank AG bestand Streit, die Erwerberin wollte die Aktien gleichwohl vor Abschluß dieses Streits veräußern. In einem Verfahren auf Einstweilige Verfügung hat der Darlehensnehmer (‚*borrower*,) diese Verwertung der Sicherheiten für die streitige Kreditforderung erfolgreich verhindert.

Das OLG Frankfurt ging von einer Verletzung des Bankgeheimnisses und dem Bestehen eines vertraglichen Abtretungsverbots bezüglich Kreditforderungen und Sicherheiten aus. Es ist das Verdienst des LG und des 8. Senats des OLG Frankfurt am Main⁴ im Mai 2004 auf den Mißstand der völligen Vernachlässigung, ja bewußten Mißachtung der Rechte und Interessen des ‚*borrowers*‘ aufmerksam gemacht zu haben.

Damit war nicht nur die NPL-Transaktion der Hypo Real Estate von 2004 in ihrer Wirksamkeit gefährdet, sondern auch weitere bereits erfolgte oder gerade in Vollzug befindliche NPL- und ABS-Transaktionen und die aufgrund dieser Entscheidung entstandene Unsicherheit führte zu einem deutlichen Rückgang von NPL- und ABS-Transaktionen ganz allgemein.

„Wegen des großen Interesses und der wirtschaftlichen Bedeutung hat die Bankrechtliche Vereinigung, zu deren Gründungsvätern und Vorstandsmitgliedern der verehrte ... Jubilar [Professor Dr. Klaus J. Hopt] gehört, sich veranlasst gesehen, der 2. Abteilung des Bank-

⁴ OLG Frankfurt, Urt. v. 25.05.2004 - 8 U 84/04 = ZIP 2004, 1449 = Anm. *Langenbacher*, BKR 2004, 330 = EWIR § 399 BGB 1/2004, 741 (R. Freitag)

*rechtstages in Hamburg am 1. Juli 2005 „Bankgeheimnis und Datenschutz als Abtretungshindernis“ als Thema vorzugeben“.*⁵

Die Gutachter der 2. Abteilung des Bankrechtstages 2005 am 1.7.2005 in Hamburg votierten nicht eindeutig, sondern nur mit erheblichen Einschränkungen und Bedenken (*Hammen*⁶) und nicht ohne (geringe) Vorbehalte (*Wittig*⁷) für eine durch entsprechende Gestaltungen und Regularien *herstellbare* Zulässigkeit von NPL-Transaktionen.

Dies bedeutet, daß die durch die Entscheidung des OLG Frankfurt ausgelöste Unsicherheit bezüglich bereits getätigter bzw. schwebender NPL-Transaktionen durch den Bankrechtstag 2005 keineswegs beseitigt war und zahlreiche Fragen offen blieben.⁸

Die Beantwortung aller offen gebliebenen Fragen übernahm der Vorsitzende des für die einschlägigen Fragen zuständigen XI. BGH-Zivilsenats, Herr Gerd Nobbe.

Obwohl einschlägige Revisionsverfahren bereits konkret anstanden (OLG München zum Bankgeheimnis im Fall Kirch vs. Deutsche Bank) und ansonsten zur fraglichen Thematik unmittelbar zu erwarten waren, betätigte sich der Vorsitzende des XI. BGH-Zivilsenats, Herr Nobbe, als ‚Feuerwehr‘.

In einem, den Wünschen der gewerblich Beteiligten der ABS- und NPL-Transaktionen in allen wichtigen Punkten entsprechenden, am 20.08.2005 veröffentlichten Aufsatz⁹ verkündete er (sozusagen vorab und ex cathedra), daß das Bankgeheimnis zwar verletzt sein könne, dies aber für die Wirksamkeit der Übertragung bedeutungslos sei, dem Datenschutz nur eine *nachgeordnete Bedeutung* zukomme und die Annahme eines ‚Abtretungsverbots‘ in diesem Zusammenhang „*abwegig*“¹⁰ sei.¹¹

Nobbe beendete seine ‚Handreichung‘, dabei seine Zielsetzung offenlegend, wie folgt:¹²

⁵ So die Mitteilung von Nobbe, WM 2005, 1537 [1538].

⁶ Prof. Dr. Horst *Hammen*, Justus-Liebig-Universität Gießen: Bankgeheimnis und Abtretungsausschluß, in: *Hadding / Hopt / Schimansky* (Hrsg.), Verbraucher Kredite, insbesondere für Immobilienanlagen – Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz – Bankrechtstag 2005, Berlin 2006 (Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Band 25), Seite 113 - 144

⁷ Arne *Wittig*, Chefsyndikus Deutschland/Zentralauropa der Deutschen Bank AG, Frankfurt am Main: Distressed Loan Trading – Handel mit notleidenden Kreditforderungen unter besonderer Berücksichtigung von Bankgeheimnis und aufsichtsrechtlichen Anforderungen, in: *Hadding / Hopt / Schimansky* (Hrsg.), Verbraucher Kredite, insbesondere für Immobilienanlagen – Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz – Bankrechtstag 2005, Berlin 2006 (Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, Band 25), Seite 145 - 193

⁸ Vgl. den ‚Diskussionsbericht‘ zur 2. Abteilung, in: *Hadding / Hopt / Schimansky* (Hrsg.), a.a.O., Seite 197 ff.

⁹ *Nobbe*, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, WM 2005, 1537 ff.

¹⁰ *Nobbe*, a.a.O., WM 2005, 1537 [1543]

¹¹ Vorwiegend wohl aus ‚optischen Gründen‘ geringfügig abgemildert wurde dieses Ergebnis mit der Einräumung von Schadenersatzansprüchen wegen Verletzung des Bankgeheimnis, die zwar seriös aussehen, deren praktische Bedeutung aber äußerst gering sein dürfte.

