

Frankfurter Straße 198 B
61118 Bad Vilbel
Tel. 06101 - 995 209
Fax: 06101 - 995 273
Mobil: 0178 - 8036522
Email: prof-dr-schmelz@web.de

Prof. Dr. K.-J. Schmelz, Frankfurter Str. 198 B, 61118 Bad Vilbel

An die Herren Vorsitzenden
- des Finanzausschusses, Herrn Eduard Oswald
- des Rechtsausschusses, Herrn Andreas Schmidt
im Deutschen Bundestag

Bad Vilbel, 26.06.2008

Stellungnahme
zum Entwurf eines
Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken
(Risikobegrenzungsgesetz)

BT-Drs. 16/7438 vom 07.12.2007
mit
Umdruck Nr. 6 (Anlage 14) vom 19. Juni 2008
Umdruck Nr. 6 – neu – vom 24. Juni 2008

Sehr geehrter Herr Oswald,
sehr geehrter Herr Schmidt,

erst am 21. Juni 2008 erhielt der Unterzeichner den neuen Entwurfs-Text vom 19.06.2008
(Umdruck Nr. 6, Anlage 14) zu obigem Gesetzentwurf zur Kenntnis.

Hierzu soll - in aller Eile - Stellung genommen werden.

Der I. und II. Abschnitt enthalten bereits Ergebnisse der in der Stellungnahme erst nachfolgend dargestellten Untersuchungen der einzelnen Gesetzgebungsvorschläge.

Inhaltsverzeichnis

I.	Verfassungswidriges Gesetzgebungsverfahren wegen Intransparenz der Gesetzgebungsmaterialien zum ‚Kredithandel‘ und zusätzlich unvertretbarer Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens	4
II.	Allgemeine Kritik an dem Gesetzgebungsvorhaben und seiner Begründung, insbesondere hinsichtlich des „Verkaufs von Krediten“	7
A.	Legenden-Bildung I: ‚Beteiligungsfinanzierung‘ und ‚Verkauf von Krediten‘ sind unentbehrliche und unverzichtbare Instrumente, ohne die der ‚Finanzstandort Deutschland‘ gefährdet wäre	9
B.	Legenden-Bildung II: Kreditverkäufe seien wegen der Eigenkapitalvorschriften nach Basel II erforderlich und unentbehrlich	10
C.	Legenden-Bildung III: Befreiung der Banken von Risiken durch die Kreditverkäufe (Bilanz-Entlastung)	16
D.	Legenden-Bildung IV: BGH habe „die Zulässigkeit der Übertragung von Kreditforderungen ohne Zustimmung des Kreditnehmers“ festgestellt	17
E.	Das rechtliche Problem der „sofort vollstreckbaren Grundschild“ und das tatsächliche Problem der „Androhung der Zwangsversteigerung“ zur Nötigung der Kreditnehmer	19
F.	Symbolische Änderungen des Darlehensrechts als „Lösung“ ?	21
G.	Die Legende von den ‚fehlenden Alternativen‘	22
H.	Die Legende von den „fehlenden finanziellen Auswirkungen“	25
I.	Fazit: Gesetzgebung zu ‚Kreditverkäufen‘ nach Art des angestrebten ‚Risikobegrenzungsgesetzes‘ ist derzeit nicht erforderlich und bei dieser Ausgestaltung für den ‚Schutz der Kreditnehmer‘ sogar schädlich	26
III.	Zum „Entwurf eines Risikobegrenzungsgesetzes“ (nur zum Teil ‚Kredithandel‘) gem. dem Umdruck Nr. 6 (Anlage 14) vom 19. Juni 2008	29
A.	Zu Artikel 6 - Änderung des BGB	29
1.	Änderung der Inhaltsübersicht (nur redaktionelle Änderung)	29
2.	Erweiterung des § 309 Nr. 10 BGB = Ausdehnung des Verbots der klauselmäßigen Vertragsübertragung	29
3.	Erweiterung des § 492 Abs. 1a BGB = Zwingende Hinweispflicht auf Verkäuflichkeit von Darlehensforderungen	32
4.	Einfügung von § 492a BGB (neu) = Unterrichtungspflichten bei Konditionen Anpassung und vor Darlehensende	35
5.	Einfügung von § 496 Abs. 2 BGB (neu) = Unterrichtungspflicht bei Abtretung von Darlehensforderungen oder Kreditgeberwechsel	39
6.	Änderung des § 498 Abs. 3 BGB = Kündigungsrecht des Darlehensgebers bei Zahlungsrückständen	41
7.	Einfügung von § 1192 Abs. 1a BGB (neu) = Änderung des materiellen Grundschild-Rechts - Erhalt von Einreden gegenüber einem neuen Grundschildgläubiger	44
8.	Einfügung von § 1193 Abs. 2 Satz 2 = Zwingende Natur der neuen Regelung für Sicherungsgrundschulden	51
B.	Zu Artikel 7 - Änderung des Einführungsgesetzes zum BGB (EGBGB)	51

C.	Zu Artikel 8 - Änderung der ZPO	51
D.	Zu Artikel 9 - Änderung des Gesetzes betreffend die Einführung der ZPO.....	51
E.	Zu Artikel 10 - Änderung des Handelsgesetzbuchs	52
F.	Zu Artikel 11 - Änderung des Einführungsgesetzes zum HGB	52
G.	Der „Umdruck Nr. 6 - neu - vom 24. Juni 2008 - Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD“ konnte für diese Stellungnahme nicht mehr berücksichtigt werden.....	52
IV.	Ergebnis.....	52

I. Verfassungswidriges Gesetzgebungsverfahren wegen Intransparenz der Gesetzgebungsmaterialien zum ‚Kredithandel‘ und zusätzlich unvertretbarer Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens

Zunächst ist zu beanstanden, daß bezüglich der Gesetzesentwürfe eine erhebliche Intransparenz herrscht.

In der Tagesordnung für die 173. Sitzung des Deutschen Bundestages am 27.6.2008 (TOP 37) werden unter dem einschlägigen TOP 37 c) die **BT-Drs. 16 / 7438**¹ und die **BT-Drs. 16 / 7718**² angegeben; daneben findet sich die Angabe „16/....., 16/.....“, mit der sich ersichtlich *nichts* anfangen läßt.³

Die aktuellen Gesetzgebungsvorschläge, wohl auf der Grundlage der sog. „Koalitionsab-sprache“ vom 18.6.2008, die von der Grundlage in der BT-Drs. 16 / 7438 stark abwei-chen, finden sich aber nicht in den angegebenen (vorgenannten) BT-Drucksachen, son-der in einem (durch keine Angabe diesen BT-Drs. zugeordneten) „**Umdruck Nr. 6, Anla-ge 14, Datum: 19. Juni 2008**“.⁴

Die neuen Formulierungen vom 19.06. sollen bereits am 25.06. im Finanzausschuß⁵ und am 27.06. im Plenum des Bundestages⁶ beraten und verabschiedet werden.

Bereits dies macht es den nicht zur Regierungs-Koalition gehörenden Fraktionen und Abgeordneten praktisch unmöglich, sich über das (nunmehr) geplante Gesetzgebungsvor-haben auch nur vollständig zu informieren, geschweige gar sich einzuarbeiten, ggf. auch unter Inanspruchnahme von Hilfe durch Fachleute und Sachverständige.

-
- ¹ BT-Drs. 16 / 7438 vom 7.12.2007 - Gesetzentwurf der Bundesregierung - Entwurf eines Geset-zes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsge-setz)
- ² BT-Drs. 16 / 7718 vom 11.01.2008 - Unterrichtung durch die Bundesregierung - Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegren-zungsgesetz) - Drucksache 16/7438 - Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellung-nahme des Bundesrates. Die „*Stellungnahme des Bundesrates*“ ist als „Anlage 3“ in der BT-Drs. 16 / 7438 (Seite 17 ff.) enthalten.
- ³ Es scheint sich um eine Art ‚Vorrats-Angabe‘ zum späteren Ausfüllen zu handeln. Unter TOP 37 d) bis f) sind dann Anträge von Fraktionen aufgeführt, auf die der Unterzeichner hier nicht ein-gehen will.
- ⁴ „*Umdruck Nr. 6, Anlage 14, Datum: 19. Juni 2008 - Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) - Stichwort: Kredithan-del*“. Am 24.6.2008 (einen Tag vor der Sitzung des Finanzausschusses) war dieser Gesetzes-entwurf auf der Internet-Seite des Bundestages nicht auffindbar.
- ⁵ Mitteilung zur 96. Sitzung des Finanzausschusses am 25. Juni 2008 - TOP 2a - Risikobegren-zungsgesetz
- ⁶ Tagesordnung der 173. Sitzung, Freitag, 27.06.2008 – TOP 37. c) bis 37. f)

Zusätzlich wurde am 25.06.2008 - am Tage und wohl für die Finanzausschuß-Sitzung und zwei (!) Tage vor der Plenumssitzung - der „Umdruck Nr. 6 - neu - Datum: 24. Juni 2008 - Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD“ verteilt, der erneute und weitere Änderungen ‚des Gesetzentwurfs‘ enthält.

Worauf sich dieser Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen vom 24.06.2008 bezieht, ist in diesem Papier nicht angegeben und auch nicht etwa optisch im Text erkenntlich gemacht. Nur durch einen mühsamen Wort-für-Wort-Vergleich der beiden Dokumente (mit immerhin jeweils 19 DIN-A-4-Seiten Text) ließe sich sicher feststellen, wo Änderungen am Text vorgenommen wurden !⁷

Äußerst ungewöhnlich und so verfassungsrechtlich äußerst bedenklich und zweifelhaft ist die Eile, mit der dieses bedeutsame Gesetzgebungsvorhaben nunmehr trotz erheblicher Veränderungen gegenüber dem Ausgangs-Entwurf das parlamentarische Verfahren abschließend durchlaufen und endgültig verabschiedet werden soll.

Damit ist den Oppositions-Fraktionen und den einzelnen Abgeordneten eine verantwortliche Einarbeitung in und Prüfung der (kurzfristig zur Verfügung gestellten und noch kurzfristiger nochmals geänderten) Gesetzesentwürfe zu einer ausgesprochen schwierigen und komplexen, mehrere Sach- und Rechtsgebiete übergreifenden Materie, ggf. auch unter Einschaltung von Fachleuten und Sachverständigen, von vornherein nicht möglich.

- **Der Verfasser empfiehlt unter diesen Umständen den Oppositions-Fraktionen unter Hinweis auf die verfassungsmäßigen Rechte aller Abgeordneten und aller Fraktionen (auch der Opposition), sowie die verfassungsrechtlichen Grundsätze für ein ordnungsgemäßes Gesetzgebungsverfahren unter Wahrung dieser Rechte aller Abgeordneten und aller Fraktionen, durch Geschäftsordnungs-Antrag die Streichung des TOP 37 a) bis f) von der Tagesordnung für die 173. Sitzung des Deutschen Bundestages am 27.06.2006 zu erwirken und bei Nicht-Stattdabe dieses Antrags umgehend das Bundesverfassungsgericht anzurufen.**

Für diesen verfassungswidrigen ‚Zeitdruck‘ ist auch eine *sachliche Notwendigkeit* überhaupt nicht zu erkennen⁸, weder für den Regelungsteil ‚*Beteiligungskapital*‘ (Art. 1 – 5), noch für den Regelungsteil ‚*Kredithandel*‘ (Art. 6 – 11).

⁷ Der Verfasser geht nach erheblichem Aufwand vorerst davon aus, daß die von den Koalitionsfraktionen gewünschten Änderungen den „Art. 8 - Änderung der ZPO“ betreffen (Gesetzesvorschlag: Seite 4 f.; Begründung: Seite 16 f.) – es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, daß es weitere Textänderungen gibt.

⁸ Die sachlich weder gebotene, noch gar zwingende Verknüpfung des Regelungsteilbereichs „*Kredithandel*“ (Art. 6) mit dem Regelungsteilbereich „*Beteiligungskapital*“ (Art. 1 - 5 des Risikobegrenzungsgesetzes) ist dafür kein hinreichender Grund.

Wegen der ‚Finanzkrisen‘ finden derzeit und auf absehbare Zeit praktisch keine ‚Kreditverkäufe‘ im Sinne des ‚Risikobegrenzungsgesetzes‘⁹ mehr statt¹⁰ und *bereits erfolgte* Transaktionen werden von der Gesetzgebung ohnehin nicht (jedenfalls nicht unmittelbar, vgl. unten) berührt. Ähnliches gilt für den Regelungsbereich ‚Beteiligungskapital‘.

Es besteht also auch sachlich unter den Gesichtspunkten „*Schutz der Kreditnehmer*“ und „*Schutz der Beteiligungskapitalnehmer*“ derzeit keinerlei Notwendigkeit für diese überstürzte Gesetzgebung, schon gar nicht in einem derartigen ‚Hau-Ruck-Verfahren‘.¹¹

Selbst wenn für den Regelungsteilbereich „*Beteiligungskapital*“ (Art. 1 - 5 des Risikobegrenzungsgesetzes) eine beschleunigte Gesetzgebung für erforderlich gehalten und politisch gewollt sein sollte, kann, sollte und muß der Regelungsteilbereich „*Kredithandel*“ aus dem verunglückten aktuellen Gesetzgebungsverfahren herausgenommen werden.

Dies ist wegen unzureichender, teils widersprüchlicher und - entgegen der angeblichen und gegenüber der Öffentlichkeit stets *hervorgehobenen* Absicht ‚des Gesetzgebers‘¹² - teils die Kreditnehmer-Rechte gravierend verschlechternder Regelungen auch sachlich dringend geboten, wie nachfolgend erläutert wird.

⁹ Verbraucherdarlehen (Konsumenten- und Immobiliendarlehen) und ‚Mittelstands-Finanzierungen‘ (eine diesbezügliche Abgrenzung *fehlt* in den Gesetzentwürfen völlig), also ohne die ‚leveraged-buyout-Finanzierungen‘, mit denen die Banken die großen Unternehmens-Übernahmen (vorwiegend durch ‚Heuschrecken‘) in den letzten Jahren finanziert haben.

¹⁰ Vgl. z.B. „*Markt für faule Kredite ist tot*“, FTD vom 20.4.2008.

¹¹ Unter diesen Umständen stellt sich allerdings schon die Frage, welches die *wirklichen* Gründe für diese überstürzten Aktivitäten ‚des Gesetzgebers‘ sind.

¹² Vgl. „*Regulierung des Finanzmarktes - Mehr Schutz für Unternehmer*“, Handelsblatt vom 20.6.2008; „*Besserer Schutz vor Veräußerung von Immobilienkrediten*“, pr-inside_com vom 20.6.2008; „*Neue Regelungen zum Kreditverkauf schützen Verbraucher*“, Pressemitteilung der CDU/CSU-Fraktion, pressrelations_de vom 19.6.2008; „*Mehr Rechte für Eigenheimbesitzer - Neue Regeln für Kreditverkäufe*“, Süddeutsche Zeitung vom 19.6.2008; „*Koalition vereinbart Verbesserung des Schutzes für Kreditnehmer*“, Pressemitteilung der SPD-Fraktion, pressrelations_de vom 19.6.2008; „*Besserer Schutz vor Kreditverkäufen soll ab Herbst kommen*“, AFP vom 19.6.2008; „*Gespräch mit Justizministerin Zypries - Wir machen es den Banken schwerer*“, Süddeutsche Zeitung vom 17.6.2008;

II. Allgemeine Kritik an dem Gesetzgebungsvorhaben und seiner Begründung, insbesondere hinsichtlich des „Verkaufs von Krediten“

Die ausgesprochen dramatischen Entwicklungen der letzten Monate (Stichwort ‚Finanzkrisen‘), deren Höhepunkt (oder besser: Tiefstpunkt) wahrscheinlich noch immer nicht erreicht ist¹³, werden (jedenfalls in den Grundzügen) als bekannt vorausgesetzt.

Das Ausmaß und die Natur dieser ‚Finanzkrisen‘ haben grundlegende Fragen bezüglich der Finanzmärkte aufgeworfen.¹⁴

In dieser ungewöhnlichen und bedrohlichen Situation, nicht nur im Finanzsektor, erscheint es vor jeglichen weiteren nationalen gesetzgeberischen Maßnahmen für diesen Bereich zwingend geboten zu überdenken, ob eine Gesetzgebung des schlichten ‚Weiter so‘, eine angemessene und vertretbare Reaktion auf die Ereignisse darstellt.

Eine Gesetzgebung, die sich darauf beschränkt, das bestehende ‚patchwork‘ an verstreuten Regelungen weiter auszubauen und ‚Reparaturmaßnahmen‘ daran und ‚Reparaturen an den Reparaturen‘ vorzunehmen, verfehlt ihre Aufgabe und wird ihrer Verantwortung nicht gerecht.

Der Beginn der Arbeiten am vorliegenden Gesetzgebungsvorhaben reicht in eine Zeit zurück, als sich *nur wenige* ‚Quertreiber‘ die nunmehr sich nahezu täglich überstürzenden Entwicklungen vorstellen konnten.

¹³ Vgl. z.B. nur „Die nächste Finanzkrise - Credit Default Swaps - Subprime war nur Vorspeise“, KOPP-VERLAG.de am 6.06.2008; „Das große Zittern der Anleiheversicherer“, FTD vom 06.06.2008; „Subprime-Krise - Bundesbank sieht kein Ende der Finanzkrise“, HANDELSBLATT vom 04.06.2008; „Finanzkrise meldet sich zurück“, BOERSE_ARD.de am 02.06.2008; „Kreditkrise - USA - 2008 droht Höchststand der Zahlungsausfälle“, DIE PRESSE.com am 23.05.2008; „Das Schlimmste steht uns noch bevor - Gespräch mit Willem Sels, Dresdner Kleinwort“, Börsen-Zeitung vom 22.05.2008.