¹² *Nobbe*, a.a.O., WM 2005, 1537 [1545]

„Für ausschließlich wirtschaftlich interessierte Banker, denen es nur um die Wirksamkeit von Transaktionen von Kreditforderungen geht, ist das Thema „Bankgeheimnis“ damit erledigt; denn Schadensersatzansprüche von Kreditnehmern wegen Verletzung des Bankgeheimnisses werden mangels eines ersatzfähigen Schadens in der Regel nicht gegeben sein, eine (vorbeugende) Unterlassungsklage oder ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird kaum jemals in Betracht kommen, weil der Kreditnehmer erst nach der Verletzung des Bankgeheimnisses davon erfährt, und ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde ist ebenfalls nicht zu befürchten.“

So manches Bank- und Investoren-Vorstandsmitglied, das bereits absprungbereit auf dem Fensterbrett gestanden hatte, atmete daraufhin erleichtert durch.

Auch der Gesetzgeber hatte sich bereits parallel ans Werk gemacht. Mit dem durch das „Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters vom 22.9.2005“¹³ neu geschaffenen § 22d Abs. 4 KWG wurden (u.a.) die Auswirkungen des rechtskräftigen Urteils des OLG Frankfurt vom 25. Mai 2004 zur Verletzung des Bankgeheimnisses und eines bestehenden Abtretungsverbots bei einer konkreten NPL-Transaktion und deren daraus folgende Unwirksamkeit im Ergebnis (bei Eintragung in das neu geschaffene Register) beseitigt.¹⁴

Im Jahr 2005 „gewann denn auch der deutsche Verbriefungsmarkt nach einer Abschwächung in den Jahren 2003 und 2004 an Dynamik und konnte ein verbrieftes Kreditvolumen in Höhe von 35 Mrd. EUR verzeichnen. Dieser Aufwärtstrend setzte sich auch im Jahr 2006 mit einem Rekordwachstum des verbrieften Kreditvolumens auf knapp 67 Mrd. EUR deutlich fort.“¹⁵ Im Jahr 2006 wurden schon bis zum 31. Juli bereits

¹³ Nach den Vorschriften zum neuen ‚Refinanzierungsregister‘ ist die Eintragung einer Forderung in ein (von der Bank selbst geführtes) Refinanzierungsregister nur ausgeschlossen, wenn ein schriftliches Abtretungsverbot vereinbart wurde. Somit kann trotz mündlichem oder konkludentem Abtretungsverbot ein Gegenstand rechtswirksam im Register eingetragen werden und unterfällt dann den entsprechenden (sozusagen ‚heilenden‘) Wirkungen einer Registereintragung.

¹⁴ Vgl. *Dittrich / Uhl*, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZKW), Heft 18 vom 7.9.2005, Seite 996, Fn. 18; *Moraht / Dippmann*, Neuer Schwung im deutschen Markt für Asset Backed Securities durch die neuen Refinanzierungsregister, CMS Report XII, Mai 2006, führten dazu aus:
„Nebenbei hat der Gesetzgeber mit Schaffung der Refinanzierungsregister noch in einem weiteren, in letzter Zeit sehr umstrittenen Punkt Rechtssicherheit geschaffen.
Das OLG Frankfurt hatte nämlich im Jahr 2004 entschieden, dass aus dem Bankgeheimnis ein konkludentes Abtretungsverbot für Darlehensforderungen abzuleiten sei. Diese Entscheidung ist zu Recht auf harsche Kritik gestoßen, hätte sie doch dazu geführt, dass Kreditinstitute ihre Darlehensforderungen im Rahmen von Verbriefungen nicht wirksam auf die Zweckgesellschaft übertragen können bzw. solche Übertragungen in bereits durchgeführten ABS-Transaktionen unwirksam wären!
Nunmehr bestimmt § 22d Abs. 4 KWG, dass mündlich oder konkludent vereinbarte Abtretungsverbote die Registrierung im Refinanzierungsregister und die Aussonderung im Falle der Insolvenz nicht hindern, so dass jedenfalls durch die Registrierung einer solchen Forderung in einem Refinanzierungsregister ein etwaiges konkludentes Abtretungsverbot aufgrund des Bankgeheimnisses überwunden wird. Entsprechend wird man auch versuchen, noch nicht abgeschlossene Verbriefungen von Darlehensforderungen, die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes aufgesetzt wurden, nunmehr in ein Refinanzierungsregister einzutragen, um das Risiko einer möglichen Unwirksamkeit der Übertragung der Darlehensforderungen auszuschließen.“

¹⁵ KfW Bankengruppe (Internet-Präsenz) > Kreditverbriefung > Deutscher Verbriefungsmarkt (2006)

17 Mrd. Euro alleine an deutschen CMBS (Commercial Mortgage Backed Securities) emittiert.¹⁶

Der neue Finanzminister erklärte im Januar 2006: „Das Kapitel *„Finanzmarktpolitik“* ist ein Eckpfeiler des Koalitionsvertrages. In diesem Politikfeld verfolgen wir eine Strategie, die an die Erfolge der bisherigen Finanzmarktförderung anknüpft und diese mit wegweisenden Zukunftsprojekten verbindet. (...) Daher wollen wir zum Beispiel bestehende Grenzen beim Erwerb von Asset Backed Securities ... abbauen.“¹⁷

Ein Ministerialdirektor aus dem Bundesministerium der Finanzen teilte mit, es sei „dem Ministerium stets wichtig gewesen, dass sich auch der Markt für Asset Backed Securities (ABS) in Deutschland stärker als bislang entwickelt“.¹⁸

Dabei sind der Phantasie der einschlägig gewerblich Beteiligten und der Suche nach weiteren ‚lohnenden Geschäften‘ keine Grenzen gesetzt. So wird z.B. schon überlegt, „ob die öffentliche Hand durch eine Verbriefung Mittel generieren kann, die etwa zur Entschuldung oder zur Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorsorge eingesetzt werden könnten“.¹⁹

Am 27.02.2007 entschied der XI. BGH-Zivilsenat²⁰ dann auch mit (bis in einzelne Formulierungen hinein genau) dem Inhalt, den sein Vorsitzender Nobbe bereits in seinem - oben erörterten - Aufsatz vom März 2005 niedergelegt hatte, nämlich daß durch NPL- oder ABS-Transaktionen das Bankgeheimnis zwar verletzt werden könne, dies aber für die Wirksamkeit der Abtretung bedeutungslos sei, weil sich weder aus dem Bankgeheimnis ein Abtretungsausschluß, noch aus dem BDSG ein Abtretungsverbot ergebe.

¹⁶ Vgl. Rother, ZKW, Heft 22 vom 15.11.2006, Seite 1210.

¹⁷ Vgl. Steinbrück, Was darf die deutsche Kreditwirtschaft von der neuen Bundesregierung erwarten ?, ZKW 2006 (Heft 1), Seite 12

¹⁸ Vgl. Asmussen, Verbriefungen aus Sicht - des Bundesfinanzministeriums, ZKW 2006 (Heft 19), Seite 1016

¹⁹ Vgl. Kusserow, Öffentliche Haushalte und Verbriefung, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZKW), Heft 19 vom 1.10.2006, Seite 1047

²⁰ BGH, Urt. v. 27.02.2007 - XI ZR 195/05 = ZIP 2007, 619 = WM 2007, 643 = VuR 2007, 148 = EWiR 2007, 267:
In Fall nahm die Klägerin, eine Beitreibungs- und Servicegesellschaft einer Bankengruppe, die Darlehensnehmer aus abgetretenem Recht einer Raiffeisenbank auf Rückzahlung eines Darlehens zur Finanzierung des Erwerbs von zwei Eigentumswohnungen in Anspruch. Die Darlehensnehmer bestritten unter Berufung auf das Bankgeheimnis und das Bundesdatenschutzgesetz die Wirksamkeit der Abtretung. Das LG Ravensburg hatte die Klage am 20.01.2005 abgewiesen, das OLG Stuttgart hatte ihr am 22.06.2005 stattgegeben. Der XI. Zivilsenat hat die Revision der Darlehensnehmer zurückgewiesen. Die Klägerin sei zur Geltendmachung der Darlehensforderung befugt, weil der Abtretung weder das Bankgeheimnis noch das Bundesdatenschutzgesetz entgegenstünden. Zwar könne ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht bzw. gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen zu einem Schadensersatzanspruch des Kunden gegen die Bank führen. Die Wirksamkeit der Forderungsabtretung werde hiervon jedoch nicht berührt, weil sich weder aus dem Bankgeheimnis die zumindest stillschweigende Vereinbarung eines Abtretungsverbots, noch aus dem Bundesdatenschutzgesetz oder aus sonstigen Bestimmungen ein gesetzliches Abtretungsverbot herleiten lassen.

Die Begeisterung der interessierten Kreise über diese Entscheidung wurde freilich alsbald getrübt.

Seit Ende Juli 2007, nach dem Zusammenbruch der Bear Stearns Hedgefonds, hat die ‚Kreditkrise‘ die Finanzwelt im Griff. Liquidität, bis dahin im Überfluss vorhanden, ist zwischenzeitlich weltweit zur Mangelware geworden, ‚*asset backed securities*‘ sind im Fokus des Geschehens²¹ und diesbezügliche Geschäfte (Emissionen) treffen derzeit auf Zurückhaltung.

Die Risiken aus den ‚verkauften Krediten‘ würden, so wurde als großer Vorteil der ABS-Transaktionen allgemein angekündigt, ‚*verteilt*‘, ‚*globalisiert*‘ und damit gesamtwirtschaftlich ‚*minimiert*‘. Nun zeigt sich, daß gerade die Risiken bei ‚non performing loans‘ gesamtwirtschaftlich vorzugsweise versteckt wurden und die Realisierung darin verborgener Risiken eben dann auch einen *globalen* ‚Flächenbrand‘ auslösen kann. Die ‚Globalisierung‘ (auch die der Finanzmärkte) funktioniert eben nicht nur in einer Richtung, also nicht nur immer ‚bergauf‘.

Vielleicht wäre zu erwägen, ob den nationalen (und europäischen) Interessen nicht manchmal besser gedient wäre, sich bewußt auf den ‚Verzögerungs-Effekt‘ ordentlich vorbereitender Gesetzgebung einzulassen und nicht jedem ‚Wink‘ der ‚Finanzintermediäre‘ schnellstens oder gar sofort nachzukommen.

Dies und die einseitige Bevorzugung der Finanzwirtschaft bei der Beteiligung an der Gesetzgebung selbst stehen nämlich - nach unmaßgeblicher Ansicht des Verfassers - einer traditionellen, umfassenden, sorgfältigen Prüfung der bestehenden tatsächlichen und rechtlichen Konflikte und der gerecht abwägenden Beurteilung der Interessen *aller* Betroffenen bei der Gesetzgebung schlicht entgegen.

Eine Gesetzgebung nach ‚Florida-Willi‘-Art kann über kurz oder lang nur zu schwerwiegenden Problemen, Unstimmigkeiten im Rechtssystem und weiterer ‚Politikverdrossenheit‘ der Bürger führen.

C. Exemplarische Fälle

Die nachfolgenden aktuellen Fälle illustrieren die praktischen Auswirkungen des ‚Verkaufs von Krediten‘, wobei es sich um eine exemplarische Auswahl, keineswegs um sog. ‚Einzelfälle‘ (im Sinne von ‚Ausrutschern‘) handelt.

Der Verfasser hat die einschlägigen Unterlagen weitgehend selbst gesichtet und sich bemüht, nicht einfach die Sicht der beschwerdeführenden Darlehensnehmer zu übernehmen. Soweit erforderlich, wurde die Eigendarstellung der Betroffenen korrigiert.

Soweit es um Gesprächsinhalte geht, wurden diese regelmäßig von teilnehmenden Zeugen, teilweise Rechtsanwälten, bestätigt.

²¹ Vgl. *Redaktion*, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZKW), Heft 17 vom 1.9.2007, Seite 888.

1. Fall A (Typische Abwicklungs-Probleme)

Nach einer Mitteilung der Bank an A über den Verkauf seines Kredits vom April 2007 an eine Gesellschaft (nur Mitteilung des Namens) meldeten sich in den Folgemonaten gleich **zwei** (andere) verschiedene Gesellschaften (Inkassobüro, Servicegesellschaft) bei A, erklärten sich zu seinen neuen ‚Ansprechpartnern‘ und forderten ihn zu Zahlungen auf.

Nachfragen des A zu den aktuellen Kontoständen, d.h. nach dem unklaren Umfang seiner Rückstände und der Verbuchung seiner in der ‚Schwebezeit‘ erfolgten Zahlungen konnten bisher von keiner der beiden Gesellschaften beantwortet werden.