¹⁴ Vgl. „Aktuelle Studie: Globale Risiken voraussehen“, RiskNET vom 23.1.2008: „Der jährlich erscheinende Bericht Global Risks ist in Zusammenarbeit mit der Citigroup, Marsh & McLennan Companies (MMC), Swiss Re, dem Wharton School Risk Center und Zurich Financial Services entstanden. (...) Systemische finanzielle Risiken werden von den genannten Risiken als die akutesten und von den ökonomischen Schäden betrachtet, als die bedrohlichsten Risiken eingeschätzt. Systemische Finanzkrisen sind in der Vergangenheit selten aufgetreten. Beispiele hierfür sind der "schwarze Montag" an der amerikanischen Börse 1987, die Finanzkrise in Japan in den 90er Jahren, die asiatische Finanzkrise 1997 und die russische Schuldenkrise 1998. Durch die stark zunehmende Komplexität der Finanzprodukte und -märkte sowie durch die enge weltweite Vernetzung der Finanzmärkte steigen die Risiken auf den internationalen Finanzmärkten jedoch stark an.“

Die Aussagen (mittlerweile sehr häufig: *ehemaliger*¹⁵) *führender Köpfe aus der Finanzwelt* hatten zuletzt eine ‚Verfallszeit‘ von nur noch wenigen Tagen erreicht und wurden (und werden) von Fachleuten überwiegend nicht mehr ernst genommen.¹⁶

Selbst Nobelpreisträger aus dem Bereich der Ökonomie stellen fest, daß *niemand* die Wirkungszusammenhänge zwischen der Refinanzierungstechnik ‚Verbriefungen‘ einerseits und anderen Refinanzierungstechniken und dem internationalen Finanzmarkt andererseits durchschaut oder gar vorhergesehen hat.¹⁷

Zuverlässige Vorhersagen, geschweige denn seriöse Prognosen über die komplexe weitere Entwicklung waren und sind daher - entgegen Äußerungen von interessierter Seite - gar nicht möglich.¹⁸

Wichtige Wirkungszusammenhänge in den Finanzmärkten im Zusammenhang mit den ‚Finanzinnovationen‘ und ‚Verbriefungen‘ werden erst jetzt langsam deutlich; etwa wöchentlich tauchen neue Kausalzusammenhänge (Ursachen und Wirkungen) in neuen Bereichen und in neue Bereiche hinein auf.

(Nur) insofern hat auch diese Krise ihre *gute Seite*, sofern nämlich die Bereitschaft ‚des Gesetzgebers‘ (d.h. ‚der Politik‘) besteht, daraus zu lernen und früher getroffene eigene Entscheidungen (oder hingenommene Entscheidungen anderer) auch zu überprüfen und ggf. zu korrigieren.

Da die neuesten Gesetzgebungsmaterialien¹⁹ keine *Allgemeine Begründung* mehr enthalten, diese also nicht einmal aktualisiert wurde, kann der Unterzeichner insoweit grund-

¹⁵ Vgl. *„Finanzkrise - Die Liste der geschassten Banker“*, FAZ vom 6.11.2007; die Liste ist danach noch erheblich angewachsen und wächst nahezu wöchentlich noch immer.

¹⁶ *„Den Banken glaubt fast niemand mehr“*, FAZ vom 21.1.2008

¹⁷ Vgl. *„Nobelpreisträger Stiglitz - Die Krise kennt viele Gewinner“*, DIE PRESSE vom 29.11.2007; *„Joseph Stiglitz - Die Zeche zahlen alle“*, FTD vom 5.1.2008; *„Joseph Stiglitz - Die große Heuchelei“*, FTD vom 19.11.2007; *„Der kranke Gorilla - Flächenbrand im Weltfinanzsystem“*, DER SPIEGEL Nr. 5/2008 vom 28.1.2008, Seite 20 ff. [22].

¹⁸ Dies beruht auch darauf, daß eine Bewertung der einschlägigen Wertpapiere und Forderungen zu ‚Marktpreisen‘ wegen der zusammengebrochenen Märkte gar nicht möglich war und ist (bzw. zu einer ‚Null-Bewertung‘ führen müßte) und in den nationalen und internationalen Standards für die Rechnungslegung der Banken (z.B. für ‚Finanzinstrumente‘ nach IAS 39, 43) der Fall *„nicht aktiver Markt“* nicht vorgesehen ist. Alle ‚Bewertungen‘ (und darauf beruhende ‚Wertberichtigungen‘ und ‚Abschreibungen‘) erfolgen derzeit also *„Phi x Daumen“* und sind entsprechend manipulierbar und unzuverlässig, vgl. z.B. **Freiberg**, *„Fair value-Bewertung von Finanzinstrumenten bei illiquiden Märkten“*, PIR 2007 (12), Seite 361 ff.; *„IDW und DRSC nehmen Stellung zu Bilanzierungs- und Bewertungsfragen im Zusammenhang mit der Subprime-Krise“*, RISKNET vom 21.2.2008.

¹⁹ Vgl. oben bei und in Fußnoten 1 bis 4.

sätzlich auf seine Stellungnahmen für die Sitzungen des Finanzausschusses am 19.9.2007²⁰ und insbesondere am 23.1.2008²¹ verweisen.

**A. Legenden-Bildung I:
,Beteiligungsfinanzierung' und ,Verkauf von Krediten' sind unentbehrliche und unverzichtbare Instrumente, ohne die der ,Finanzstandort Deutschland' gefährdet wäre**

Wie sich die Wirkungen der Privat-Equity-Branche und der ,Finanzinnovationen' in Deutschland *insgesamt* darstellen, ist bisher empirisch nicht untersucht, geschweige denn geklärt. Ob diese Gesamt-Wirkungen, wenn sie denn auch nur einigermaßen zuverlässig bekannt wären, eher positiv oder eher negativ zu bewerten wären, gehört in den (ideologischen) Bereich der ,politischen Glaubenssätze' und ,beschwörenden Mantras' der einschlägigen Lobby.²²

Offensichtlich haben diese Geschäftsbereiche aber nicht einmal ansatzweise den behaupteten (oder schlicht auch nur unterstellten) Anteil am Gesamtvolumen, also nicht einmal ansatzweise die wirtschaftliche Bedeutung, die ihnen von interessierter Seite ,lautstark' beigemessen wird.²³ Nach skalenmäßiger Einstufung bei einer Umfrage bei 337 deutschen ,Mittelständlern' spielten die Geschäfte, die Gegenstand der aktuellen gesetzgeberischen Befassung sind, in der Praxis „**nur eine geringe oder sehr geringe Rolle**“.²⁴

²⁰ Link: http://www.nachdenkseiten.de/upload/pdf/070919_Gutachten_Verkauf_von_Krediten.pdf

²¹ Link: http://www.bundestag.de/ausschuesse/a07/anhoerungen/082/Stellungnahmen/41-Prof_Schmelz.pdf, dort unter I. (Seite 4 ff.) und II. A. 2. (Seite 20 ff.).

²² Daß die Vertreter der Unternehmen, die mit diesen Geschäften (sehr viel) Geld verdienen, beteuern, daß diese Strukturen „unverzichtbar“ seien und der „Finanzplatz Deutschland“ ohne diese (d.h. ohne sie) „im internationalen Wettbewerb nicht bestehen“ könne, versteht sich von selbst.

Den meisten der aufgefallenen Banken wäre es bekanntlich besser bekommen, wenn sie sich vom „internationalen Wettbewerb“ fern gehalten hätte. Bei der Entscheidung über die ,Teilnahme am internationalen Wettbewerb' ging und geht es auch gar nicht um ,Existenz-Fragen' der Banken oder ,Notwendigkeiten', sondern schlicht um *spekulative* und *übersetzte* Rendite-Interessen.

²³ Häufige und umfangreiche (natürlich professionell betriebene) Thematisierung in den Medien beeindruckt und beeinflusst zwar offensichtlich ,den Gesetzgeber' (also ,die Politik'), bedeutet aber offensichtlich eben nicht auch schon eine entsprechende tatsächliche sachliche Bedeutung (sonst könnte keine Hausfrau mehr ohne ,Persil' leben).

Diesbezügliche ,Pressemittelungen' und ,Gutachten' von einschlägig tätigen Unternehmen (,consultants') und Verbänden sind bei näherer Betrachtung stets offensichtlich ,zielgerichtet manipulierend', um das gewünschte Geschäft ,herbeizureden' und einen Kundenkreis zu akquirieren und aufzubauen. Sie sind für eine seriöse Betrachtung (oder gar als Grundlage gesetzgeberischer Maßnahmen) völlig wertlos, im Gegenteil: diese ,Bemühungen' zeigen doch gerade, daß es an dem ,gewünschten Geschäft' (noch) fehlt !

²⁴ „Mittelstand bleibt bei Finanzierung konservativ“, FINANCE, Heft Dezember 2007/Januar 2008, Seite 76; so auch schon: *Hansmann, Reuter, Richter: „Alternative Finanzierungsformen im deutschen Mittelstand - Eine empirische Untersuchung“*, Hamburg, 2005, Seite 1 f. [Zusammenfas-

-	Klassischen Finanzierungsformen	
	Innenfinanzierung	= 2,40
	Gesellschaftereinlagen	= 1,87
	Bankkredit	= 1,78
-	Klassischen Kreditalternativen	
	Factoring, Leasing, Lieferantenkredit	= 1,48
-	Gesellschafterdarlehen	= 1,43
-	Förderkredite, Investitionszulagen	= 1,24
-	Mazzanine-Finanzierungen	= 0,63
-	Beteiligungsfinanzierungen	= 0,45
-	Börsengang	= 0,23

Es besteht also offensichtlich kein dringender sachlicher Grund für eine aktuelle Gesetzgebung zu den im ‚Risikobegrenzungs-gesetz‘ behandelten Materien, schon gar nicht für eine überstürzte, deswegen schlecht vorbereitete und insgesamt recht unsystematische ‚Reparatur-Gesetzgebung‘.

**B. Legenden-Bildung II:
Kreditverkäufe seien wegen der Eigenkapitalvorschriften nach Basel II
erforderlich und unentbehrlich**

Zwar noch nicht in der (grundlegenden) BT-Drs. 16 / 7438²⁵ vom Dezember 2007, aber seit Januar 2008 praktisch in allen Stellungnahmen und Veröffentlichungen der Befürworter eines ‚Risikobegrenzungs-gesetzes‘, insbesondere auch seitens des Bundesfinanz- und -justizministeriums, wird behauptet,

*die „Eigenkapitalvorschriften des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht (Basel II), haben dazu geführt, dass Banken Kreditportfolien samt den dazugehörigen Sicherungsmitteln ausgliedern, um Eigenkapital für neue Kreditengagements freizusetzen“.*²⁶

Damit wird eine vom Unterzeichner bereits in seinen Stellungnahmen für den Finanzausschuß zum 19.9.2007 und 23.1.2008 (unwidersprochen) kritisierte ‚Legendenbildung‘ fortgesetzt.

sung], wobei auch diese einzige aufgefundene *wissenschaftliche* Untersuchung lediglich auf einer *Umfrage* beruht.

²⁵ Vgl. Fußnote 1 (in der BT-Drs. 16 / 7438, Seite 9, unter III. 1. [allgemeine Begründung]).

²⁶ So z.B. die Formulierung in der BT-Drs. 16 / 9447 vom 04.06.2008 - Gesetzentwurf des Bundesrates - Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der Risiken des Kreditverkaufs (Kreditnehmerschutzgesetz), Seite 1, unter „A. Problem und Ziel“. Die Stellungnahmen der Sachverständigen und der Interessenvertreter für die Finanzausschuß-Sitzung am 23.01.2008 finden sich im Internet unter <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a07/anhoerungen/082/Stellungnahmen/index.html>.

Diese ‚Legende‘ wurde von ‚interessierten Kreisen‘²⁷ erfunden, um das ‚Produkt Kreditverkäufe‘ der Politik und der Öffentlichkeit ‚verkaufen‘ zu können. Mit der Realität hat diese Legende jedoch *nichts* zu tun.

Wird diese ‚Legende‘ (dazu sogleich) dennoch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens unmittelbar oder mittelbar in die ‚Gesetzesmaterialien‘ aufgenommen oder im Rahmen der Beratungen protokolliert, wird übersehen, daß Gesetzesmaterialien und Protokolle wesentliche Grundlage für die Auslegung der Gesetze durch die Rechtsprechung und damit auch der Entscheidung im Einzelfall sind. Ü bernimmt ‚der Gesetzgeber‘ leichtfertig von ‚pressure groups‘ und Lobbyisten aufgestellte unwahre Behauptungen und erfundene Legenden, stellt er mit solcher „*legislativer Legendenbildung*“ - faktisch zwingend - die Weichen in Richtung falscher Entscheidungen der Gerichte, verfehlt damit grob seine verfassungsrechtlichen Pflichten und wird seiner gesetzgeberischen Verantwortung nicht gerecht.²⁸

Bis zur Beinahe-Insolvenz der ehemaligen bayerischen Hypo-Bank im Jahr 1999 hat es nämlich bei deutschen Kreditinstituten keine nennenswerten derartigen Transaktionen (‚Kreditverkäufe‘) gegeben und wurden solche auch nicht für notwendig angesehen. Erst nach dem Scheitern des (bis zur damaligen Bundesregierung vorgetragenen) Versuchs, zur Vermeidung der Insolvenz einer Hypothekenbank eine ‚*bad bank*‘ für die ‚Entsorgung fauler Kredite‘ zu installieren, benutzte diese Bank ab 1999²⁹ das in den USA entwickelte und in Deutschland (jedenfalls bei Banken) bis dahin kaum gebräuchliche³⁰ Instrument des ‚Kreditverkaufs‘ zur ‚Lösung‘ des Problems.

²⁷ Wem nutzt es, d.h.: Wer verdient daran ? Es läßt sich auch anhand der Medien-Berichte und der Literatur-Veröffentlichungen belegen, daß es sich dabei vor allem um bestimmte internationale Anwalts- und Wirtschaftsprüfungs-Gesellschaften (‚consultants‘) und die potentiellen Investoren (‚*Heuschrecken*‘ und *Investment-Banken*) handelt, die von fulminanten Honoraren und ‚*Renditen über 30 %*‘ ausgingen und ausgehen.

²⁸ Der Unterzeichner hat bereits in seinen Stellungnahmen für die Finanzausschuß-Sitzungen am 19.9.2007 und 23.1.2008 sehr deutlich auf die methodischen und verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die ‚neuere Gesetzgebungstechnik‘ hingewiesen, die solche Fehler und Verfassungsverstöße begünstigt.

²⁹ Vgl. „*HBV meldet Rekordverbriefung*“, bfinance.de am 28.5.2002

³⁰ Nur vereinzelt waren solche Transaktionen von Nicht-Banken vorgenommen worden, z.B. für Kfz-Finanzierungen. Diskutiert wurde im Jahre 2001 lediglich ein Einsatz dieses US-Instrumentariums für (die damals bereits anwachsenden) Kredite zur Beteiligungs-Finanzierung (‚*leveraged loans*‘), vgl. „*Der Handel mit Risikokrediten soll in Europa in Gang kommen*“, bfinance.de, 13.3.2001.

In der seit den Jahren 1998 / 1999 in Gang gekommenen Diskussion³¹ ist klar nachvollziehbar, daß nicht die Kreditinstitute im Hinblick auf ‚die Eigenkapitalvorschriften nach Basel I und II‘ nach Möglichkeiten suchten, „um Eigenkapital für neue Kreditengagements freizusetzen“.³²

Dafür bestand überhaupt keine Notwendigkeit und dafür stellte das bestehende Refinanzierungssystem (Einlagengeschäft und insbesondere ‚Grundpfandbrief-System‘) genügend Mittel zur Verfügung. Eine ‚Kreditvergabeknappheit‘ wegen ‚fehlender Refinanzierungsmöglichkeiten der Banken‘ oder ‚Einschränkungen der Banken durch Basel II‘ wurde niemals behauptet und eine ‚Kreditvergabeknappheit‘ selbst in der ‚Finanzkrise‘ der letzten Monate von den Banken heftig bestritten³³.

Es gibt *keine einzige* seriöse (empirische und wissenschaftliche) Untersuchung und keinen einzigen belastbaren Beleg für die Behauptung, die ‚Kreditverkäufe‘ im Sinne des ‚Risikobegrenzungsgesetzes‘³⁴ an Investoren seien ‚wegen der Eigenkapitalvorschriften Basel II‘ oder ‚zur Ermöglichung neuer Kreditengagements‘ erforderlich.³⁵

Daß dieses ‚Argument‘ von nahezu allen (auch aufsichtsrechtlich und ministeriell) Beteiligten, auch im Gesetzgebungsverfahren, ständig ‚wiedergekaut‘ wird, beweist nicht seine Richtigkeit, ebensowenig die Aufnahme dieser ‚Legende‘ in Gesetzesmaterialien.

³¹ Vgl. z.B. **Deutsche Bundesbank**: Asset-Backed Securities in Deutschland - Die Veräußerung und Verbriefung von Kreditforderungen durch deutsche Kreditinstitute, Monatsbericht Juli 1997; **BIZ (Basler Ausschuss für Bankenaufsicht)**: Aufsichtsempfehlungen für die Behandlung schwacher Banken, März 2002; die Aussage ist anhand des Volltext-‚Medienspiegels‘ und der Literatursammlung des Unterzeichners zum Thema mit ca. 5.200 Fundstellen für die Zeit ab 1997 jederzeit weiter belegbar.

³² Dieses ‚Argument‘ ist schon deswegen absurd, weil die ‚Kreditverkäufe‘ von den Aufkäufern wegen des eingesetzten ‚Hebel-Effektes‘ (geringer Eigenkapital-Einsatz) überwiegend fremdfinanziert werden, sehr häufig von *eben den Banken*, welche die Kredite verkaufen. Wie soll so ‚Eigenkapital der Bank‘ freigesetzt werden ?