2. Fall B (Abwicklungs-Probleme mit Konsequenzen)

B wurden mehrmals nacheinander von verschiedenen Gesellschaften verschiedene Konten mitgeteilt, auf die er seine Zahlungen leisten sollte.

Nachdem hinsichtlich der Verbuchung von B geleisteter Zahlungen Unklarheiten entstanden und keine verbindliche Auskunft erteilt werden konnte, stellte er die Zahlungen vorübergehend ein, bis dies geklärt war.

Anschließend meldete sich eine neue Gesellschaft bei B, berief sich auf ‚Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Rückzahlungsverpflichtung‘ und forderte sofortige Gesamtrückzahlung.

Erste Kontenabgleiche mit dieser (zuletzt aufgetretenen) Gesellschaft ergaben Defizite, d.h. mehrere Zahlungen des B waren dort nicht bekannt.

B zahlte unter Vorbehalt erhöhte Raten, um die behaupteten (nicht bestehenden) Rückstände auszugleichen.

Gleichwohl wird von B sofortige und vollständige Rückzahlung verlangt.

3. Fall C (Schwerwiegende Rechtsverstöße bei der Abwicklung)

Ein Investor hatte über eine Zweckgesellschaft von einer Bank u.a. auch kritische Darlehen des C erworben, so auch die von diesem bestellten Grundschulden erlangt und die Servicegesellschaft betrieb Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung.

In einem Gespräch lehnten die Vertreter der Servicegesellschaft eine für C finanzierbare Kreditsanierung ab. Die Immobilien seien werthaltig und man habe jahrelange Erfahrung darin, Schuldner „klein zu kriegen“. C würde sich viel Ärger ersparen, wenn er die Immobilien übertragen oder das Darlehn zum aktuellen Nominalbetrag nebst Verzugszinsen, also in voller Höhe, zurückzahlen würde.

Daß die Forderungen zu einem Bruchteil des aktuellen Nominalwertes erworben worden seien, spiele keine Rolle.

Danach stellte sich heraus, daß die Anträge auf Zwangsversteigerung bzw. Zwangsverwaltung (denen stattgegeben worden war) zwar auf Briefbögen der ursprünglichen

Gläubigerbank gestellt worden waren, die Unterschriften jedoch nicht von Mitarbeitern dieser Bank, sondern von Mitarbeitern der Servicegesellschaft stammten, ohne daß dies erkennbar war.

Die anschließend von der (nicht über eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügenden) Servicegesellschaft vorgelegte, ihr von der ursprünglichen Gläubigerbank erteilte Vollmacht ermächtigte diese in einer ganzen Reihe von Positionen zu Rechtshandlungen, die einem Rechtsanwalt vorbehalten sind.

Das zuständige Landgericht hob wegen dieser Vorgänge (Verstoß gegen das RBerG) den Anordnungsbeschluß des Amtsgerichts betreffs der Zwangsversteigerungsverfahren auf.

Es gibt Gründe für die Annahme, daß die Servicegesellschaft in einer Vielzahl von Fällen gleichermaßen handelte.

4. Fall D (Nichteinhaltung von Ablösungs-Zusagen)

D hatte zur Finanzierung einer größeren Immobilie Darlehen bei einer Hypothekenbank aufgenommen. Nach Feststellung einer Unterdeckung und dem Auftreten von Rückständen, sowie einem Wechsel in der bankseitigen Zuständigkeit forderte die Bank D zu einer Gesamt- oder Teilrückführung seiner Darlehen auf. Nach einem ersten Gespräch ließ die Bank dem D die Grundschuldurkunden zustellen, drohte also mit einer Zwangsvollstreckung.

Weitere Verhandlungen zwischen den Parteien über verschiedene Lösungen führten zunächst zu keinem Ergebnis und die Bank drängte in der Folge auf eine Gesamtablösung.

In den Monaten vor und nach der Jahreswende 2004/2005 war die bankseitige Zuständigkeit ungeklärt und gab es keinen Ansprechpartner für D.

Auch danach kam es zwar zu keiner endgültigen, in einer Urkunde zusammengefaßten Verkaufs- und Ablösungsvereinbarung, im Sommer und Herbst 2005 wurden jedoch von der Bank verschiedene Zusagen gemacht und Eckwerte genannt, unter denen ein - auch unterwertiger - Verkauf von ihr akzeptiert würde. Bedingung war im wesentlichen, daß etwa die Hälfte des noch offenen Darlehens durch Verkäufe rückgeführt würde. Über die rechtliche Bedeutung der verschiedenen Erklärungen der Bank insgesamt streiten die Parteien.

Im Dezember 2005, vor Ablauf einer von der Bank gesetzten Frist, schloß D Kaufverträge mit hinreichenden Bedingungen ab. In der Folge verweigerte die Bank jedoch die erforderlichen Löschungsbewilligungen für die zu ihren Gunsten eingetragenen Grundschulden, auch dann noch, als durch weitere Kaufverträge eine vollständige Darlehensrückführung gesichert erschien.

Nachfragen von D, von den Käufern und vom Notar bei der Bank nach den Gründen wurden nicht beantwortet. Statt dessen verlangte die Bank nunmehr sofortige Gesamt-

rückführung in einem Betrag, was bei einem aus zahlreichen Einheiten bestehenden Immobilienobjekt praktisch nicht erfüllbar erscheint.

Nach weiteren Auseinandersetzungen erfolgte die Kündigung der Darlehen im November 2006.

Durch das Scheitern zahlreicher bereits notariell beurkundeter Kaufverträge nebst Rückzahlung bereits auf dem Notaranderkonto befindlicher Kaufpreise und die Vereitelung weiterer Kaufverträge ist D ein Schaden in Millionenhöhe entstanden.

Danach ergaben sich deutliche Anzeichen dafür, daß die Bank die streitigen Darlehensforderungen (und damit auch die diesbezüglichen Grundschulden, für die Löschungsbewilligungen verweigert wurden) bereits im Jahr 2004 verkauft und übertragen hatte, die Löschungsbewilligungen also gar nicht mehr ohne weiteres erteilen konnte.

Zwar liegen D umfangreiche Unterlagen zu diesem Verkauf und der Übertragung vor, wegen der Anonymisierung läßt sich damit jedoch der Verkauf und die Übertragung möglicherweise nicht zwingend beweisen. Die Bank weigert sich, die Frage zu beantworten, ob sie überhaupt die Darlehensforderungen verkauft und übertragen hat, dies wird also weder bestätigt, noch bestritten.

D droht wegen angekündigter Vollstreckungsmaßnahmen die vollständige Vernichtung seines Vermögens, so daß er zur ‚Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen‘ nicht mehr in der Lage sein wird.

5. Fall E (Grob rechtswidrige Abwicklungspraxis)

Die Darlehensforderungen gegen E waren verkauft worden. E und sein Anwalt recherchierten und erlangten so (trotz der strengsten Geheimhaltung) Einblick in interne Unterlagen, insbesondere auch der Servicegesellschaft. Der Rechtsanwalt von E stellt die Vorgehensweise der Servicegesellschaft (anhand mehrerer von ihm betreuter Fälle) wie folgt dar (vom Verfasser gekürzt und zusammengefaßt):

Die Abwicklung der übernommenen Darlehensforderungen erfolgt - ungeachtet ob diese Forderungen aus gekündigten oder ungekündigten Krediten resultieren - nach einer festgelegten Routine.

Die Vorgaben („rules“) für die Abwicklung dienen ausschließlich dem Ziel einer vollständigen Beitreibung des Nominalwertes der (zu einem sehr viel niedrigeren Wert angekauften) Darlehensforderung, die durch eigene ‚Zurechnungen‘ noch erhöht wird und einer diesem Oberziel dienenden gewinnbringenden Immobilienverwertung.

Die dennoch erfolgende Inaussichtstellung einer ‚*einvernehmlichen Lösung*‘ erfolgt also wider besseres Wissen, weil nach den ‚rules‘ keinerlei Abstriche an der Forderung gemacht werden dürfen; eine Freigabe der Grundschulden erfolgt nur, wenn „Alles“ gezahlt wird. Die Servicegesellschaft stellt sich (ausdrücklich) auf den Standpunkt, die

Forderungen wären „*ordnungsgemäß eingekauft*“ worden und „*werden in voller Höhe realisiert*“.

„*Einvernehmliche Lösung*“ bedeutet also - anders als im in diesem Bankenbereich bisher üblichen Sprachgebrauch - nicht etwa ein vergleichsweises Nachgeben in Bezug auf die übernommene Forderung, sondern nur eine „*Beschleunigung durch Freiwilligkeit*“.

Die Servicegesellschaft beginnt unverzüglich damit, die Sicherheiten zu bewerten und holt entsprechende Kurzexpertisen ein. Nach Rücklauf dieser Daten wird ein Gespräch „*über eine mögliche Ablösung der Forderung*“ mit dem Kunden vereinbart. Dabei bedeutet „mögliche Ablösung“ nur „Zahlung der Gesamtsumme“.

Kommt es dazu nicht (wie regelmäßig der Fall), wird ultimativ eine unwiderrufliche Verkaufsvollmacht gefordert, deren Mustertext u.a. folgenden Satz enthält: „*Die Bevollmächtigte hat die Befugnis, zu den Preisen und Bedingungen zu verkaufen, die ihr angemessen erscheinen.*“

Für den Fall der Weigerung wird signalisiert, dass der Betreffende dann als „kooperationsunwillig“ eingestuft wird.

Als „kooperationsunwillig“ war E dann beginnend im Mai 2005 Repressalien ausgesetzt.

- Bereits vor der Anforderung der Vollmacht durch die Verwertungsgesellschaft erfolgten zahlreiche, offensichtlich von dieser ausgelöste Anfragen bei E wegen des „*zum Verkauf stehenden Objekts*“. In dem Gewerbeobjekt erschienen irgendwelche Personen und fragten auch sehr bedeutsame und bekannte Mieter nach Daten.
- Eine „stille“ Sicherungsabtretung von Mietforderungen wurde vor Eintritt des Sicherungsfalles allen Gewerbemieter (darunter sehr große Unternehmen) offen gelegt, um die Bonität des E bei den Mietern zu beschädigen.
- Unter Verwendung der Grundschuldurkunden erfolgten Vorpfändungen bei allen namhaften Banken am Ort und wurden sämtliche Konten des E blockiert.
- Die zur Tilgungsaussetzung abgetretenen Lebensversicherungen wurden gekündigt und die Rückkaufswerte realisiert, damit also die Werte aus der Schlussdividende zerschlagen. Wegen der Auszahlung der Lebensversicherungen an die Gesellschaft wurde E mit steuerlichen Veranlagungen belastet, da diese als Kreditsicherheit keine Steuerfreiheit genießen und der Ertragsanteil pauschal mit ca. 28 % Einkommensteuer versteuert werden mußte.
- Die Servicegesellschaft erklärte dem E, daß weitere Gespräche nur noch mit ihm (alleine) geführt werden würden und nicht mehr, wenn er - wie bisher - in Begleitung erscheine, auch nicht der seines Rechtsanwalts.

Die verschiedenen Zwangsmaßnahmen (Kontenpfändungen, Kündigung und Verwertung von Sicherheiten, z.B. Kapital-LV, Zwangsverwaltungen) werden bei nicht kooperierenden Darlehensnehmern auch schon vor Eintritt des Sicherungsfalles beantragt

und durchgeführt - unabhängig von z.T. erst Monate später erfolgenden Fälligstellungen oder Kündigungen der Darlehen.

Ersichtlich dienen diese Maßnahmen dem Ziel, ungekündigte Darlehensnehmer finanziell zu blockieren und so erst die Voraussetzungen für Kreditkündigungen zu schaffen. Zugleich wird den Darlehensnehmern so die Möglichkeit genommen, anderweitige Finanzierungen zu beschaffen.

Dabei bedeutet „Alles“ nicht nur die ordnungsgemäß errechnete aktuelle Darlehensforderung, sondern eine durch „Kosten“ und „sonstige Buchungsposten“ erhöhte Forderung, die nicht nachzuvollziehen ist. Auskünfte über die Verbuchung von Zahlungseingängen werden nicht erteilt.