³³ Mit dem Zusammenbruch der Inter-Banken-Finanzierung im Verlauf der Finanzkrise, die zu den Interventionen der Zentralbanken geführt hat, hat das nichts zu tun.

³⁴ Vgl. oben in Fußnote 9.

³⁵ ‚Nützlich‘ für diesen Zweck mögen sie sein, das muß aber gegen die offensichtlich gewordenen Gefahren (‚Finanzkrise‘) und die gravierenden Risiken und Nachteile für die Kreditnehmer abgewogen werden.

Nachweislich ‚propagandierten‘ die bereits angesprochenen ‚*interessierten Kreise*‘³⁶ den Einsatz des Instruments der ‚*Kreditverkäufe durch Banken an Investoren*‘ zunächst als Substitut für die bis dahin durch die Banken selbst erfolgte Kreditabwicklung („workout“) und Forderungsbeitreibung („Inkasso“).³⁷

Erst später wurde zum Zwecke der (früh als Problem erkannten) ‚*politischen Durchsetzung*‘ der erforderlichen Rechtsänderungen die Legende von den Kreditverkäufen als Wunderwaffe auch im Hinblick auf „*die Eigenkapitalvorschriften nach Basel II*“ erfunden.³⁸

Zwar bemühten sich die internationalen ‚consultants‘ um einen ‚Transport‘ des auf der US-Rechtsordnung beruhenden, regelmäßig mit ‚Verbriefungen‘ verbundenen³⁹, ausschließlich mit US-Rechtsbegriffen konstruierten und jeweils auf viele Hundert Seiten starken, völlig individuellen Verträgen beruhenden US-Instruments ‚Kreditverkäufe‘ nach Deutschland.

Angesichts des bewährten, vor allem auf dem Einlagengeschäft und dem (freilich für die ‚interessierten Kreise‘ nicht zugänglichen und auch sehr viel weniger lukrativen) Pfandbrief-System beruhenden deutschen und kontinentalen Refinanzierungssystems gab es (schon mangels dahingehender ökonomischer Notwendigkeit) in Deutschland keinen besonderen, gesetzlich ausgestalteten zivil- und aufsichtsrechtlichen Rahmen für derartige Geschäfte.⁴⁰

Es stellte sich zudem alsbald heraus⁴¹, daß dem schlichten ‚Transport‘ des US-Instruments ‚Kreditverkäufe‘ (auch als Portfolio-Verkäufe *ohne* ‚Verbriefung‘) nach Deutschland erhebliche rechtliche⁴² und steuerliche⁴³ Hindernisse entgegenstanden.

³⁶ Vgl. oben bei und in Fußnote 27; das sind im Großen und Ganzen die, die unmittelbar und mittelbar auch für die gegenwärtigen ‚Finanzkrisen‘ verantwortlich sind.

³⁷ Dieses (auch schon lukrative) Geschäft war (und ist) den (meist ausländischen) ‚Investoren‘ (Kreditaufkäufern) in der Regel wegen des Erfordernisses einer besonderen ‚Inkasso-Erlaubnis‘ nach dem deutschen Rechtsberatungsgesetz verschlossen.

³⁸ Das mag für ‚Kreditforderungs-Verbriefungen‘ u.U. anders zu beurteilen sein, das ist aber ein anderes Thema - und wirft angesichts der Entwicklungen der letzten Monate ganz andere Fragen auf, vgl. z.B. „*Finanzkrise - Die Verbriefung ist an allem Schuld*“, FAZ_NET am 16.6.2008.

³⁹ Die ‚Kreditverkäufe‘ sind in den USA praktisch zwingend mit den (mittlerweile berüchtigten) ‚Verbriefungen‘ verbunden. Dieses Element konnte in Deutschland in dieser Form von vorherein nicht als ‚wesentliches Element‘ übernommen werden, diente vor allem nicht den Interessen der damals vor allem aktiven ‚Investoren‘ (‚Heuschrecken‘), deren renditeträchtiges Geschäft gerade in der *schnellen* Beitreibung der (Nominal-) Forderungen und - noch lieber - der schnellen Verwertung der Sicherheiten lag und liegt.

⁴⁰ Vgl. z.B. **Steinebach, Olaf**: Der Intermediationsprozeß der Wohnungsbaufinanzierung in Deutschland und den U.S.A im Vergleich (ohne Ort, ohne Datum), m.w.Nw.

⁴¹ Vgl. z.B. **Tetzel, Wolfgang**: Aufsichtsrechtliche Probleme des Outsourcing unter besonderer Berücksichtigung von § 25a KWG, Universität Leipzig, Januar 2002; **Braun, Martin**: Rechtsfragen beim Outsourcing im Bankbetrieb, Der Syndicus, Mai-Juni 2003, Seite 14; **Boston Consulting**

Wie an anderer Stelle bereits dargelegt⁴⁴, ist es der Lobby für die ‚Kreditverkäufe‘ und die ‚Verbriefungen‘ mit den nichtssagenden Schlagworten „*Finanzplatz Deutschland*“ und „*Globalisierung der Finanzmärkte*“ gelungen, die deutsche Politik und Gesetzgebung seit dem Jahr 2002 dazu zu bringen, ohne eigene vertiefte Prüfung der Problematiken durch verschiedene Rechtsänderungen und Steuerbefreiungen diese Geschäfte in Deutschland *überhaupt* und *mit attraktiven Renditen* erst zu ermöglichen.

Dies wurde nicht nur fortgesetzt, sondern sogar noch beschleunigt und gesteigert, als erstmals im Mai 2004 ein Oberlandesgericht grundsätzliche und begründete rechtliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der ‚Kreditverkäufe‘ ausurteilte⁴⁵. Zur ‚Heilung‘ von Mängeln bereits abgeschlossener oder laufender Kreditverkaufs-Transaktionen wurde das ‚*Refinanzierungsregister*‘ schnellstens gesetzgeberisch verwirklicht.⁴⁶

Group: Optimale staatliche Rahmenbedingungen für einen Kreditrisikomarkt - Verbriefungsmarkt für Kreditforderungen und -risiken in Deutschland, Frankfurt, 30.1.2004; **Downey, Roberts (Cadwalader), Nordhues:** Opportunities and Challenges in the German Non-Performing Loan Market, London, 6. Mai 2004; **Lovells** (ohne Autor): Non-performing Loans - Rechtsfragen bei der Ausplatzierung Not leidender Immobilienkredite, Frankfurt, November 2004; **Kristen, Kreppel:** NPL-Transaktionen aus Sicht des Verkäufers - Risiken und Lösungsansätze, BKR 2005 (Heft 4), Seite 123; **Wood, Duncan:** Notleidende Kredite in Deutschland - Enttäuschte Erwartungen, DEUTSCHES RISK, Juli 2005.

- ⁴² Insbesondere (nicht nur): Bankgeheimnis, Datenschutz, Abtretungsverbote, vgl. z.B. **Anders, Binder, Hesdahl, Schalast, Thöne:** Aktuelle Fragen des Bank- und Kapitalmarktrechts I - Non-Performing-Loans, HfB-Arbeitspapier Nr. 54, Juni 2004.
Zum Bankgeheimnis vgl. dagegen schon: **Tiedemann, Klaus:** Strafrechtliche Bemerkungen zu den Schutzgesetzen bei Verletzung des Bankgeheimnisses, ZIP 2004, Seite 294.
Das Problem der für Deutschland spezifischen (‚fiduziarischen‘) Treuhand-Natur der Kreditsicherheiten (‚Sicherungsvertrag zur Grundschuld‘) wurde überhaupt nicht erkannt, vgl. dazu neuerdings z.B.: **Schwintowski, Schantz:** Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtlich gesicherter Darlehensforderungen, NJW 2008 (Heft 8), Seite 472.doc; **Clemente:** Verwertung der nicht akzessorischen Grundschuld im Rahmen eines Forderungsverkaufs, ZfIR 2007 (Heft 21), Seite 737; **Blomeyer** (OLG-Richter a.D.): Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtlich gesicherter Darlehensforderungen, NJW 2008 (Heft 21), Seite XVI.
- ⁴³ Insbesondere Umsatzsteuer, Gewerbesteuer; vgl. z.B. „*Gewerbesteuer gefährdet Rentabilität von Verbriefungsgeschäften*“, bfinance.de am 20.11.2001; „*Experte relativiert Gefahr für Verbriefungsgeschäfte durch Gewerbesteuer*“, bfinance.de am 27.11.2001; **Berger, Quack:** Asset-Backed Securities - Steuerliche Behandlung der Zweckgesellschaften, NWB 2003 Nr. 48, Seite 8247 ff.
- ⁴⁴ Vgl. die Stellungnahme des Unterzeichners für den Finanzausschuß am 19.9.2007, unter I. B., Seite 3 ff. (Internet-Fundstelle in Fußnote 20).
- ⁴⁵ **OLG Frankfurt**, Urt. v. 25.5.2004 - 8 U 84-04 = NJW 2004, 3266 = BKR 2004, 330 mit. Anm. Langenbucher; vgl. bereits die Stellungnahme des Unterzeichners für den Finanzausschuß am 19.9.2007, unter I. B., Seite 3 ff..
- ⁴⁶ Zum ‚Refinanzierungsregister‘ vgl. **Dittrich / Uhl:** Rechtliche Aspekte der Einführung von Refinanzierungsregistern, ZKW 2005 (Heft 18), Seite 994; **Behringer, Tobias:** Das Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters und seine Auswirkungen auf ABS-Transaktionen in Deutschland, Frankfurt, Oktober 2005; **Stöcker, Otmar M.:** Das Refinanzierungsregister - zur Deckungsfähigkeit der insolvenzfesten Treuhand-Grundschuld, ZKW 2005 (Heft 18), Seite 997; **Moraht / Dippmann:** Neuer Schwung im deutschen Markt für Asset Backed Securities durch die neuen Refinanzierungsregister, CMS Report

Gleichwohl haben die ‚Kreditverkäufe‘ - auch wegen der *„verbleibenden rechtlichen Unsicherheiten für Verkäufer und Investoren“*⁴⁷ - in der Folge, gemessen am rethorischen Aufwand und der angeblichen *‚Bedeutung für den Finanzplatz Deutschland‘*, nur einen äußerst bescheidenen Anteil am *gesamten* Refinanzierungs-Volumen der Banken erreicht und spielten (und spielen) insoweit praktisch keine Rolle.

‚Kreditverkäufe durch Banken‘ im Sinne des Risikobegrenzungsgesetzes⁴⁸ fanden auch nicht allgemein wegen *„der Eigenkapitalvorschriften nach Basel II“* statt, sondern ganz überwiegend als Ersatz für eigene Kreditabwicklung und Forderungsbeitreibung bei ‚gestörten‘ Krediten durch die verkaufenden Banken (‚Workout‘- und Inkasso-, *outsourcing*), um Kosten einzusparen und die Zahlungszuflüsse (‚Kaufpreise‘) zu beschleunigen.

Lediglich um der *Verkäuflichkeit* dieser problematischen ‚Kredit-Portfolio‘ willen wurden diesen (ansonsten praktisch unverkäuflichen) Paketen 20 - 30 % ‚ungestörte‘ Kredite ‚beigemischt‘.⁴⁹

Wegen der Finanzkrisen finden derzeit praktisch keine *‚Kreditverkäufe durch Banken‘* im Sinne des ‚Risikobegrenzungsgesetzes‘⁵⁰ statt.⁵¹

Es ist also schlicht eine Legende, daß die *‚Kreditverkäufe durch Banken‘* im Sinne des Risikobegrenzungsgesetzes⁵² wegen *„der Eigenkapitalvorschriften nach Basel II“* erforderlich seien.

XII, Mai 2006; **Fleckner / Frese**: Veräußerung und Indeckungnahme von Immobilienkrediten mit Hilfe des Refinanzierungsregisters, ZKW 2007 (Heft 17), Seite 924; **Odenbach, Mark**: Refinanzierungsregister und Verbriefung - erfüllte Hoffnungen oder enttäuschte Erwartungen, ZKW 2006 (Heft 19), Seite 1055.

⁴⁷ Um deren Beseitigung geht es den ‚interessierten Kreisen‘ und z.B. dem Finanzministerium nach wie vor. Die *‚Probleme der Kreditnehmer‘* wurden lediglich wegen des Drucks der Öffentlichkeit und von Teilen der Politik (*„Der Mittelstand ist betroffen!“*) aufgegriffen und werden als Vorwand für die Fortsetzung der gesetzgeberischen Aktivitäten im Sinne der ‚interessierten Kreise‘ benutzt, wobei die Rechte der Kreditnehmer weiter abgebaut werden.

⁴⁸ Vgl. oben in Fußnote 9.

⁴⁹ Vgl. z.B. *„Lone Star wittert neue Zukaufchancen“*, FTD vom 29.01.2008, am Ende: *„Köchling betonte, Lone Star kaufe vor allem gekündigte Kredite. Der Anteil der Kredite, die voll bedient werden oder bei denen die Schuldner erst seit Kurzem in Rückstand sind, betrage weniger als 20 Prozent.“*

⁵⁰ Vgl. oben in Fußnote 9.

⁵¹ Vgl. z.B. *„Markt für faule Kredite ist tot“*, FTD vom 20.04.2008.

⁵² Vgl. oben in Fußnote 9.

**C. Legenden-Bildung III:
Befreiung der Banken von Risiken durch die Kreditverkäufe (Bilanz-
Entlastung)**

Wegen der nur knapp zur Verfügung stehenden Bearbeitungszeit sei hier nur vorläufig darauf hingewiesen, daß dieses ‚Argument‘ zwar theoretisch richtig ist, in der Praxis aber wohl meist nicht greift.

Zwar ist es grundsätzlich und theoretisch richtig, daß durch den ‚Verkauf von Krediten‘ (gleichgültig ob in Form der Vollübertragung von Kreditverträgen oder in der Form der bloßen Übertragung einzelner Kreditforderungen) bei der Bank eine ‚Bilanz-Entlastung‘ erreicht werden kann.

Dies gilt aber nur, wenn und soweit durch den ‚Verkauf der Kredite‘ wirklich sämtliche ‚Kreditrisiken‘ aus der Bilanz (d.h. aus dem wirtschaftlichen Verantwortungs- und Haftungsbereich der Bank) entfernt werden.

In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, daß die ‚Kreditaufkäufer‘ beim Erwerb der ‚Kreditportfolien‘ nur mit geringem Eigenkapital arbeiten und wegen des ‚Hebel-Effekts‘ überwiegend ‚Fremdmittel‘ zur Finanzierung des Erwerbs einsetzen. Sehr häufig - belastbare Daten und Zahlen liegen nicht vor - werden diese ‚Fremdmittel‘ aber von eben den Banken zur Verfügung gestellt, welche die ‚Kredite verkaufen‘, d.h. die verkaufende Bank finanziert selbst den Verkauf für den Erwerber. Dann findet natürlich keine wirkliche ‚Entlastung der Bilanz‘ statt, sondern es wird nur eine Risiko-Position durch eine andere Risiko-Position ersetzt, d.h. es werden nur ‚Schuldner ausgetauscht‘.

Außerdem enthalten die dem ‚Verkauf von Krediten‘ jeweils zugrunde liegenden (meist mehrere Hundert Seiten starken) individuellen Verträge (nicht nur bei ‚Verbriefungen‘) in der Regel Haftungs-, Regreß- und Garantie-Vereinbarungen zu Lasten der verkaufenden Bank, welche einer wirklichen ‚Bilanz-Entlastung‘ entgegenstehen. Es ist dann eine Frage der Beachtung der ‚Grundsätze der Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit‘, ob und inwieweit solche verbleibenden Risiken in den Bilanzen ausgewiesen werden und die wirklich erzielte ‚Bilanz-Entlastung‘ zutreffend dargestellt wird.

Es läßt sich also nicht pauschal behaupten, der ‚Verkauf von Krediten‘ führe zu ‚Bilanz-Entlastungen‘ - das kann, muß aber nicht der Fall sein.

**D. Legenden-Bildung IV:
BGH habe „die Zulässigkeit der Übertragung von Kreditforderungen ohne Zustimmung des Kreditnehmers“ festgestellt**

Unstreitig hat der XI. BGH-Zivilsenat in seinem Urteil vom 27.02.2007⁵³ erkannt, daß der Verkauf von ungestörten Krediten ohne Zustimmung des Kreditnehmers eine Pflichtverletzung der Bank darstellt.⁵⁴

In dem entschiedenen Fall ist der XI. BGH-Zivilsenat davon ausgegangen, daß der in der Forderungsabtretung aus einem ‚ungestörten‘ Kreditverhältnis ohne Zustimmung des Kreditnehmers liegende Pflichtverstoß der Bank nicht zur ‚Nichtigkeit‘⁵⁵ der konkreten Forderungsabtretung nach § 134 BGB führte.⁵⁶

⁵³ BGH, Urt. v. 27.02.2007 - XI ZR 195/05 = NJW 2007, 2106 = ZIP 2007, 619 = WM 2007, 643 = VuR 2007, 148 = EWiR 2007, 267

⁵⁴ Der Unterzeichner hat darauf bereits in der Anhörung am 23.01.2008 ausdrücklich schriftlich und mündlich hingewiesen und es ist einer der Gründe für die Zweifel des Verfassers an der aktuellen ‚Gesetzgebungstechnik‘ (vereinfacht: Verzicht auf vorbereitende Kommissionen), daß die Ministerialbürokratie nicht einmal solche ausdrücklichen Hinweise zum Anlaß nimmt, ihre ‚Argumente‘ zu überprüfen und sich darauf verläßt, daß die Abgeordneten dies nicht merken werden.