- Im Fall E hatte die Servicegesellschaft nach Offenlegung der Abtretung die monatlichen Mieteinnahmen eingezogen, die danach vom Zwangsverwalter vereinnahmt wurden. E war es nicht möglich, die tatsächlich geflossenen Zahlungen zu ermitteln. Die von der Servicegesellschaft übersandten, unter Hinweis auf einen ‚Software-Fehler‘ nochmals korrigierten Jahreskontoauszügen führten nur etwa 50 % der tatsächlichen Zahlungseingänge auf, was zu einer um ca. 2 Mio. Euro überhöhten Forderung führte.
- Ferner hatte die Servicegesellschaft die *Brutto*-Mieteinnahmen eingezogen, ohne die hierin enthaltene Mehrwertsteuer an das zuständige Finanzamt abzuführen. Dies führte dazu, dass E diesbezüglich ‚geschätzt‘ wurde und Zwangsandrohungen des Finanzamtes erhielt, da er nach wie vor Steuerschuldner für die Umsatzsteuer war. Erst die Androhung einer Anzeige wegen Steuerhinterziehung führte dazu, daß die Servicegesellschaft schließlich die Zahlung der Mehrwertsteuer vornahm.

Die Beantragung der Zwangsverwaltung dient dazu, den Zahlungszufluss aus den Mieteinnahmen zu unterbrechen, da der Zwangsverwalter erst nach einem von ihm bestimmten Zeitraum einen Verteilungstennin anberaumen lässt. Bis zu diesem Zeitpunkt fließen weder dem Darlehensnehmer, noch der Servicegesellschaft irgendwelche Zahlungen zu. Auch diese Maßnahme diene also allein dem Zweck, die Voraussetzungen für eine Kreditkündigung *zu schaffen*, insbesondere gerade dann, wenn die abgetretenen Mieteinnahmen zur Bedienung der Darlehen *ausreichen*, Rückstände also an sich nicht entstehen können.

II. Überlegungen zur Rechtmäßigkeit des Verkaufs von Krediten

Es gibt in Deutschland weder einen speziellen gesetzlichen Rahmen für den ‚Verkauf von Krediten‘ oder für die ‚Verbriefung‘²², noch ein ausgeformtes aufsichtsrechtliches Regularium²³.

²² Anders z.B. in Frankreich, vgl. *Morrissey*, Country profiles, in: *Morrissey*, Helena (Hrsg.), *International Securitisation*, London 1992, S. 281 ff.

Jede konkrete Transaktion muß also im Hinblick auf ihre konkrete (vertragliche und erklärungsmäßige) Ausgestaltung im Einzelfall rechtlich umfassend auf ihre Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit abgeklärt werden.

Dabei ist - entgegen dem stark simplifizierenden Ansatz von *Nobbe* in seinem Aufsatz und des XI. BGH-Zivilsenats in seinem Urteil vom 27.02.2007 - auf jeder Stufe und in jeder Phase der Transaktion eine Vielzahl rechtlicher Fragen und Probleme zu klären, quer durch verschiedene Rechtsgebiete.

A. Zustimmung des Darlehensnehmers

Auf den ersten Blick unproblematisch erscheint der ‚Kreditverkauf‘, wenn der Kreditnehmer einem solchen zugestimmt hat, insbesondere wenn dies individuell und vor dem konkreten Verkauf geschehen ist.

Nicht unproblematisch ist eine abstrakte, pauschale vorweggenommen Zustimmung als (etwa gar noch nicht hervorgehobene) Klausel in Kreditbedingungen.

Bereits das BAKred (als Rechtsvorgänger des BaFin), hatte in seinem Rundschreiben 4/97 darauf hingewiesen:

*"Zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist grundsätzlich erforderlich, dass der Forderungsschuldner in die Weitergabe seiner persönlichen Daten für den Fall einer Forderungsabtretung **ausdrücklich einwilligt**. Hierbei ist dem Kunden **das Geschäft, die Art der weiterzugebenden Daten und ihre Zweckbestimmung sowie der potentielle Empfängerkreis der Daten transparent zu machen**.*

Einer Einwilligung bedarf es hingegen nicht, wenn das zedierende Kreditinstitut die Kreditabwicklung einschließlich des Inkassos aufgrund einer Einziehungsermächtigung als Service Agent selbst wahrnimmt, da in diesem Falle eine Weitergabe von schuldnerbezogenen Daten an den Forderungserwerber entbehrlich ist."

Für klauselmäßige Einwilligungen ist also eine konkrete Prüfung erforderlich, weil dabei bekanntlich auch die individuellen Umstände des Vertragsschlusses eine Rolle spielen können.

Diese Diskussion kann nicht als abgeschlossen angesehen werden.²⁴

²³ Vgl. *Berndsen*, FLF 1991, 190 ff.; anders z.B. die Bank of England, vgl. *Wulfken / Weller*, Die Bank 1992, 644 ff.

²⁴ Vgl. dazu etwa Koch: Abtretbarkeit von Darlehensforderungen im Lichte des AGB-Rechts, BKR 5/2006, 182 ff.

B. Sittenwidrigkeit von NPL-Transaktionen gem. § 138 I BGB

Die ‚Normalrendite‘ des Investors besteht in dem ‚cash flow‘ aus den übernommenen Darlehensforderungen (den Annuitäten).

Die typischen Käufer von NPL-Portfolien sind im Gegensatz zu ‚klassischen‘ (langfristig orientierten) Investoren vor allem entweder an einem schnellen Weiterverkauf von Einzelforderungen (den Aktiva) oder an der Verwertung der damit verbundenen Sicherheiten (insbesondere: Grundstücke) interessiert.²⁵

Im Vordergrund steht nämlich die ‚Rendite‘ aus ihrer Investition (Kaufpreis).

Diese ‚Rendite‘ kann aber im Ergebnis über den laufenden ‚cash flow‘ hinaus gesteigert werden durch Weiterverkauf (von einzelnen Forderungen) zu einem höheren Verkaufspreis als dem Einkaufspreis²⁶ oder durch Verwertung der unterlegten, regelmäßig ‚überwertigen‘²⁷ Sicherheiten (insbesondere: Grundstücke) mit einem höheren Erlös als dem für die Forderung eingesetzten Kaufpreis.