Es stimmt äußerst bedenklich, daß mit derartigen Gesetzgebungsvorhaben befaßte Ministerialbeamte zulassen, daß derartige Falschaussagen über höchtrichterliche Urteile auch noch in Gesetzesmaterialien verbreitet werden.

Sollte der Gesetzentwurf verabschiedet werden, müßten sich Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht alsbald mit der Frage befassen, wie ein Gesetz zu bewerten ist, wenn sich ‚der Gesetzgeber‘ ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien offensichtlich in einer grundlegenden und entscheidenden Frage ‚geirrt‘ hat.

⁵⁵ Das deutsche Recht unterscheidet bei den Rechtsfolgen zwischen ‚Rechtswidrigkeit‘ (eines Verhaltens) und ‚Nichtigkeit‘ (eines Rechtsgeschäfts). Nicht jedes ‚rechtswidrige‘ Verhalten (z.B. Pflichtverletzungen von Vertragsparteien) führt dazu, daß das Rechtsgeschäft, bei dem dieses rechtswidrige Verhalten realisiert wurde, deswegen ‚nichtig‘ ist. Die Nichtigkeits-Folge greift nur ein, wenn das ‚rechtswidrige Verhalten‘ gegen ein Gesetz (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt. Die Verneinung der ‚Nichtigkeit‘ des Rechtsgeschäfts bedeutet aber natürlich nicht, daß deswegen das ‚rechtswidrige Verhalten‘ nicht mehr rechtswidrig oder gar ‚zulässig‘ wäre ! Rechts- und pflichtwidriges Verhalten ist und bleibt unzulässig (‚pacta sunt servanda‘) und verpflichtet (bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen) zum Schadenersatz.

⁵⁶ Wegen des spezifisch deutschen sog. ‚Abstraktionsprinzips‘ (das jedem Studenten bereits im 1. Semester beigebracht wird), das zwischen (schuldrechtlichem) ‚Verpflichtungs- oder Kausalgeschäft‘ und (sachenrechtlichem) ‚Erfüllungs- oder Verfügungsgeschäft‘ strikt trennt, ist es (unter Beachtung der durch §§ 134, 138, 826 BGB gezogenen Grenzen,) freilich möglich, daß trotz eines pflichtverletzenden oder sonst rechtswidrigen, aber nicht ‚nichtigen‘ ‚schuldrechtlichen Kausalgeschäfts‘ (hier: Forderungsabtretung) ein wirksames ‚sachenrechtliches Erfüllungsgeschäft‘ (hier: Forderungsübertragung) vorliegt.

So liegt der Fall in der erörterten BGH-Entscheidung: Die Rechtswidrigkeit des (nicht ‚nichtigen‘) ‚schuldrechtlichen Kausalgeschäfts‘ (Forderungsabtretung) schlug (wegen des ‚Abstraktionsprinzips‘) nicht auf das ‚sachenrechtliches Erfüllungsgeschäft‘ (Forderungsübertragung) durch, die neue Gläubigerin war (trotz der Pflichtverletzung der veräußernden Bank) (sachenrechtlich) wirksam Inhaberin der streitigen Forderung geworden.

Das ist eine auf den konkreten Fall und seine individuellen Umstände bezogene Bewertung, die so nicht automatisch auch für andere Fälle (schon gar nicht für andere Fallgruppen) gilt oder gelten muß.

Der XI. BGH-Zivilsenat hat nicht entschieden, daß solche Pflichtverletzungen von Banken (pflichtverletzende Forderungsabtretungen und -übertragungen) „zulässig“ seien, sondern im Gegenteil betont, daß solche Pflichtverletzungen die Bank grundsätzlich (d.h. bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen) zu Schadenersatz verpflichtet.⁵⁷

Deswegen kann aus dieser BGH-Entscheidung auch nicht gefolgert werden, solche pflichtverletzenden Forderungsabtretungen seien grundsätzlich „zulässig“. Pflichtverletzungen einer Vertragspartei sind (nicht nur nach deutschem Recht) niemals ‚zulässig‘, denn ‚*pacta sunt servanda*‘ (‚Verträge sind einzuhalten‘).⁵⁸

Die Entwurfsverfasser schreiten (ausgesprochen mutig, aber verfassungswidrig) hinter diese höchstrichterlich festgestellte Rechtslage zurück und unterstellen gegen diese höchstrichterliche Entscheidung - ganz im Sinne der ‚interessierten Kreise‘ - die grundsätzliche und generelle Zulässigkeit des Verkaufs von Krediten.⁵⁹

Damit - mit der grundsätzlichen ‚Zulässig-Erklärung‘ von zu Schadenersatz verpflichtenden Pflichtverletzungen von Kreditgebern in Kreditverhältnissen - setzen die Entwurfsverfasser ohne jede sachliche Rechtfertigung den fundamentalen, verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgrundsatz des ‚*pacta sunt servanda*‘ (‚Verträge sind einzuhalten‘) partiell (für Kreditverhältnisse und Banken) außer Kraft.

⁵⁷ Über die Schadenersatz-Frage im konkreten Fall hat der BGH nicht entschieden, weil er die Sache an das OLG zurückverwiesen hat; auch ist nicht klar, ob ‚Schadenersatz‘ überhaupt klageweise geltend gemacht war.

Über die entscheidende Frage, ob nicht bei Vorliegen aller Schadenersatz-Voraussetzungen die pflichtverletzende und demnach schadenersatzpflichtige Bank nach dem ‚Grundsatz der Naturalrestitution‘ (§ 249 BGB) den Kreditnehmer so stellen muß, als sei die Forderung nicht abgetreten und übertragen worden, und welche Konsequenzen dies für die praktische Abwicklung hat, hat der BGH nicht entschieden (und mußte dies ja auch nicht). Aber auch die Literatur hat im Rahmen der Diskussion dieser BGH-Entscheidung und der (auch hier geführten) Diskussion der ‚Kreditverkäufe‘ diese Problematik noch gar nicht erkannt.

⁵⁸ Rechtsdogmatisch ist es materiell- und prozeßrechtlich möglich, daß die von einer Vertragsverletzung ihres Vertragspartners bedrohte Partei vorbeugend (z.B. mit einer Feststellungs- oder Unterlassungsklage) gegen die drohende Vertragsverletzung vorgeht, sofern nur diese Gefahr hinreichend konkretisiert ist. In den hier erörterten Konstellationen scheidet dies lediglich daran, daß die Kreditnehmer mangels Informationen (über die Details des Verkaufs hinsichtlich der Pflichtverletzungen) den erforderlichen ‚Konkretisierungs-Grad‘ nicht erreichen können und natürlich unter Beweis-Problemen leiden.

⁵⁹ BT-Drs. 16 / 7438, Seite 9, unter III. 1.

Der Verfasser wagt die Vorhersage, daß dies - auf einen entsprechenden Angriff z.B. eines Gesetzgebungsorgans oder eines Betroffenen hin - verfassungsrechtlich keinen Bestand haben wird.

E. Das rechtliche Problem der „sofort vollstreckbaren Grundschuld“ und das tatsächliche Problem der „Androhung der Zwangsversteigerung“ zur Nötigung der Kreditnehmer

Die Vorschläge und Ausführungen zur ‚Sicherungsgrundschuld‘ und den damit zusammenhängenden (sachenrechtlichen) Problemen stellen zwar eine gewisse Verbesserung gegenüber früheren wirren Äußerungen aus dem Finanz- und Justizministerium dar und sind auch nicht falsch, erfassen jedoch die praktische Problematik überhaupt nicht.

Das deutsche System der Immobilier-Kreditsicherheiten (‚Grundpfandrechte‘: Hypothek, Grundschuld) ist auf das Engste mit dem immer noch dominierenden Refinanzierungssystem ‚Grundpfandbriefe‘ verknüpft. Durch die bereits angesprochenen gefälligen Rechts- und Steueränderungen seit dem Jahr 2002 ist das Grundpfandbrief-System bereits benachteiligt, durch die folgenden „*neuen Entwicklungen im Bankenrecht*“ sogar (zeitweilig) ernsthaft gefährdet worden.⁶⁰

Tolpatschige Änderungen im materiellen und prozessualen ‚Recht der Grundpfandrechte‘ können gravierende Auswirkungen auf das Grundpfandbrief-System haben, obwohl sich dieses (kostengünstige, daher aber auch nicht vergleichbar gewinnträchtige) Refinanzierungssystem selbst noch in der Finanzkrise (gerade auch für die Kreditnehmer) bewährt hat und (in *Umkehrung* der bisherigen Politik) *gestärkt* werden sollte.

⁶⁰ Vgl. „Krise kratzt am Pfandbriefimage“, FTD vom 06.05.2008; „Lob des deutschen Pfandbriefs“, FR-online vom 20.03.2008; „Rentenmärkte - Die Finanzkrise erreicht den Pfandbriefmarkt“, FAZ NET vom 15.03.2008; „Pfandbriefhandel liegt auf Eis“, FTD vom 14.03.2008; „Covered Bonds - Pfandbriefe als Vorbild“, WirtschaftsWoche vom 11.03.2008; „Kreditkrise stärkt Pfandbrief als Refinanzierungsinstrument - neue Geschäftschancen für Finanzinstitute“, PRESSE-PORTAL vom 26.02.2008; „Handel mit Pfandbriefen soll sich kommende Woche normalisieren“, REUTERS am 04.01.2008; „Preisstellung für Jumbo-Pfandbriefe vorübergehend ausgesetzt“, FAZ vom 22.11.2007; „Pfandbriefe - Banken wollen Pfandbriefregeln aufweichen“, FAZ vom 13.11.2007; „Pfandbriefmarkt - Hartnäckige Verunsicherung“, FAZ vom 11.10.2007; „Pfandbriefe - Jenseits des Gesetzes ist vieles leichter“, FTD vom 03.10.2007; „Pfandbriefe - Im Wettlauf mit dem Ausland“, FTD vom 30.09.2007; „Banken wollen Pfandbrief modernisieren“, FTD vom 20.09.2007; „Hypothekenanleihen - Unterhöhlen MBS den Pfandbrief?“, FAZ vom 15.06.2007; „Pfandbriefgesetz stärkt Finanzplatz Deutschland“, BANKEN UND PARTNER am 20.04.2006

Das gravierende *praktische* Problem der ‚abstrakten Grundschulden‘, das durch die vorgeschlagenen Regelungen *nicht im Geringsten tangiert* wird, liegt nicht so sehr im *rechtlichen* Bereich, sondern im *tatsächlichen* Ausnutzen der Möglichkeiten, welche die Inhaberschaft (sei es auch nur die Schein-Inhaberschaft) den neuen Gläubigern gegenüber den Kreditnehmern bietet:

Bereits das Androhen der rechtstechnisch jederzeit⁶¹ möglichen Zwangsvollstreckung⁶² stellt sich als ‚Folterwerkzeug‘ gegenüber den Kreditnehmern dar, dem diese praktisch nicht widerstehen können und panisch alles erfüllen, was ihnen abgefordert wird.

Das gesamte Instrumentarium der ‚*Grundpfandrechte mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung*⁶³‘ stellt sich nach seiner historischen Entwicklung⁶⁴ und mit sei-

⁶¹ Nach der schlichten Zustellung der Grundschuld-Urkunden ist nach 14 Tagen der Antrag auf Zwangsversteigerung auch bei ungestörten und ungekündigten Krediten möglich und zulässig. Das Vollstreckungsgericht darf bei Grundschulden nur die Inhaberschaft am dinglichen Recht prüfen, nicht die Vollstreckungsberechtigung; daran ändern auch die vorgesehenen Rechtsänderungen nichts. Zwar stellt die Einleitung der Zwangsvollstreckung eine *Pflichtverletzung* des Gläubigers dar, wenn es nach dem Kreditvertrag oder dem Sicherungsvertrag an der ‚Verwertungsreife‘ fehlt, dies macht die Vollstreckungsmaßnahme aber nicht unzulässig, nichtig oder unwirksam. Der Kreditnehmer muß sich vielmehr in einem gesonderten Verfahren vor einem anderen Gericht gegen die Verwertung seiner Sicherheit wehren (Vollstreckungsabwehrklage). Wenn von diesem anderen Gericht vorläufiger Rechtsschutz gegen die eingeleitete Zwangsvollstreckung nicht gewährt wird, kommt die Entscheidung meist zu spät, ist die Zwangsversteigerung bereits durchgeführt und der ‚Zuschlag‘ irreversibel erteilt.

⁶² Antrag auf
- Zwangsversteigerung mit der Folge der Eintragung des Versteigerungsvermerks im Grundbuch, der zu einer sofortigen (gravierenden) Wertminderung der Immobilie führt und
- Zwangsverwaltung, die zu einem sofortigen Entzug der (für die Kreditbedienung erforderlichen) liquiden Mittel (Mieteinnahmen) beim Kreditnehmer führt, um ‚Zahlungsrückstände‘ herbeizuführen oder zu verstärken.

⁶³ Aus dieser rechtlichen Struktur ergeben sich zahlreiche weitere Probleme, die für die hier erörterte Problematik zwar auch bedeutsam sind, aber nicht erörtert werden können. Das könnte nur eine vom Unterzeichner vorgeschlagene interdisziplinäre ‚Kommission‘ bewältigen. Damit ist nicht nur die Ministerialbürokratie, sondern sind erst Recht die Abgeordneten in den (kommissions-ersetzenden) sog. ‚Sachverständigenanhörungen‘ überfordert. Selbst für nicht spezialisierte Juristen stellen sich hier erhebliche Probleme.

⁶⁴ Vereinfacht beschrieben: Der Kreditnehmer stellt der Bank sein Grundstück als Sicherheit zur Verfügung, mittels dessen (als ‚weitergegebene‘ Sicherheit) sich die Bank durch Ausgabe von Grundpfandbriefen das Geld für die Ausleihung an den Kreditnehmer beschafft (‚Refinanzierung‘). Als ‚Dankeschön‘ für die Überlassung des Grundstücks als ‚weitergebbare‘ Sicherheit erhält der Kreditnehmer einen günstigeren Zinssatz. Der Kreditnehmer (Grundeigentümer) riskiert dabei sehr viel und bringt großes Vertrauen auf: wird die Grundpfandbriefe herausgebende Bank zahlungsunfähig, können die Grundpfandbrief-Gläubiger sein Grundstück verwerten, ohne daß ihm dagegen irgendwelche Einwände zustehen würden!
Eine ‚Zahlungsunfähigkeit‘ einer ‚Hypothekenbank‘ erschien in der Vergangenheit (auch kraft des durchdachten Regulariums des HypBG) undenkbar. Das ist heute offensichtlich nicht mehr so. Ganz und gar ist diese Grundlage unseres Grundpfandbrief-Systems nicht mehr gegeben, wenn die Inhaberschaft an den Grundpfandbriefen und die zur Aufrechterhaltung dieses Systems erforderlichen Zahlungsströme aus dem Bankenbereich herausverlagert werden – wie erörtert in dubiose Firmenstrukturen mit Sitz in ‚offshore‘- Steuer- und Rechtsosen!

nen weitreichenden Eingriffsmöglichkeiten in das Eigentum des Kreditnehmers als eine höchst sensible Vertrauensbeziehung zwischen konkretem Kreditgeber und Kreditnehmer dar, wobei es bis in die jüngste Vergangenheit völlig undenkbar war, daß an dieser Vertrauensbeziehung bei ungestörten und nicht verwertungsreifen Krediten einmal eine Nicht-Bank beteiligt sein könnte.

Die auch dem neuesten Entwurf zugrunde liegende Ablehnung eines ‚Verbots des Kreditverkaufs an Nicht-Banken‘ stellt daher das gesamte Instrumentarium der ‚Grundpfandrechte mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung‘ in Frage.

Die Folge einer ggf. damit erfolgenden grundsätzlichen ‚Zulassung des Kreditverkaufs an Nicht-Banken‘ wären zwingende, verfassungsrechtlich begründete Änderungen am materiellen und prozessualen ‚Recht der Grundpfandrechte‘⁶⁵ und dies würde negative Auswirkungen auf das gesamte Refinanzierungssystem ‚Grundpfandbriefe‘ haben.

Auf diesem (Um-) Weg - Gefährdung und Schwächung des Grundpfandbrief-Systems - käme ‚man‘ dann endlich doch noch zum ‚amerikanischen System‘ (Kreditverkäufe mit Verbriefungen) mit all seinen Folgen, die gerade ‚hautnah‘ zu erleben sind.

Der Gesetzgeber muß zumindest - was ‚er‘ bisher offensichtlich nicht getan hat - darüber nachdenken und sorgfältig prüfen, ob ‚er‘ solche Konsequenzen wirklich will. Die Entwurfsverfasser haben diese Konsequenzen und die möglichen Risiken noch nicht einmal erkannt, geschweige denn geprüft und abgewogen.

F. Symbolische Änderungen des Darlehensrechts als „Lösung“ ?

Was die Änderungen im (schuldrechtlichen) Bereich des Darlehensrechts betrifft, so ist die Feststellung anderer Gesetzesverfasser⁶⁶ richtig, daß „*das Darlehensrecht in seiner bisherigen Form ... dem Darlehensnehmer hiergegen keinen hinreichenden Schutz ... bietet*“.

Das wird sich auch durch die vorgeschlagenen Regelungen nicht ändern.

Wer sich ohne vertiefte und grundsätzliche Prüfung und ohne Differenzierung nach den zahlreichen Geschäftsmodellen, Fallgruppen und Erscheinungsformen pauschal für die ‚Zulässigkeit von Kreditverkäufen‘ und sogar noch *auch an Nicht-Banken* entscheidet,

⁶⁵ Vgl. z.B. **Schwintowski, Hans-Peter u. Schantz, Peter**: Grenzen der Abtretbarkeit grundpfandrechtl. gesicherter Darlehensforderungen, NJW 2008 (Heft 8), Seite 472 ff.

⁶⁶ BT-Drs. 16 / 9447 vom 04.06.2008 - Gesetzentwurf des Bundesrates - Gesetz zur Begrenzung der Risiken des Kreditverkaufs (Kreditnehmerschutzgesetz), Seite 2.

der kann die offenbar gewordenen tatsächlichen Risiken, Gefahren und Probleme für die Kreditnehmer überhaupt nicht lösen, weil diese nach der undifferenzierten (falschen) Grundentscheidung zwingende und unvermeidliche Folgen dieser Geschäfte (und dieser Geschäftemacher) sind.

Auch die neuesten Entwurfsverfasser nehmen also (ein weiteres Mal) sehenden Auges die vielfach existenzbedrohenden Folgen dieser Geschäfte für die Kreditnehmer (darunter auch den sonst so hochgehaltenen ‚Mittelstand‘) als vermeintlich unvermeidliche ‚Kollateralschäden‘ in Kauf, um sachlich nicht dringend benötigte, rechtlich bisher zweifelhafte Geschäfte und völlig überzogenen Gewinn- und Renditeerwartungen von Banken, Investoren und Consultants (der sog. ‚Kreditverkaufs- und Verbriefungs-Industrie‘) zu ermöglichen und abzusichern.

Was vorliegend von den Entwurfsverfassern als **„Lösung“** und gar noch als **„Verbesserung des Schutzes der Kreditnehmer“** angeboten wird, ist nicht nur das Papier nicht wert, auf dem es gedruckt ist, sondern stellt eine grobe Irreführung der Öffentlichkeit und der betroffenen Kreditnehmer dar.

Es handelt sich um ein ‚Gemengsel‘ aus teilweise schon früher diskutierten und von den meisten Sachverständigen (aus unterschiedlichen Gründen) als untauglich verworfenen, teils geringfügig abgeänderten oder ergänzten Vorschlägen (Änderungen des BGB) und einem sinnlosen und für die erörterten praktischen Probleme der Kreditnehmer völlig wirkungslosen Vorschlag zur Änderung des § 1192 BGB.

G. Die Legende von den ‚fehlenden Alternativen‘

Bei den **„Alternativen“** zur angestrebten Gesetzgebung, die es angeblich nicht geben soll⁶⁷, wird die oben bereits kritisierte Legende (zur Begründung der angeblichen ‚Notwendigkeit der Kreditverkäufe‘) ebenfalls wieder zur Begründung verwendet.

Eine über das geltende Recht hinausgehende *„Notwendigkeit für die Banken, gerade notleidende⁶⁸ Darlehen auszuplatzen“* ist nicht anzuerkennen und wird von den Entwurfsverfassern auch nicht begründet, sondern lediglich postuliert.

- Zunächst ergibt sich aus diesem ‚Argument‘ schon nicht das Erfordernis einer Zulassung des Verkaufs auch von *ungestörten* Krediten, also ‚schlechthin‘.

⁶⁷ BT-Drs. 16 / 7438 vom 07.12.2007, Seite 1, unter C.

⁶⁸ Auf die rechtliche Ungenauigkeit dieses bankbetriebswirtschaftlichen, nicht rechtlichen Begriffs, der aber gleichwohl plötzlich als ‚Rechtsbegriff‘ (‚Tatbestandsmerkmal‘) verwendet wird, ist ‚der Gesetzgeber‘ schon so oft hingewiesen worden, daß es offensichtlich sinnlos ist, dies hier zu wiederholen.

Selbst der XI. BGH-Zivilsenat hat in seinem Urteil vom 27.02.2007 festgestellt, daß der Verkauf von ungestörten Krediten ohne Zustimmung des Kreditnehmers eine Pflichtverletzung der Bank darstellt (dazu schon oben, Seite 17 ff.).⁶⁹

Die Entwurfsverfasser schreiten mutig (aber verfassungswidrig) hinter diese höchstrichterlich festgestellte Rechtslage zurück und unterstellen gegen diese höchstrichterliche Entscheidung - ganz im Sinne der ‚interessierten Kreise‘ - eine *grundsätzliche und generelle Zulässigkeit des Verkaufs von Krediten* (dazu schon oben, Seite 17 ff.).⁷⁰

Damit setzen die Entwurfsverfasser ohne sachliche Rechtfertigung den fundamentalen und verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgrundsatz des ‚*pacta sunt servanda*‘ (‚Verträge sind einzuhalten‘) partiell (für Banken bei Kreditverkäufen) außer Kraft (dazu schon oben, Seite 17 ff.).

- Daß pauschal das „*derzeit geltende Eigenkapitalrecht*“ die ‚*Zulassung des Verkaufs von notleidenden Krediten*‘ (oder von Krediten überhaupt) erfordere, ist bisher von niemandem seriös dargelegt und belegt worden.⁷¹

⁶⁹ Der XI. BGH-Zivilsenat hat lediglich ausgeführt, daß der in einer Forderungsabtretung aus einem ‚ungestörten‘ Kredit ohne Zustimmung des Kreditnehmers liegende Pflichtverstoß der Bank nicht zur Nichtigkeit der Forderungsabtretung führt, und nicht daß ein solcher Pflichtverstoß ‚zulässig‘ sei.

Der Unterzeichner hat darauf bereits in der Anhörung am 23.01.2008 ausdrücklich schriftlich und mündlich hingewiesen und es ist einer der Gründe für die Zweifel des Unterzeichners an der aktuellen ‚Gesetzgebungstechnik‘ (vereinfacht: Verzicht auf vorbereitende Kommissionen), daß die Ministerialbürokratie nicht einmal solche Hinweise zum Anlaß nimmt, ihre ‚Argumente‘ zu überprüfen und sich darauf verläßt, daß die Abgeordneten dies nicht merken werden.

Es stimmt äußerst bedenklich, daß mit derartigen Gesetzgebungsvorhaben befaßte Ministerialbeamte diesen Unterschied nicht verstehen und zulassen, daß derartige Falschaussagen auch noch in Gesetzesmaterialien verbreitet werden.

Sollte der Gesetzentwurf verabschiedet werden, werden sich Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht alsbald mit der Frage befassen müssen, wie ein Gesetz zu bewerten ist, wenn sich ‚der Gesetzgeber‘ ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien offensichtlich in einer grundlegenden und entscheidenden Frage ‚geirrt‘ hat.

⁷⁰ BT-Drs. 16 / 7438, Seite 9, unter III. 1.

⁷¹ Der Unterzeichner bietet eine sofortige öffentliche Entschuldigung an, wenn ihm eine Ausarbeitung einer öffentlichen Institution (nationale oder internationale Aufsichtsbehörde, nicht den Banken nahestehende wissenschaftliche Einrichtung) vorgelegt wird, in der überprüfbar (d.h. aus empirischen Daten abgeleitet) und nicht nur als ‚Glaubenssatz‘ die Notwendigkeit der pauschalen Zulassung des ‚Verkaufs von Krediten‘ begründet und belegt wird.

Daß diese Geschäfte - insbesondere für die ‚interessierten Kreise‘ - *wünschenswert* sind, ersetzt eine solche nachvollziehbare und überprüfbare Begründung im Hinblick auf die Gefahren für die Kreditnehmer nicht.

Auch daß man über die Zulassung dieser Geschäfte als *eine Möglichkeit* für Veränderungen am Kapitalmarkt nachgedacht hat und nachdenkt, sofern man denn bestimmte Veränderungen (z.B. im Refinanzierungs-Markt, z.B. als gewollte Konkurrenz zum ‚Grundpfandbrief-System‘) herbeiführen *will*, sei nicht bestritten, steht aber der Behauptung des Unterzeichners ersichtlich nicht entgegen.

Dieses ‚Argument‘ ist vielmehr Bestandteil der ‚Legende‘, deren Entstehung zur ‚politischen Durchsetzung‘ der Anliegen ‚interessierter Kreise‘ bereits eingangs erörtert worden ist.

Dieser Mangel wird auch nicht dadurch wettgemacht, daß bestimmte Diskussions-Teilnehmer - und nun leider auch ‚der Gesetzgeber‘ in seinen ‚Materialien‘ - dieses falsche ‚Argument‘ ständig wiederholen.

- Auch daß es generell eine „Notwendigkeit ... zum ausplatzieren ...notleidender Darlehen“ gebe, ist so unrichtig und schlicht ‚Legende‘.

Eine solche „Notwendigkeit“ könnte sich allenfalls ergeben, wenn sich eine Bank in existenzgefährdenden Schwierigkeiten befindet und keine andere Möglichkeit der Stärkung des Eigenkapitals besteht.

Dieser Fall ist kaum vorstellbar, wie die Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nahezu sämtlicher Großbanken in den letzten Monaten gezeigt haben.

Für solche Extremfälle könnte zudem ohne weiteres mit einer entsprechenden Ausnahmegenehmigungs-Regelung für ‚Kreditverkäufe‘ im Aufsichtsrecht vorgesorgt werden, wobei dann auch die Vertragswerke und die Beteiligten (z.B. nur zugelassene Banken mit Rechtssitz und Vermögen im Inland oder wenigstens EU) überprüft werden könnten.

- Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes haben Banken die sachlichen und persönlichen Mittel (und müssen diese haben), um ihre Forderungen selbst betreiben und die Sicherheiten selbst verwerten zu können.

Deswegen können Bankkunden nicht mit nicht erforderlichen ‚Inkassokosten‘ belastet werden, sondern diese sind (mit dem Zins abgegoltene) ‚Allgemeinkosten‘ der Bank.

Das Geschäftsfeld ‚Verkauf von Krediten‘ wurde aber von den ‚interessierten Kreisen‘ anfänglich (vor der Schaffung der ‚Legende‘) ganz offen als kostensparende, renditesteigernde Alternative und ‚Substitut‘ für das (kostenträchtige, renditezehrende) eigene Inkasso der Banken ‚propagandiert‘.⁷²

Die als angebliche „Notwendigkeit“ hingestellte pauschale und generelle Zulassung des ‚Ausplatzierens‘ (gemeint ist: ‚Verkauf von notleidenden Krediten‘) bedeutet im Ergebnis nichts anderes als ein Unterlaufen dieser Rechtsprechung zu den ‚Inkasso-

⁷² Das läßt sich ohne weiteres durch zahlreiche ‚Schriften‘ und Werbeblättchen der ‚interessierten Kreise‘ für die Banken und die Tagungsprogramme der einschlägigen Werbe-‚Tagungen‘ belegen.

kosten' - wobei der Unterzeichner davon ausgeht, daß die ‚Gesetzesverfasser‘ dies noch nicht einmal bemerkt haben.

So nimmt ‚der Gesetzgeber‘ - vorgeblich „zum Schutz der Kreditnehmer“ - den Kreditgebern eine kostenträchtige und renditezehrende Last ab und erlegt den Kreditnehmern (als solche erkannte!) schwerwiegende Nachteile und Risiken auf.⁷³

- Schlicht unverständlich - und eigentlich unter der ‚Würde des Parlaments‘ - ist die Wiederholung der ebenfalls niemals nachvollziehbar und überprüfbar darlegten Behauptung durch die Entwurfsverfasser, „*ein Verbot der Veräußerung würde Kredite erheblich verteuern“* und „*ein Teil der Kreditnehmer könnte einen abtretungssicheren Kredit auf Grund der höheren Zinsen nicht in Anspruch nehmen*“.

Es ist allgemein bekannt, daß zahlreiche Kreditinstitute öffentlich erklärt haben, daß sie (auch ohne ‚Zinsaufschlag‘ oder besondere Vereinbarung) ihre Kredite nicht verkaufen (ohne diese deswegen zu verteuern) und daß einzelne Kreditinstitute solche ‚abtretungssicheren‘ Kreditverträge gegen einen Zinsaufschlag von lediglich 0,2 % p.a. angeboten haben.

Es ist rätselhaft, woher die Entwurfsverfasser ihre der Realität offensichtlich widersprechenden Weisheiten bezogen haben.

Es wäre grotesk, wenn der Gesetzgeber auf der Grundlage solcher offensichtlich falschen ‚Begründungen‘ und Behauptungen *diesen* Gesetzentwurf verabschieden würde.

H. Die Legende von den „fehlenden finanziellen Auswirkungen“

Ebenso falsch ist die schlichte Behauptung der Gesetzesverfasser zu den angeblich fehlenden „*finanziellen Auswirkungen*“.⁷⁴

Das (auch von den Entwurfsverfassern erkannte) unangemessene und übereilte Verwertungsinteresse der Kreditaufkäufer und ihrer Gesellschaften stürzt zahlreiche Kreditnehmer, darunter auch auch Kleingewerbetreibende, Freiberufler und mittelständische Unternehmen, unnötig in existenzielle Krisen, welche dann in der Folge die Hilfe der öffentlichen Hand, also aus „öffentlichen Haushalten“ erfordern. Daß insoweit (noch) keine exak-

⁷³ Der Verfasser hatte bisher ein anderes Verständnis von ‚Kreditnehmerschutz‘ und ‚Verbraucherschutz‘. Seit etwa zwei Jahrzehnten ist es aber (nicht nur nach Meinung des Verfassers) *üblich*, in den Titel eines die Verbraucher betreffenden Gesetzes das genaue Gegenteil von dem zu schreiben, was das Gesetz tatsächlich beinhaltet.

⁷⁴ BT-Drs. 16 / 7438 vom 07.12.2007, Seite 1, unter D.

ten Zahlen zur Verfügung stehen, bedeutet doch offensichtlich nicht, daß es diese ‚finanzielle Auswirkung‘ nicht gäbe.

Der ‚Verkauf unter dem Nominalwert‘ durch die Banken führt zu entsprechenden Verlusten und entsprechenden Steuerausfällen bei den von den Banken zu entrichtenden Steuern.

Schließlich fallen die Gewinne aus den (schon umsatz- und gewerbesteuer-befreiten) Geschäften typischerweise ‚offshore‘ an, entgehen also erhebliche Steuereinnahmen (die auch noch durch zuvor bewirkte Steuerausfälle verursacht werden).

Auch insoweit ist rätselhaft, woher die Entwurfsverfasser ihre Weisheiten bezogen haben und welche bzw. wessen Interessen sie vertreten.

I. Fazit:

Gesetzgebung zu ‚Kreditverkäufen‘ nach Art des angestrebten ‚Risikobegrenzungsgesetzes‘ ist derzeit nicht erforderlich und bei dieser Ausgestaltung für den ‚Schutz der Kreditnehmer‘ sogar schädlich

Wegen angeblichen ‚Zeitdrucks‘, obwohl wegen der Finanzkrisen derzeit praktisch keine ‚Kreditverkäufe‘ stattfinden⁷⁵ und bereits erfolgte Transaktionen ohnehin nicht berührt werden, soll der Gesetzgeber auch jetzt wieder im ‚Hau-Ruck-Verfahren‘ tätig und sollen gesetzliche Regeln diesmal sogar ‚durchgepeitscht‘ werden.

- Weiterhin ohne grundsätzliche und vertiefte Prüfung der Frage der ‚Zulässigkeit von Kreditverkäufen‘, differenziert nach den unterschiedlichen Geschäftsmodellen, Fallgruppen und Erscheinungsformen,
- ohne Berücksichtigung der neueren Erkenntnisse zur Unzulässigkeit dieser ‚Geschäfte‘⁷⁶, die das bisher einzige BGH-Urteil zu dieser Frage deutlich als unrichtig erscheinen lassen und
- ohne Berücksichtigung der *typischerweise rechtswidrigen Vorgehensweise* der von den Kreditaufkäufern beauftragten Vollstreckungs- und Verwertungs-Gesellschaften („Advisors“)⁷⁷,

⁷⁵ Vgl. oben in Fußnote 51.

⁷⁶ Vgl. dazu z.B. die Fundstellen in Fn. 42.

⁷⁷ Vgl. dazu nur **OLG München**, Urt. v. 26.2.2008 - 5 U 5102-06 (Unzulässige Zwangsvollstreckung) und den (unwidersprochen gebliebenen) Bericht von **REPORT MAINZ SWR** vom 26.5.2008 („Skrupellose Geschäfte“) über Verwertungs-Kriminalität bei Lone Star-Gesellschaften.

würde die außerdem unsystematische, Unklarheiten und Mißverständnisse provozierende ‚*patchwork*-Gesetzgebung‘ fortgesetzt und würden damit diese zumindest *dubiosen* Geschäfte in der Sache sogar grundsätzlich ‚legislativ abgeseget‘.

- Dies geschähe, obwohl sich angesichts der Finanzkrisen abzeichnet und unstrittig ist, daß die ‚*Finanzinnovationen*‘ und insbesondere der Bereich der ‚*Kreditverkäufe und Kreditverbriefungen*‘, die nach allgemeiner Einschätzung diese Krisen ausgelöst haben, ‚dringend einer grundsätzlichen und vertieften Regulierung‘ bedürfen.⁷⁸
- Dies geschähe, obwohl bei der Untersuchung verschiedener Fälle festgestellt wurde, daß Kreditforderungen und Kreditsicherheiten über ganze Firmengeflechte in (für hiesige Kläger nicht erreichbare) ‚offshore‘-Steuer- und Rechts-Oasen angesiedelte Firmen mit minimalster Kapitalausstattung verlagert werden und derartige Firmenkonstruktionen und Vermögenstransfers für die nationalen und internationalen Geldwäsche-Behörden den Anfangsverdacht der ‚Geldwäsche‘ begründen und die *Absicht der Steuerhinterziehung und / oder Steuerverkürzung* indizieren.
- Dies geschähe vorgeblich, um den ‚*Schutz der Kreditnehmer*‘ zu verbessern, was konkret jedoch nicht der Fall ist, sondern teilweise sogar das genaue Gegenteil (wird in Abschnitt III. noch im Detail ausgeführt). Es handelt sich bei den vorgeschlagenen Regelungen zum ‚Kredithandel‘ *bestenfalls* um für den ‚Schutz der Kreditnehmer‘ völlig wirkungs- und wertlose ‚Alibi-Regelungen‘⁷⁹.