Hier ist daran zu erinnern, daß der von den Investoren gezahlte Kaufpreis für die Forderungen (Darlehen) in der Regel nur einen Bruchteil ihres (aktuellen) Nominalwertes beträgt.²⁸

Mittels Überschreitung des (unterwertigen) ‚Einstandspreises‘, sei es durch Einzelverkauf der Forderungen etwa fast zum aktuellen Nominalwert, sei es durch Verwertung der naturgemäß stets ‚überwertigen‘ Immobiliarsicherheiten, sind (spekulative) ‚Traumrenditen‘ denkbar, die weit über selbst hervorragenden Kapitalmarkt-Renditen oder allen sonstigen Investitionen liegen.

Im Klartext und vereinfacht:

Kauft der Investor Realkredit-Forderungen im (aktuellen²⁹) Nominalwert von z.B. 500 Mio. Euro für z.B. 250 Mio. Euro, erhält er dazu die Immobiliarsicherheiten, die für den Anfangs-Nominalwert der Forderungen bestellt wurden, also z.B. 750 Mio. Euro.

Gelingt es ihm, die Forderungen annähernd zum ‚aktuellen Nominalwert‘ (den er bisher rechtlich als Forderungsübernehmer trotz niedrigerem gezahlten Kaufpreis verlangen

²⁵ Vgl. *Stinglwagner*, Immobilien & Finanzierung - Der Langfristige Kredit, Heft 10 vom 15.05.2006, Seite 333

²⁶ Z.B. an den ursprünglichen Forderungsschuldner zum aktuellen oder annähernd aktuellen Nominalwert, der stets weit über dem Einkaufspreis der Forderung liegt.

²⁷ Insbesondere bei Realkrediten wird ja stets der *anfängliche* Nominalwert der Forderung (Darlehen) abgesichert, also 100 %. Erst in letzter Zeit ist als Problem erkannt worden, daß dies auch bei normalem Verlauf der Darlehen zu erheblichen ‚Übersicherungen‘ führen kann. Theoretisch räumt die Rechtsprechung zwar einen Anspruch auf ‚Anpassung‘ ein, dessen praktischer Wert ist aber zweifelhaft.

²⁸ Die genauen Zahlen werden natürlich geheim gehalten und schwanken sicher auch je nach Qualität des verkauften Portfolios, werden aber bei NPL's auf 30 – 50 % des aktuellen Nominalwertes geschätzt.

²⁹ D.h. unter Berücksichtigung der gegenüber dem Anfangs-Nominalwert inzwischen geleisteten Tilgungen.

kann) zu realisieren oder zu verkaufen oder ansonsten aus der Verwertung der (regelmäßig überwertigen) Immobilial-Sicherheiten den ‚aktuellen Nominalwert‘ (bis zu dem er nach bisheriger Rechtslage fordern kann) zu Erlösen, liegt sein ‚return on investment‘ bei 100 Prozent.

Da dies ersichtlich für die Investoren der (spekulative) Grundgedanke des NPL-Geschäfts ist, stellt sich jedenfalls bei auf Realkredite bezogenen NPL-Transaktionen offensichtlich die Frage nach der **Sittenwidrigkeit eines solchen Geschäftsmodells**.³⁰

Dabei ist in gerichtlichen Verfahren zu berücksichtigen, daß zu § 138 I BGB zivilprozessual zwar nicht das ‚Amtsermittlungsprinzip‘ gilt, aber der grundsätzlich geltende ‚Beibringungs-Grundsatz‘ doch erheblich eingeschränkt ist und das Gericht Möglichkeiten zur Ermittlung des zu beurteilenden Sachverhalts hat, wenn ohne diese Tatsachen eine rechtliche Bewertung nicht möglich ist.

C. Nichtigkeit gem. § 134 BGB wegen Verstoß gegen das RBerG

Je nach konkreter Konstruktion der NPL-Transaktion und je nach betroffener Stufe oder Phase der Abwicklung werden umfangreiche Vollmachten erteilt zur Vornahme aller möglichen Rechtshandlungen.

Wie oben dargestellt, hat der Gesetzgeber zwar für eine Freistellung der verkaufenden Bank von der Erlaubnispflichtigkeit nach dem RBerG gesorgt, wenn diese selbst das ‚servicing‘ für die verkauften Kredite übernimmt.

Dies gilt jedoch nicht für die zahlreichen und bekannten ‚Servicegesellschaften‘, die selbst nicht Inhaber der Darlehensforderungen sind und auch nicht über Erlaubnisse nach dem RBerG verfügen.³¹

Insoweit können wesentliche Stufen einer NPL-Transaktion unwirksam sein.

Wenn ‚Servicegesellschaft‘ und ‚Investor‘ wirtschaftlich verbunden sind und sich Kauf- und Abwicklungsvertrag als ‚wirtschaftliche Einheit‘ darstellen, könnte dies sogar zu einer Gesamtnichtigkeit des gesamten Vertragswerks führen.

D. Nichtigkeit gem. § 134 BGB wegen Verstoß gegen das BDSG

Soweit der XI. BGH-Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 27.2.2007 zur Nichtigkeit nach § 134 BGB führende Verstöße gegen das BDSG ohne konkrete Betrachtung des Falles bereits aus rein rechtlichen Erwägungen verneint hat, trifft dies auf teilweise heftigen Widerspruch der datenschutzrechtlichen Fachkreise.

Diese Diskussion kann nicht als abgeschlossen angesehen werden.

³⁰ In der aufgeführten Literatur und den aufgefundenen Urteilen hat der Verfasser keinen einzigen Hinweis auf dieses Problem und dieses Thema gefunden.

³¹ Vgl. LG Chemnitz, Beschluß vom 30.07.2007 - 3 T 400/07

Möglicherweise führen andere Fallkonstellationen zu anderen Entscheidungen anderer zivil- und strafrechtlicher BGH-Senate.

Problematisch könnte auch die Konformität einer solchen Auslegung und Anwendung der nationalen Datenschutz-Vorschriften mit dem europäischen Datenschutzrecht sein, was u.U. zu Entscheidungen der europäischen Gerichtsbarkeit führen könnte.