⁷⁸ 2008-06-14 - Strukturelle Defizite beseitigen - Bundesbank für Regulierung - Börsen-Zeitung Nr. 113, S. 1
2008-05-30 - Kantonalbanken fordern differenzierte Regulierung durch Aufsichtsbehörden - swissinfo.ch
2008-05-29 - Investmentbanken fürchten Regulierung - FTD
2008-05-21 - BaFin kritisiert Deregulierung der Finanzmärkte und IASB - Haufe_de
2008-05-16 - Ackermann äußert sich zur Finanzkrise und fordert schärfere Regeln - HANDELSBLATT
2008-05-15 - Sanio - Systematische Deregulierung der vergangenen Jahre war gefährlicher Irrweg - FTD
2008-05-15 - Finanzkrise - Umschalten von Notfallmedizin auf Prävention (Sanio) - RiskNET.de
2008-05-14 - Von blinden und gierigen Monstern auf den Finanzmärkten (Köhler) - RiskNET.de
2008-05-13 - Der Staat muss radikal eingreifen - HANDELSBLATT
2008-05-10 - Die Kreditkrise ist eine Regulierungskrise - NZZ Online
2008-05-03 - Marktwirtschaftler Wittmann will Finanzindustrie regulieren - NZZ Online
2008-04-30 - US-Regierung will Fed mehr Biss geben - FTD
2008-04-16 - OECD fordert fundamentale Reform der Finanzmärkte - NZZ Online
2008-04-11 - Konsequenzen aus der Krise - Steinbrück will regulieren - n-tv.de
2008-04-09 - Lektionen aus der Krise - Banken schlagen Kodex vor - n-tv.de
2008-04-08 - Minister dringen auf gemeinsames G7-Vorgehen bei Finanzkrise - Reuters
2008-04-08 - IWF fordert Reform der Finanzmarktregulierung - sueddeutsche.de

⁷⁹ Daß dies auch in der Absicht jedenfalls des Finanzministeriums liegt, hat ein hoher Ministerialbeamter auf einer nur für Organe und Mitarbeiter von Banken, Finanzintermediären und Consultants bestimmten Tagung hinreichend deutlich ausgedrückt: die Politik stehe eben unter dem Druck der Öffentlichkeit und der Medien und man könne eine Gesetzgebung zwar nicht verhindern, aber diese werde nichts wesentlich verändern.

Vor allem aber:

Der Gesetzgeber würde durch die Verabschiedung des vorliegenden Gesetzentwurfs tatsächlich (erneut) sehenden Auges den in der Vergangenheit überwiegend unzulässigen Geschäften (die Rechtsprechung zu dieser Frage ist noch keineswegs gefestigt) und der in erheblichen Bereichen kriminellen Vorgehensweise der von den Kreditaufkäufern eingeschalteten Firmen seinen ‚*legislativen Segen*‘ geben und dadurch die Rechtsprechung in dieser Richtung beeinflussen !

Ein wirklicher ‚Schutz der Kreditnehmer‘ (nicht nur der zukünftigen !) würde dagegen erreicht, wenn der Gesetzgeber unter Hinweis auf die noch ausstehende Klärung der Frage der ‚*Zulässigkeit von Kreditverkäufen*‘ und der ‚*Rechtmäßigkeit der Forderungsbeitreibung und Sicherheitenverwertung*‘, differenziert nach den verschiedenen Geschäftsmodellen, Fallgruppen und Erscheinungsformen, die Verabschiedung dieses Gesetzentwurfs ablehnen und zunächst die weitere Klärung der Rechtsprechung überlassen würde.

Die Rechtsprechung könnte sich dann nicht mehr darauf zurückziehen, daß die Frage der Zulässigkeit ‚*vom Gesetzgeber doch positiv beantwortet*‘ sei und sich nicht mit dieser Begründung der differenzierten Klärung dieser Fragen entziehen.

Die (sofern sich solche überhaupt ergeben) sehr geringen Verbesserungen nur für *zukünftig* ‚verkaufte Kreditnehmer‘ sind die gravierenden Verschlechterungen für die zu Zehntausenden bereits verkauften Kreditnehmer nicht wert.

Wer wirklich die Kreditnehmer (auch die bereits ‚verkauften‘, nicht nur die ‚zukünftig verkauften‘) schützen will, muß dafür sorgen,

- daß die laufenden und anstehenden Zivilverfahren gründlich und ordentlich durchgeführt und die Frage der ‚Zulässigkeit der Kreditverkäufe‘ nach Geschäftsmodellen, Fallgruppen und Erscheinungsformen differenziert entschieden wird, statt die Rechtsprechung mit dem vorliegenden Gesetzentwurf in der von den ‚interessierten Kreisen‘ erkennbar gewollten Richtung zu manipulieren,
- daß die Gerichte das Mittel der Prozeßkostenhilfe nicht unangemessen beschränken,
- daß die Finanzaufsicht von ihren *schon vorhandenen* Regulierungs-Möglichkeiten Gebrauch macht, statt diese ‚Geschäfte‘ noch zu begünstigen,
- daß die Staatsanwaltschaften und Steuerstraßbehörden den zahlreichen erstatteten Strafanzeigen ordentlich und umfassend nachgehen,
- daß die weitere Gesetzgebung einem verfassungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren entsprechend in einer interdisziplinär und unter Berücksichtigung der beteiligten Interessen-Gruppen besetzten Kommission gründlich und systematisch vorbereitet wird.

**III. Zum „Entwurf eines Risikobegrenzungsgesetzes“
(nur zum Teil ‚Kredithandel‘)
gem. dem Umdruck Nr. 6 (Anlage 14) vom 19. Juni 2008**

A. Zu Artikel 6 - Änderung des BGB

1. Änderung der Inhaltsübersicht (nur redaktionelle Änderung)

**2. Erweiterung des § 309 Nr. 10 BGB =
Ausdehnung des Verbots der klauselmäßigen Vertragsübertragung**

Gesetzesvorschlag:

In § 309 Nr. 10 werden die Wörter „Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen“ durch die Wörter „Kauf-, Darlehens-, Dienst- oder Werkverträgen“ ersetzt.

Begründung:⁸⁰

„§ 309 Nr. 10 BGB in der geltenden Fassung erklärt AGB-Klauseln bei Kauf-, Dienst- und Werkverträgen für unwirksam, nach denen ein Dritter anstelle des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird der Dritte namentlich bezeichnet oder dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen. Die Vorschrift gilt ausdrücklich nur für Kauf-, Dienst- und Werkverträge; durch die Änderung werden auch Darlehensverträge erfasst.

Zwar wird der Darlehensnehmer auch bereits nach geltender Rechtslage vor einer unangemessenen Benachteiligung geschützt. Die Wirksamkeit einer Vertragsübernahmeklausel in Allgemeinen Geschäftsbestimmungen beurteilt sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 307 BGB, nach der darauf abzustellen ist, ob der Vertragspartner des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wird. Dies wird im Regelfall anzunehmen sein, da sich die Rechtsstellung des Darlehensnehmers durch den Wechsel des Vertragspartners erheblich verschlechtern kann. Eine solche Bewertung einer Vertragsübernahmeklausel in Darlehensverträgen wird auch durch Artikel 3 Abs. 3 i.V.m. mit Nr. 1 p des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen nahe gelegt. Zu der Liste der Klauseln, die die Mitgliedsstaaten als missbräuchlich ansehen können, zählen danach auch solche, die die Möglichkeit vorsehen, dass der Vertrag ohne Zustimmung des Ver-

⁸⁰ Umdruck Nr. 6 (Anlage 14), Seite 6 f.

brauchers vom Gewerbetreibenden abgetreten wird, wenn dies möglicherweise eine Verringerung der Sicherheiten für den Verbraucher bewirkt.

Die Aufnahme des Darlehensvertrags in die Vorschrift des § 309 Nr. 10 BGB dient der Klarstellung und Vorwegnahme der Beurteilung einer Vertragsübernahmeklausel bei Darlehensverträgen im Einzelfall. Sie steht im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und trägt zur Rechtssicherheit bei.

Die Abtretung der Darlehensforderung (im Gegensatz zur Vertragsübernahme) bleibt weiterhin möglich. Solche Abtretungen sollen in der Regel andere Forderungen absichern und Refinanzierungen ermöglichen. Damit sind die Belange der Kreditwirtschaft ausreichend gewahrt.“

Analyse und Bewertung:

Tatsächlich gilt § 309 Nr. 10 BGB (Verbot der klauselmäßigen Vertragsübertragung) bisher nicht für ‚Darlehensverträge‘.

Scheinbar werden durch die Erweiterung des § 309 Nr. 10 BGB⁸¹ auch auf ‚Darlehensverträge‘ die Rechte der Kreditnehmer gestärkt, weil danach auch für Darlehensverträge das ‚Verbot der klauselmäßigen Vertragsübertragung‘ gilt.

Die Unwirksamkeit entsprechender Darlehens-Klauseln ergibt sich jedoch heute schon aus § 307 BGB⁸² (Generalklausel: Unwirksamkeit von Klauseln bei unangemessener Benachteiligung).⁸³ Dieses Ergebnis ist auch - ausweislich der Begründung der Entwurfsverfasser selbst - zweifelfrei und zwingend.

(Unter anderem) diese Bestimmung, die bereits in § 9 AGBG (für Alt-Verträge) enthalten war, war in den vorangegangenen Diskussionen völlig übersehen worden und wurde auch vom XI. BGH-Zivilsenat in seinem (bisher einzigen, sehr ‚zielgerichteten‘) einschlägigen Urteil vom 27.02.2007 (XI ZR 195/05) schlicht ‚übersehen‘.⁸⁴

⁸¹ Vorläuferregelung: § 11 Nr. 13 AGBG

⁸² Vorläuferregelung: § 9 AGBG

⁸³ Ohne die Einschränkungen in § 309 Nr. 10 Ziffer 1 (Entfall der Unwirksamkeit der Klausel bei gleichzeitiger namentlicher Benennung des Dritten) und Ziffer 2 (Entfall der Unwirksamkeit der Klausel bei Einräumung eines Kündigungsrechts).

⁸⁴ Der XI. BGH-Zivilsenat hätte § 9 AGBG (Altfälle) oder § 307 BGB (Neufälle) direkt anwenden müssen oder hätte nach Sinn und Zweck der Vorschriften § 9 AGBG (Altfälle) oder § 307 BGB (Neufälle) analog anwenden können.

Aus § 11 Nr. 13 AGBG (alt) und § 309 Nr. 10 BGB (neu) ergab und ergibt sich als gesetzliches Leitbild für bestimmte Verträge (insbesondere Dauerschuldverhältnisse), daß jedenfalls eine ‚Vertragsübergabe‘ an einen neuen Gläubiger ohne individuelle Zustimmung des Verbrauchers unwirksam ist, wenn der neue Gläubiger nicht bereits bei Vertragsschluß namentlich benannt oder nicht dem Verbraucher bereits bei Vertragsschluß ein ‚Sonderkündigungsrecht‘ eingeräumt wird.

Zwar wird durch die geplante Einbeziehung der ‚Darlehensverträge‘ in § 309 Nr. 10 BGB (neu) der Rückgriff auf § 307 BGB (Generalklausel) wohl ausgeschlossen, was sich als Nachteil herausstellen kann.

Das durch die vorgeschlagene Einbeziehung der ‚Darlehensverträge‘ erreichte ‚Verbot der klauselmäßigen Vertragsübernahme‘, daß nur durch Erfüllung einer der beiden Ausnahmen (vgl. Fußnote 83) vermieden werden könnte, wäre aber immerhin eine ‚Verbesserung des Kreditnehmerschutzes‘ durch dieses Gesetzgebungsvorhaben.

Freilich gälte dieser (allerdings ohnehin europarechtlich erzwungene) Schutz nur für die klauselmäßige Ermöglichung von kompletten Vertragsübergaben⁸⁵ in AGB (z.B. Darlehensbedingungen) und würde die Kreditnehmer nicht vor der bloßen Übertragung (Abtretung) von Darlehensforderungen und nicht davor schützen, daß sich die (insoweit natürlich praktisch immer koordiniert handelnden) Banken bei der Kreditvergabe die Möglichkeit der Vertragsübertragung durch Individualvereinbarung erzwingen.⁸⁶

⁸⁵ Die komplette ‚Vertragsübernahme‘, d.h. der Verkauf des kompletten Kreditverhältnisses als Ganzes ist allerdings nach dem Eindruck des Verfassers ohnehin nicht die ‚Regelform‘ dieser Geschäfte. Eine quantifizierte ‚Typologie der Kreditverkäufe‘ (‚Fallgruppen‘) läßt sich derzeit nicht aufstellen, weil die ‚Kaufverträge‘ geheim gehalten werden und in den anhängigen Gerichtsverfahren die gerichtliche Anordnung zu deren Vorlage (rein faktisch) bisher nur ganz selten und ausnahmsweise erreicht werden kann.

⁸⁶ Man dürfte gespannt sein, wie - bei Verabschiedung des Gesetzes - beim ‚Massengeschäft Kreditvergabe‘ solche ‚Individualvereinbarungen‘ aussehen sollten; das erscheint dem Verfasser kaum machbar und würde wohl die nächste ‚Prozeßwelle‘ auslösen.

3. Erweiterung des § 492 Abs. 1a BGB = Zwingende Hinweispflicht auf Verkäuflichkeit von Darlehensforderungen

Gesetzesvorschlag:

Dem § 492 Abs. 1a wird folgender Satz angefügt:

„Bei Immobiliardarlehensverträgen muss die vom Darlehensnehmer zu unterzeichnende Vertragserklärung auch einen deutlich gestalteten Hinweis darauf enthalten, dass der Darlehensgeber Forderungen aus dem Darlehensvertrag ohne Zustimmung des Darlehensnehmers abtreten und das Vertragsverhältnis auf einen Dritten übertragen darf, soweit nicht die Abtretung im Vertrag ausgeschlossen ist oder der Darlehensnehmer der Übertragung zustimmen muss.“

Begründung:⁸⁷

„Bei Immobiliardarlehensverträgen soll der Verbraucher künftig darüber unterrichtet werden, dass Forderungen aus dem Vertrag abgetreten werden können oder das Vertragsverhältnis insgesamt auf einen Dritten übertragen werden kann. Anders als bei üblichen Verbraucherdarlehensverträgen genießt bei Immobiliardarlehensverträgen das Vertrauen beider Vertragspartner gerade auch im Hinblick auf eine längerfristige Bindung besondere Bedeutung. Gestalten allerdings die Kreditinstitute ihr Geschäftsfeld oder ihren Betrieb um, kann sich dies auch auf Immobiliardarlehensverträge auswirken. Abtretungen und Übertragungen in der Vergangenheit haben gezeigt, dass die Darlehensnehmer hiervon überrascht werden können.

Deshalb erscheint es angezeigt, die Darlehensnehmer bereits beim Abschluss solcher Verträge auf die entsprechenden rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen. Dies betrifft insbesondere die Abtretung einzelner Forderungen oder die Übertragung im Wege der Betriebsumwandlung. Somit werden die Darlehensnehmer rechtzeitig über die Gestaltungsmöglichkeiten informiert, ohne dass auf der anderen Seite die Möglichkeiten zu entsprechenden Neuausrichtungen im Geschäftsbetrieb erschwert würden.

Der Hinweis soll, wie die übrigen, in § 492 BGB vorgesehenen Informationen auch, in die vom Darlehensnehmer zu unterzeichnende Vertragserklärung aufgenommen werden. Insbesondere durch die Pflicht zur Unterzeichnung wird sichergestellt, dass der Darlehensnehmer die Information auch zur Kenntnis nehmen kann. Allerdings soll der Hinweis auf Immobiliardarlehensverträge beschränkt sein, weshalb er in § 492 Abs. 1a BGB verortet wird, wo dieser Vertragstyp definiert ist.

Der Hinweis soll „deutlich gestaltet“ sein. Dies entspricht vom Wortlaut her der Beschreibung der Widerrufsbelehrung in § 355 BGB. Die für die Widerrufsbelehrung entwickelten Kriterien sollen auf den Hinweis entsprechend anwendbar sein. So wird gewährleistet, dass der Darlehensnehmer den Hinweis ohne große Schwierigkeiten zur

⁸⁷ Umdruck Nr. 6 (Anlage 14), Seite 7 ff.

Kenntnis nehmen kann und er nicht zwischen den übrigen Vertragsbedingungen untergeht.

Der Hinweis bezieht sich auf die Abtretung von Forderungen des Darlehensgebers aus dem Darlehensvertrag. Dies sind insbesondere Geldforderungen wie Tilgungs-, Zins- und Kostenansprüche. Auch die Forderung der Restschuld ist eine Forderung aus dem Darlehensvertrag und kann abgetreten werden. Der Hinweis ist entbehrlich, soweit im Vertrag ein entsprechendes Abtretungsverbot (§ 399 BGB) vereinbart wurde. „Soweit“ bedeutet, dass auf den Hinweis nur verzichtet werden darf, soweit das Abtretungsverbot greift. Beschränkt sich etwa das vereinbarte Abtretungsverbot auf die Zeit, während der der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag nachkommt, ist der Hinweis für die Möglichkeit der Abtretung bei Vertragsverletzungen zu erteilen.

Hingewiesen werden soll genauso auf die Übertragung des Vertragsverhältnisses insgesamt, also auf einen Austausch des Darlehensgebers. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften ist hierfür grundsätzlich die Zustimmung des Darlehensnehmers erforderlich, denn der Darlehensvertrag begründet u. a. mit der Pflicht des Darlehensgebers zur Gewährung des Darlehens Rechte des Darlehensnehmers, so dass es zur Übertragung der Genehmigung des Darlehensnehmers nach § 415 Abs. 1 BGB bedarf. Dieses Genehmigungserfordernis entfällt jedoch in den Fällen der Übertragung nach dem Umwandlungsgesetz. Deshalb erstreckt sich die Hinweispflicht auch auf Übertragungen. Der Hinweis ist aber nur insoweit verpflichtend, als der Darlehensgeber übertragen „darf“, was in allen Fällen der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Fall ist. Ein Hinweis auf die gesetzliche Sukzession etwa bei Erbfällen oder Insolvenzen ist dagegen nicht erforderlich. Auf diesen Hinweis kann verzichtet werden, soweit die Übertragung ohnedies der Zustimmung des Darlehensnehmers bedarf.

Enthält die vom Darlehensnehmer unterzeichnete Vertragserklärung die Angabe nicht, soll dies nicht zur Nichtigkeit (§ 494 BGB) führen, da diese Sanktion unangemessen wäre. Vielmehr handelt es sich um eine Pflichtverletzung des Darlehensgebers, die den Darlehensnehmer zu Schadensersatz berechtigt.“

Analyse und Bewertung:

Gerade auch aus diesem Gesetzesvorschlag erhellt, daß das eigentliche und hauptsächlich verfolgte Anliegen der Entwurfsverfasser gar nicht der „Schutz der Kreditnehmer“ und die „Begrenzung von Risiken“ in diesem Zusammenhang ist, sondern die Ermöglichung, Durchsetzung und rechtliche Absicherung des ‚Verkaufs von Krediten‘.⁸⁸

Die bei den ‚interessierten Kreisen‘ nach wie vor (zu Recht) bestehende „*rechtliche Unsicherheit*“ bezüglich der Zulässigkeit des ‚Verkaufs von Krediten‘ ist - neben den aktuellen ‚Finanzkrisen‘ - der Grund dafür, daß der ‚Markt für Kreditverkäufe‘ eingebrochen ist und

⁸⁸ Vgl. dazu z.B. „Kreditverkäufe - Finanzminister Steinbrück stützt Banken und Finanzinvestoren“, presseportal.de am 23.04.2008;

es ist unter ‚Eingeweihten‘ ein offenes Geheimnis, daß auf den zahlreichen Tagungen und Kongressen ‚nach den Geschäften gesucht‘ wird.⁸⁹

Der Gesetzesvorschlag läuft darauf hinaus, daß die Kreditgeber gezwungen werden, „*hervorgehoben*“ auf mögliche zukünftige Handlungen „*hinzuweisen*“, deren rechtliche Zulässigkeit aber nach wie vor zumindest ‚umstritten‘ ist.

Diese Unsicherheit, welche die Rechtsprechung (aus gutem Grund) bisher nicht beseitigt hat (im Gegenteil), möchten die Entwurfsverfasser ‚*mit einem Federstrich des Gesetzgebers*‘ endlich beseitigen, denn die gesetzliche Verpflichtung zum ‚*Hinweis auf bestimmte mögliche Handlungen*‘ setzt natürlich die ‚*Zulässigkeit dieser Handlungen*‘ voraus !

Dieses Ziel bekennen und benennen die Entwurfsverfasser (an dieser Stelle und in diesem Zusammenhang) aber nicht, sondern ‚verkaufen‘ dieses ‚gesetzliche Hinweis-Pflicht‘ als „*Verbesserung des Schutzes der Kreditnehmer*“.

Einerseits wissen die Verbraucher aber mittlerweile, daß (rein tatsächlich) ihre ‚Kredite verkauft‘ werden können.⁹⁰

Andererseits nutzt der „*in der Vertragserklärung*“ (also erst nach Abschluß der gesamten Verhandlungsphase incl. Unterlagen-Beischaffung) ohnehin viel zu spät erfolgende Hinweis dem Verbraucher nichts mehr, weil er in dieser Phase (zu diesem Zeitpunkt) typischerweise nicht mehr mit einer neuen Suche nach einem alternativen Kreditgeber beginnen kann.

Auf weitere Schwächen der vorgeschlagenen Regelung⁹¹ braucht daher vorerst nicht eingegangen zu werden.

⁸⁹ Vgl. dazu z.B. „*DB-Research: Kreditverkäufe - Markt konsolidiert sich*“, dbresearch.de am 05.02.2008; „*Kreditverkäufe - Oberlandesgericht stoppt Zwangsversteigerung*“, FAZ NET am 28.02.2008; „*Hoher Abschlag bei HSH-Immobilienkreditverkauf*“, FINANCE - People and Deals vom 11.02.2008; „*Experten sehen Trendwende am deutschen NPL-Markt*“, FINANCE - People and Deals vom 08.01.2008; „*Notleidende Kredite - eine etablierte Assetklasse*“, DB Research, Aktuelle Themen Nr. 381, 05.04.2007; „*Non Performing Loans - Chancen und Risiken für Finanzinstitute in einem wachsenden Markt*“, HANDELSBLATT am 14.03.2006 (Veranstaltungs-Ankündigung ‚Financial Trainings‘); „*Scharf auf faule Kredite - Distressed Debt-Investing in Deutschland*“, HfB Frankfurt - Pressemitteilung vom 19.09.2005; „*Notleidende Kredite in Deutschland - Enttäuschte Erwartungen*“, DEUTSCHES RISK, Sommer 2005 (riskwaters.com); „*Asset-Backed Securities in Deutschland - Die Veräußerung und Verbriefung von Kreditforderungen durch deutsche Kreditinstitute*“, Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Juli 1997.

⁹⁰ Dem Verbraucher bzw. Kreditnehmer, dem dies nach der Medienberichterstattung der vergangenen Monate noch nicht bekannt und bewußt ist, hilft auch der ‚hervorgehobene Hinweis‘ bei Vertragsschluß nichts.

⁹¹ Die ‚Hinweispflicht‘ ist bedingt und soll nur bestehen, wenn nicht „*im Vertrag ein entsprechendes Abtretungsverbot (§ 399 BGB) vereinbart wurde*“. „*Soweit*“ bedeutet, dass auf den Hinweis nur verzichtet werden darf, soweit das Abtretungsverbot greift. Beschränkt sich etwa das vereinbarte Abtretungsverbot auf die Zeit, während der der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen aus

Die sanktionslose ‚gesetzliche Hinweispflicht‘ ist nach allem für den „Schutz der Verbraucher“ also völlig wertlos; sie dient vielmehr dem Ziel der Entwurfsverfasser, die nach wie vor umstrittene ‚Zulässigkeit des Verkaufs von Krediten‘ legislativ zu begründen.

4. Einfügung von § 492a BGB (neu) = Unterrichtungspflichten bei Konditionenanpassung und vor Darlehensende

Gesetzesvorschlag:

Nach § 492 wird folgender § 492a eingefügt:

„§ 492a

Unterrichtungspflichten während des Vertragsverhältnisses

(1) Ist im Darlehensvertrag ein fester Zinssatz vereinbart und endet die Zinsbindung vor der für die Rückzahlung bestimmten Zeit, unterrichtet der Darlehensgeber den Darlehensnehmer spätestens drei Monate vor Ende der Zinsbindung darüber, ob er zu einer neuen Zinsbindungsabrede bereit ist. Erklärt sich der Darlehensgeber hierzu bereit, muss die Unterrichtung den zum Zeitpunkt der Unterrichtung vom Darlehensgeber angebotenen Zinssatz enthalten.

(2) Der Darlehensgeber unterrichtet den Darlehensnehmer spätestens drei Monate vor Beendigung eines Darlehensvertrages darüber, ob er zur Fortführung des Darlehensverhältnisses bereit ist. Erklärt sich der Darlehensgeber zur Fortführung bereit, muss die Unterrichtung die zum Zeitpunkt der Unterrichtung gültigen Pflichtangaben aus § 492 Abs. 1 Satz 5 enthalten.

(3) Wurden Forderungen aus dem Darlehensvertrag abgetreten, treffen die Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 auch den neuen Gläubiger, wenn nicht der bisherige Gläubiger mit dem neuen Gläubiger vereinbart hat, dass im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der bisherige Darlehensgeber auftritt.“

dem Vertrag nachkommt, ist der Hinweis für die Möglichkeit der Abtretung bei Vertragsverletzungen zu erteilen.

Zu diesem Punkt dürfte man - bei Verabschiedung des Gesetzes - gespannt sein, wie die Banken das Problem der jeweils zu treffenden Entscheidung (Hinweis oder nicht ? Hinweis auf jeden Fall ?) beim ‚Massengeschäft Kreditvergabe‘ lösen könnten.

Begründung:⁹²

Mit der neuen Vorschrift werden Unterrichtungspflichten des Darlehensgebers zu einem Zeitpunkt eingeführt, zu dem das Darlehensverhältnis besteht, aber eine vereinbarte Zinsbindung ausläuft oder die Rückzahlungsforderung insgesamt fällig wird. In diesen Fällen soll der Darlehensnehmer rechtzeitig darüber unterrichtet werden, dass sich am Vertragsverhältnis Änderungen ergeben können. Ein Zeitraum von drei Monaten erscheint angezeigt, aber auch ausreichend, um warnend auf den Darlehensnehmer zu wirken und ihm zugleich die Möglichkeit zu geben, den Markt zu erforschen.

Absatz 1 bestimmt, dass der Darlehensgeber den Darlehensnehmer rechtzeitig vor Ablauf der Zinsbindungsfrist darüber unterrichtet, ob er eine neue Zinsbindung eingehen möchte und, falls ja, welches die aktuellen Bedingungen sind. Damit soll der Darlehensnehmer in die Lage versetzt werden, grob die möglicherweise anstehenden Veränderungen abschätzen zu können. Es stellt für den Darlehensgeber keinen nennenswerten Aufwand dar, seinem Vertragspartner die aktuellen Konditionen vorzustellen. Andererseits erscheint der notwendige Bedenkzeitraum von drei Monaten als zu lange, um den Darlehensgeber schon zu einem verbindlichen Folgeangebot zu verpflichten.

Absatz 2 enthält eine dem Absatz 1 entsprechende Regelung für den Fall, dass die Rückzahlungsforderung des Darlehensgebers binnen drei Monaten fällig wird. Der Darlehensgeber soll erklären, ob er bereit ist, das Darlehensverhältnis fortzuführen. In diesem Fall soll er über seine aktuellen Vertragsbedingungen unterrichten.

Absatz 3 dehnt die Pflichten nach Absatz 1 und 2 auf Zessionare aus, wobei Fälle der stillen Zession entsprechend der Regelung des § 496 Abs. 2 BGB ausgenommen werden. Dadurch erfährt der Schuldner, ob auch der neue Gläubiger zur Fortsetzung des Vertrages bereit ist und welche Konditionen dieser zugrunde legen würde. Hintergrund ist, dass der ursprüngliche Gläubiger – der aufgrund des fortbestehenden Kreditvertrages u. U. verpflichtet ist, ein Angebot vorzulegen – an einer Fortsetzung regelmäßig kein Interesse haben wird, da er sonst die Forderung aus dem Darlehensvertrag kaum abgetreten hätte. Er wird daher geneigt sein, keine besonders vorteilhaften Konditionen anzubieten. Deshalb soll auch der neue Gläubiger zu entsprechenden Angaben verpflichtet werden. Der Schuldner hat damit die Möglichkeit, ein entsprechendes Angebot mit dem des ursprünglichen Gläubigers zu vergleichen und darüber hinaus ausreichend Zeit, weitere Angebote einzuholen.

Die Verletzung der in der Vorschrift geregelten Pflichten löst Schadensersatzansprüche aus. Die gesetzliche Anordnung, das Vertragsverhältnis fortzuführen, erscheint nicht zielführend. Dies kann für den Darlehensnehmer auch nachteilig sein, etwa wenn der marktübliche Zins bei Vertragsbeendigung niedriger ist als der vertraglich vereinbarte Zinssatz.

⁹² Umdruck Nr. 6 (Anlage 14), Seite 9 f.

Analyse und Bewertung:

Der vorgeschlagene neue § 492a BGB bringt in seinem ersten Absatz mit der ‚**Unterrichtungspflicht**‘ wegen des Ablaufs der Zinsbindung lediglich eine gesetzliche Festschreibung dessen, was ohnehin in praktisch allen Kreditverträgen über diese ‚*unechten Abschnittsfinanzierungen*‘ vereinbart ist und wird, also nichts ‚Neues‘. ‚Neu‘ wäre lediglich die Festlegung und Vereinheitlichung der bisher unterschiedlich geregelten Fristen für das obligatorische ‚Konditionenanpassungs-Angebot‘ auf „drei Monate“.

Das gleiche gilt für die im zweiten Absatz vorgesehene Unterrichtungspflicht bei bevorstehendem Auslaufen eines noch nicht vollständig zurückgeführten Kredits.

Im dritten Absatz werden diese Unterrichtungspflichten bei einem ‚verkauften Kredit‘ auf den „neuen Gläubiger“ ausgedehnt.

Eine Sanktionierung der Verletzung dieser Pflichten, also eine gesetzliche Festschreibung von spürbaren Folgen eines Verstoßes gegen diese Unterrichtungspflichten, ist nicht vorgesehen; das zeigt, wie ernst die Entwurfsverfasser selbst diese ‚verbraucherschützende Pflicht‘ nehmen.

Mit den aktuellen Problemen der ‚Kreditverkäufe‘ hat dies praktisch nichts zu tun und „löst“ diese Probleme schon gar nicht. Die Regelung liegt zudem angesichts der möglichen Fallkonstellationen derart ‚neben der Sache‘, daß nicht einmal eine sinnvolle Diskussion möglich ist.

Eine derartige ‚Unterrichtungspflicht‘ eines ‚Kreditaufkäufers‘ kommt überhaupt nur in Betracht, wenn diesem nicht nur einzelne Darlehensforderungen ‚verkauft‘ (d.h. abgetreten und übertragen) wurden, sondern der Kreditvertrag insgesamt. Dann hat der ‚Kreditaufkäufer‘ aber selbstverständlich den übernommenen Darlehensvertrag auch vollständig zu erfüllen, der diese ‚Unterrichtungspflicht‘ (bei den typischen ‚unechten Abschnittsfinanzierung‘) aber bereits enthält !

Sind nur einzelne Kreditforderungen ‚verkauft‘ (d.h. abgetreten und übertragen) worden, liegen die Pflichten aus dem Darlehensvertrag noch beim ursprünglichen Darlehensgeber, also hat auch nur dieser die ‚Unterrichtungspflicht‘. Der vorgeschlagene Absatz 3 (Erstreckung der Unterrichtungspflichten auf den ‚Kreditaufkäufer‘ bei bloßer Forderungsabtretung) ist also völliger Unsinn.

Es kommt aber noch schlimmer:

Geradezu grotesk die Rechtslage verkennt die Formulierung im vorgeschlagenen Absatz 1, daß der Darlehensgeber den Darlehensnehmer darüber unterrichten muß, „**ob er zu einer neuen Zinsbindungsabrede bereit ist**“. Selbstverständlich muß er dazu bereit sein, denn das ergibt sich aus dem abgeschlossenen Darlehensvertrag!⁹³

Man muß sich das vorstellen:

Nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser (und dem Text des Gesetzesvorschlags) wäre es also Rechtens, wenn eine Bank ein Darlehen mit ‚Zinsfestschreibung‘ und z.B. fünfjähriger Zinsbindung bei einer Gesamtlaufzeit von z.B. 25 Jahren nach 4 Jahren an eine Nicht-Bank verkauft und diese beim Ablauf des ersten Zinsbindungszeitraums (also am Ende des 5. Jahres) dem Darlehensnehmer erklärt, daß sie „nicht zu einer neuen Zinsbindungsabrede bereit ist“? Daß sich so der ursprüngliche Darlehensgeber durch den ‚Kreditverkauf‘ seiner für 25 Jahre eingegangenen Darlehensgewährungspflicht entziehen könnte, soll keine Bedeutung haben?

Das ist ein ‚Stück aus dem Tollhaus‘!

Es wäre auch noch darüber zu reden, daß eine Nicht-Bank als Kreditaufkäufer den Darlehensvertrag gar nicht für die Restlaufzeit erfüllen kann⁹⁴, weil sie über keine Vollbanklizenz verfügt und deswegen „*der Darlehensnehmer darauf angewiesen [ist], von dritter Seite eine Anschlußfinanzierung zu bekommen*“!

Das entscheidende Problem der „Abschreckungs-Konditionenangebote“, mit denen sich typischerweise die ‚Kreditaufkäufer‘ ihrer Verpflichtung zur Fortführung des Darlehens zu entziehen suchen, wird überhaupt nicht gesehen, geschweige denn einer Lösung zugeführt (z.B. durch eine Verpflichtung auf ‚marktübliche Konditionen‘).

⁹³ Das gilt natürlich auch für den ‚Kreditaufkäufer‘, wenn er den kompletten Kreditvertrag übernommen hat und nach dem KWG zur Fortführung von Darlehensverhältnissen berechtigt ist; hat er nur einzelne Darlehensforderungen übernommen, muß und darf er keine Erklärungen und ‚Unterrichtungen‘ über ‚neue Zinsabreden‘ abgeben.

⁹⁴ Vgl. die Ausführungen in der BT-Drs. 16 / 9447 vom 4.6.2008 (Entwurf des Bundestages, Begründung, Seite 14, 1. Absatz):
„*Soweit ein Darlehensaufkäufer auf Grund der fehlenden Erlaubnis nach § 32 KWG keine neuen Kredite ausgeben bzw. die bestehende Forderung auch nicht verändern darf, muss der Darlehensnehmer davon ausgehen, dass er kein Folgeangebot erhalten wird.*“
Der Darlehensnehmer muß also § 32 KWG und dessen Auswirkungen auf den ‚verkauften Kredit‘ kennen und wissen, daß der Aufkäufer eine Nicht-Bank ist - wer soll solchen Unfug als ‚Begründung‘ ernst nehmen?
Eine Hinweis- oder Mitteilungspflicht dahingehend, daß es sich bei dem Aufkäufer (oder wer immer nach den langen Abtretungs-Ketten schließlich Forderungsinhaber ist) um eine Nicht-Bank handelt, sieht der Entwurf bezeichnenderweise nicht vor - was soll man von solchen Gesetzesvorschlägen halten?