E. Nichtigkeit gem. § 134 BGB wegen Verletzung des Bankgeheimnisses

Soweit der XI. BGH-Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 27.2.2007 zur Nichtigkeit nach § 134 BGB führende Verstöße gegen das Bankgeheimnis ohne konkrete Betrachtung des Falles, bereits aus rein rechtlichen Erwägungen („Natur des Bankgeheimnisses“) verneint hat, trifft dies auf teilweise heftigen Widerspruch.

Auch diese Diskussion kann nicht als abgeschlossen angesehen werden.

Der IX. BGH-Zivilsenat hat sich weder mit der Fülle und Intensität der vom Kreditnehmer anfänglich und nach § 18 KWG laufend zur Verfügung zu stellenden Informationen befaßt, noch mit den konkreten **typischen Abläufen** der (verschieden konstruierten) ABS-Transaktionen, insbesondere NPL-Transaktionen, auf den verschiedenen Stufen und dem **dabei jeweils typischerweise stattfindenden Datenfluß**.

Der Verfasser hält dies für einen grundlegenden methodisch-dogmatischen Mangel der Entscheidung, der sicher (u.a.) noch diskutiert werden wird.

Auch ansonsten leidet die leider sehr stürmisch ergebnisorientierte Argumentation des XI. BGH-Zivilsenats vom 27.2.2007 an erheblichen (teilweise logischen) Mängeln, die sicher noch aufgedeckt werden.

F. Unwirksamkeit gem. § 399 BGB wegen Verstoß gegen ein Abtretungsverbot

Soweit der XI. BGH-Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 27.2.2007 zur Unwirksamkeit nach § 399 BGB führende Verstöße gegen Abtretungsverbote ohne konkrete Betrachtung des Falles, bereits aus rein rechtlichen Erwägungen verneint hat, trifft auch dies auf teilweise heftigen Widerspruch, jedenfalls soweit es die **Abtretung an Nichtbanken** betrifft, was bei den typischen „Zweckgesellschaften“ zutrifft.

Mit dem Verkauf eines Kredites an eine Nichtbank (die Abtretung der Darlehensforderung ist dann ja nur der Vollzug dieses Kaufvertrages) ändert sich unter Umständen der gesamte Inhalt des Kreditverhältnisses, z.B. bei „unechten Abschnittsfinanzierungen“, weil die „Zweckgesellschaft“ als Nichtbank weder die Fortsetzung des alten Kreditvertrages, noch einen neuen Kreditvertrag vereinbaren kann, weil es sich dabei um ihr nicht erlaubte „Bankgeschäfte“ i.S.d. KWG handelt.³² Dies gilt auch für „Umschul-

³² Dagegen wird die bloße „Verwaltung“ eines Darlehens nicht als erlaubnispflichtiges „Bankgeschäft“ i.S. des KWG angesehen.

dungen', wenn für die ‚Kreditsanierungen‘ neue Kreditverträge abgeschlossen werden müssen.

In diesem Zusammenhang kann sich der Verkauf eines Kredits und die damit zwingend verbundene Abtretung der Kreditforderungen auch als ‚unzulässige Rechtsausübung‘ gem. §§ 399, 242 BGB darstellen.

Ferner ist die Frage noch völlig unzureichend untersucht, geschweige denn geklärt, inwieweit (abgesehen von der Abtretbarkeit der Darlehensforderungen) bei Realkrediten auch die (dinglichen) Rechte aus den Sicherungsverträgen, die ‚fiduziarische Treuhandverhältnisse‘ begründen, überhaupt übertragen werden können; diese Frage stellt sich auch hinsichtlich der Rechte aus abstrakten Schuldanerkenntnissen.

Auch diese Diskussionen können nicht als abgeschlossen angesehen werden, ja sind teilweise noch nicht einmal aufgenommen worden.

III. Überlegungen zu Schadenersatzansprüchen

Soweit *Nobbe* in seinem Aufsatz³³ nach seinen Ausführungen zur nicht bestehenden Nichtigkeit der NPL-Transaktionen bei seinen anschließenden Ausführungen zu den Schadenersatzansprüchen als Prämisse unterstellt, diese seien stets ein ‚Minus‘ gegenüber der Nichtigkeit, ist auch das falsch.

Für den Schadenersatz gilt der Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 BGB).

Es sind auch im vorliegenden Zusammenhang (und selbst einmal die Richtigkeit der in wesentlichen Punkten unzutreffenden Ausführungen von *Nobbe* unterstellt) Schadenersatzansprüche denkbar, die nach dem Grundsatz der Naturalrestitution eine Rückgängigmachung des Verkaufs des Kredits erfordern.

Auch diese Diskussion kann nicht als abgeschlossen angesehen werden.

Bad Vilbel, den 18.09.2007

Prof. Dr. Karl-Joachim Schmelz

³³ Nobbe, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, WM 2005, 1537 ff.

IV. Inhaltsübersicht

I.	Entstehung, Entwicklungen und aktuelle Fälle	2
A.	Entstehung und Entwicklung in den USA	3
B.	Entwicklung in Deutschland	3
C.	Exemplarische Fälle	9
1.	Fall A (Typische Abwicklungs-Probleme)	10
2.	Fall B (Abwicklungs-Probleme mit Konsequenzen)	10
3.	Fall C (Schwerwiegende Rechtsverstöße bei der Abwicklung)	10
4.	Fall D (Nichteinhaltung von Ablösungs-Zusagen)	11
5.	Fall E (Grob rechtswidrige Abwicklungspraxis)	12
II.	Überlegungen zur Rechtmäßigkeit des Verkaufs von Krediten	14
A.	Zustimmung des Darlehensnehmers	15
B.	Sittenwidrigkeit von NPL-Transaktionen gem. § 138 I BGB	16
C.	Nichtigkeit gem. § 134 BGB wegen Verstoß gegen das RBerG	17
D.	Nichtigkeit gem. § 134 BGB wegen Verstoß gegen das BDSG	17
E.	Nichtigkeit gem. § 134 BGB wegen Verletzung des Bankgeheimnisses	18
F.	Unwirksamkeit gem. § 399 BGB wegen Verstoß gegen ein Abtretungsverbot	18
III.	Überlegungen zu Schadenersatzansprüchen	19
IV.	Inhaltsübersicht	20