Der Verfasser erspart sich weitere Einzelheiten, die ob des wirren Gesetzesvorschlags nur in der völligen Unverständlichkeit für den Nicht-Juristen enden können:

Die Verabschiedung dieses völlig unausgegorenen, wirren Gesetzesvorschlags wäre schlicht die **„Aufkündigung des bisherigen Kreditrechts und der bisherigen Kreditkultur in Deutschland durch den Gesetzgeber“** - und solche ‚Rechtsauffassungen‘ werden den Abgeordneten im Rahmen eines Gesetzesvorhabens angetragen, das angeblich der ‚Risikobegrenzung‘ und dem ‚Schutz der Kreditnehmer‘ dienen soll !

5. Einfügung von § 496 Abs. 2 BGB (neu) = Unterrichtungspflicht bei Abtretung von Darlehensforderungen oder Kreditgeberwechsel

Gesetzesvorschlag:

§ 496 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 folgender Absatz 2 eingefügt:

„(2) Wird eine Forderung des Darlehensgebers aus einem Darlehensvertrag an einen Dritten abgetreten oder findet in der Person des Darlehensgebers ein Wechsel statt, ist der Darlehensnehmer unverzüglich darüber sowie über die Kontaktdaten des neuen Gläubigers gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der BGB-Informationspflichten-Verordnung zu unterrichten. Die Unterrichtung ist bei Abtretungen entbehrlich, wenn der bisherige Darlehensgeber mit dem neuen Gläubiger vereinbart hat, dass im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der bisherige Darlehensgeber auftritt. Fallen die Voraussetzungen des Satzes 2 fort, ist die Unterrichtung unverzüglich nachzuholen.“

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

Begründung:⁹⁵

Der neue § 496 Abs. 2 BGB begründet die Verpflichtung, bei offenen Abtretungen oder Übertragungen des Vertragsverhältnisses den Darlehensnehmer über den neuen Gläubiger oder Vertragspartner zu informieren. Dies gibt dem Darlehensnehmer die Gelegenheit, die Geschäftsziele des neuen Gläubigers kennenzulernen und sich bei Zeiten zu entscheiden, ob er insbesondere eine längerfristige Vertragsbeziehung mit dem neuen Gläubiger oder Vertragspartner fortsetzen möchte.

Es handelt sich um eine vertragliche Verpflichtung, die den Darlehensgeber trifft. Zur Unterrichtung verpflichtet ist deshalb bei Abtretungen in der Regel der Zedent, weil es sich um eine vertragliche Verpflichtung handelt und der Zedent Vertragspartner des Darlehensnehmers bleibt. Im Falle einer Vertragsübernahme ist dagegen der Übernehmende als neuer Vertragspartner verpflichtet. Entscheidend ist aber, dass die Unterrichtung stattfindet, weshalb darauf verzichtet wird, gesetzlich vorzuschreiben, wen

⁹⁵ Umdruck Nr. 6 (Anlage 14), Seite 10 f.

diese Pflicht trifft. Daher können Zessionar und Zedent oder die Übernahmepartner dies auch in den jeweiligen Verträgen, die zur Abtretung oder zum Vertragspartnerwechsel führen, vereinbaren.

Sätze 2 und 3 regeln, dass bei sogenannten stillen Zessionen die Pflicht nicht bestehen soll. Stille Zessionen sind insbesondere Sicherungsabtretungen und ähnliche Fälle, bei denen der neue Gläubiger nicht gegenüber dem Darlehensnehmer in Erscheinung tritt.

Die neue Regelung erfolgt als Absatz 2, weil sie systematisch eher zu Absatz 1 als zu dem bisherigen Absatz 2 gehört. Der bisherige Absatz 2 wird deshalb in Absatz 3 verschoben.

Analyse und Bewertung:

Auch die im vorgeschlagenen neuen § 496 Absatz 2 BGB statuierte **„Unterrichtungspflicht über den Gläubigerwechsel“** ändert an den aktuellen Problemen bei den ‚Kreditverkäufen‘ nichts.

Solche ‚*Mitteilungen über den neuen Geschäftspartner*‘ erfolgen bereits jetzt (und müssen auch bereits jetzt erfolgen).

Das Problem das zu lösen wäre, ist die Tatsache, daß diese Mitteilungen überwiegend verspätet (in einigen Fällen mehr als ein Jahr nach dem erfolgten ‚Kreditverkauf‘) und / oder widersprüchlich (von mehreren Seiten, mit widersprechenden Kontoangaben oder unklaren Zahlungsanweisungen) erfolgen.

Durch die vorgeschlagene (einzig neue, aber ebenfalls sanktionslose) Regelung „*unverzüglich*“ (d.h. ‚ohne schuldhaftes Zögern‘) werden die Probleme nicht gelöst, denn Anknüpfungspunkt für dieses Tatbestandsmerkmal ist der bereits erfolgte Gläubigerwechsel.

Wie (und wozu) unter diesen Umständen (vollendete Tatsachen) der Darlehensnehmer „*Gelegenheit* [haben soll], *die Geschäftsziele des neuen Gläubigers kennenzulernen*“ (?) und wie (und mit welchen Alternativen) er sich „*beizeiten* (!) *entscheiden* [soll], *ob er insbesondere eine längerfristige Vertragsbeziehung mit dem neuen Gläubiger oder Vertragspartner fortsetzen möchte*“, steht völlig in den Sternen. Das sind doch offensichtlich hohle Leerformeln ohne jede praktische Bedeutung.

Eine Verschlechterung der Stellung des Kreditnehmers bedeutet dagegen die Ausnahme von der (bisher unzweifelhaften) Mitteilungspflicht in Satz 2, „*wenn der bisherige Darlehensgeber mit dem neuen Gläubiger vereinbart hat, daß im Verhältnis zum Darlehensnehmer weiterhin allein der bisherige Darlehensgeber auftritt*“.

Daß der ursprüngliche Darlehensgeber nach dem ‚Kreditverkauf‘ als ‚Servicer‘ des Aufkäufers auftritt, ändert doch nichts daran, daß wirklicher (letzter) Berechtigter (Inhaber der Forderungen

und Sicherheiten) der Aufkäufer (regelmäßig eine ‚offshore‘-Nicht-Bank) ist und an den daraus sich ergebenden Gefahren für den Kreditnehmer und Sicherheitengeber.

Außerdem kann nicht davon ausgegangen werden, daß die (nur scheinbar) weiterhin ‚als Darlehensgeber auftretende‘, tatsächlich und rechtlich aber nur als ‚Servicer‘ des Aufkäufers agierende verkaufende Bank in ‚ihren‘ Kreditentscheidungen wirklich frei ist. Es muß vielmehr davon ausgegangen werden (und die praktischen Erfahrungen zeigen das), daß wesentliche Kreditentscheidungen nur getroffen werden dürfen mit Zustimmung des Aufkäufers bzw. der Gesellschaften, auf die er regelmäßig die Forderungen und Sicherheiten überträgt.

Eine Begründung für diese Ausnahme von der ‚Mitteilungspflicht‘ wird nicht gegeben und ist auch nicht zu erkennen.

Tatsächlich sollen mit dieser vorgeschlagenen Regelungen wohl ebenfalls nur in der Praxis bereits ‚eingerissene‘ Mißstände nachträglich ‚legislativ abgeseignet‘ werden - im Interesse der verkaufenden Banken und ihrer ‚Aufkäufer‘, aber nicht zum „Schutz der Kreditnehmer“.

6. **Änderung des § 498 Abs. 3 BGB = Kündigungsrecht des Darlehensgebers bei Zahlungsrückständen**

Gesetzesvorschlag:

§ 498 Abs. 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Bei Immobiliendarlehensverträgen gilt Absatz 1 mit der Maßgabe, dass der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mindestens 2,5 Prozent des Nennbetrags des Darlehens in Verzug sein muss.“

Begründung:⁹⁶

§ 498 BGB sieht in Verbraucherdarlehensverträgen einen besonderen Kündigungsschutz für die Fälle vor, in denen ein Darlehensnehmer, der Verbraucher ist, mit seinen vertraglichen Zahlungsverpflichtungen in geringen Rückstand gerät. Der Darlehensgeber darf das Vertragsverhältnis erst kündigen, wenn der Rückstand einen gewissen Prozentsatz der geschuldeten Teilzahlungen erreicht hat und er den Darlehensnehmer - regelmäßig unter Anbietung eines Schlichtungsgesprächs - erfolglos zur Bezahlung des Rückstandes aufgefordert hat. Kann der Darlehensgeber kündigen, ermäßigt sich die Restschuld des Darlehensnehmers um die Zinsen und Kosten, die infolge der vorzeitigen Beendigung des Darlehensvertrages nicht mehr anfallen.

Diese Regelung gilt gemäß dem bisherigen Absatz 3 nicht für grundpfandrechtlich gesicherte Darlehensverträge. In der Gesetzesbegründung zu der Vorgängervorschrift (BT-Drs. 11/5462, S. 18, zu § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerbrKrG) wird ausgeführt, dass die Vor-

⁹⁶ Umdruck Nr. 6 (Anlage 14), Seite 11 f.

schrift auf Realkredite wegen der zumeist langen Laufzeiten mit ihrer niedrigen Anfangstilgung nicht zugeschnitten sei. Außerdem erfülle die Einräumung eines Grundpfandrechts eine besondere Warnfunktion.

Der Wert dieser Warnung hängt jedoch auch vom Vertrauen in den Vertragspartner ab und verringert sich bei einem Wechsel des Vertragspartners oder der Geltendmachung von Forderungen durch einen neuen Gläubiger. Insoweit wird auch Beschwerde darüber geführt, dass in Folge der gültigen Regelung Darlehensgeber schon bei geringem Zahlungsverzug sachlich unzutreffend auf Vermögensverfall schließen und versuchten, den Darlehensvertrag nach § 490 Abs. 1 BGB außerordentlich zu kündigen und sodann wegen des geringen Rückstandes Vollstreckungsmaßnahmen einzuleiten. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, den Kündigungsschutz des § 498 BGB auf grundpfandrechtlich gesicherte Verträge auszudehnen. Diese Ausdehnung hat auch eine Ausstrahlungswirkung auf die Kündigungsmöglichkeit nach § 490 Abs. 1 BGB wegen Vermögensverfall des Darlehensnehmers. Die Kündigung nach § 490 Abs. 1 BGB wegen einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners oder einer wesentlichen Wertminderung des sichernden Grundstücks und darauf beruhender Ausfallgefahr wird von dem Vorschlag nicht berührt. Eine Kündigung allein wegen Zahlungsverzugs hat sich jedoch an den Voraussetzungen des § 498 BGB auszurichten.

Deshalb sieht der neugefasste Absatz 3 nunmehr vor, dass bei Immobiliendarlehensverträgen die Regelung des Absatzes 1 mit der Maßgabe gilt, dass der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mit mindestens 2,5 Prozent des Nennbetrags des Darlehens in Verzug sein muss. Damit wird die Rückstandsquote für Immobiliendarlehensverträgen so festgelegt, dass bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ein Rückstand von etwa einem halben Jahr zur Verzugskündigung ausreicht. Mit der Regelung in Absatz 3 wird sichergestellt, dass die Rechtsstellung des Verbrauchers bei „normalen“ Verbraucherdarlehen gemäß § 498 Abs. 1 BGB unverändert bleibt.

Bisherige Vorschrift:

§ 498 Gesamtfälligkeit bei Teilzahlungsdarlehen

(1) [1] Wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers kann der Darlehensgeber den Verbraucherdarlehensvertrag bei einem Darlehen, das in Teilzahlungen zu tilgen ist, nur kündigen, wenn

- 1. der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mindestens 10 Prozent, bei einer Laufzeit des Verbraucherdarlehensvertrags über drei Jahre mit fünf Prozent des Nennbetrags des Darlehens oder des Teilzahlungspreises in Verzug ist und*
- 2. der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags mit der Erklärung gesetzt hat, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange.*

[2] Der Darlehensgeber soll dem Darlehensnehmer spätestens mit der Fristsetzung ein Gespräch über die Möglichkeiten einer einverständlichen Regelung anbieten.

(2) *Kündigt der Darlehensgeber den Verbraucherdarlehensvertrag, so vermindert sich die Restschuld um die Zinsen und sonstigen laufzeitabhängigen Kosten des Darlehens, die bei staffelmäßiger Berechnung auf die Zeit nach Wirksamwerden der Kündigung entfallen.*

(3) *Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Immobiliardarlehensverträge.*

Analyse und Bewertung:

Die unauffällige und knappe Regelung ist eines der ‚Glanzstücke‘ der ‚*Verbesserung des Schutzes der Kreditnehmer*‘ im ‚Risikobegrenzungs-gesetz‘.

Richtig ist, daß es bisher einen gesetzlichen ‚Kündigungsschutz‘ im Sinne des § 498 Absatz 1 BGB für ‚Immobiliardarlehensverträge‘ nicht gab. Das war aber auch nicht unbedingt erforderlich, weil natürlich alle ‚Immobiliardarlehensverträge‘ eigene Bedingungen über die Kündbarkeit durch den Darlehensgeber vorsehen, die stets mindestens die ‚*Zwei-Monatsraten-Regelung*‘ enthalten (mit Variationen bezüglich „*ganz oder teilweise*“).

Eine (auch nur spürbare) ‚*Verbesserung des Schutzes der Kreditnehmer*‘ liegt also nicht schon in der bloßen Einführung einer gesetzlichen Kündigungsregelung für Immobiliardarlehensverträge (deren Ausschluß in § 498 Abs. 3 BGB seit langem als ‚verunglückt‘ angesehen und deren Beseitigung seit langem gefordert wird).

Für einen (spürbar) ‚*verbesserten Schutz der Kreditnehmer*‘ müßte also die einzuführende gesetzliche Kündigungsregelung für Immobiliardarlehen eine ‚Erhöhung der Kündigungsschwelle‘ gegenüber den bisherigen typischen Kündigungsregeln enthalten.

Dies ist jedoch nur unwesentlich der Fall:

Die gesetzliche ‚*Zwei-Monatsraten-Regelung*‘ ändert sich gegenüber den bestehenden vertraglichen Regelungen nicht.

Teilweise neu (manche, aber nicht alle Verträgen enthalten eine solche Regelung) ist die *kumulative* Einführung eines ‚Verzugs-Absolut-Betrages‘ mit „*mindestens 2,5 Prozent des Nennbetrages des Darlehens*“.

Vereinfachtes Beispiel:

Darlehen über nominal 100.000 € zu 5 % Zinsen p.a., Tilgung 2 % p.a., im Jahr 7.000 €, Monatsrate ca. 583 €

Kündbarkeit nach den (typischen) vertraglichen Regelungen bei:
Verzug mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Monatsraten: **1.166 €**

Kündbarkeit nach § 498 Abs. 3 BGB (neu) bei:
Verzug mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Monatsraten (1.166 €), aber mindestens 2,5 % des Nennbetrages des Darlehens: **2.500 €**.

Im Ergebnis führt die vorgeschlagene Regelung tatsächlich zu einer geringen Verbesserung des Kündigungsschutzes für den Darlehensnehmer von Immobiliendarlehen (Erhöhung des Verzugs-Betrages von ca. 2 auf ca. 5 Monatsraten).

Da aber zugleich weitere, in anderen Gesetzesvorschlägen *enthaltene* Verbesserungen des Kündigungsschutzes⁹⁷ hier abgelehnt werden, kann von einer erheblichen ‚*Verbesserung des Schutzes der Kreditnehmer*‘ kaum gesprochen werden.

**7. Einfügung von § 1192 Abs. 1a BGB (neu) =
Änderung des materiellen Grundschuld-Rechts - Erhalt von Einreden gegenüber einem neuen Grundschuldgläubiger**

Gesetzesvorschlag:

In § 1192 wird nach Absatz 1 folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Ist die Grundschuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden (Sicherungsgrundschuld), können Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschuld entgegengesetzt werden; § 1157 Satz 2 findet insoweit keine Anwendung. Im Übrigen bleibt § 1157 unberührt.“

Begründung:⁹⁸

Um den Grundstückseigentümer vor den besonderen Risiken der Übertragung einer Grundschuld, die zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden ist (Sicherungsgrundschuld) zu schützen, ist dafür Sorge zu tragen, dass er die sich aus einem Sicherungsvertrag ergebenden Einreden gegen die Grundschuld auch jedem Erwerber entgegenhalten kann. Da die Möglichkeit des gutgläubigen einrededefreien Erwerbs der Grundschuld nach § 1192 Abs. 1, § 1157 Satz 2 BGB für den Grundstückseigentümer

⁹⁷ Z.B Änderung oder Streichung des § 490 Abs. 1 BGB über das besondere Kündigungsrecht des Darlehensgebers bei ‚Wertminderung bei den Sicherheiten, insbesondere Grundstücken‘.

⁹⁸ Umdruck Nr. 6 (Anlage 14), Seite 12 ff.

zu einem Verlust seiner Einreden führt, ist es geboten, den gutgläubigen einredfreien Erwerb bei Sicherungsgrundschulden insoweit auszuschließen.

Der neue § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB enthält eine den § 1157 BGB ergänzende Sonderregelung hinsichtlich des Fortbestehens der Einreden, die der Grundstückseigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags gegen die Inanspruchnahme aus einer Sicherungsgrundschuld erheben kann.

Zur Bezeichnung der Sicherungsgrundschuld wird in Satz 1 Halbsatz 1 an die Formulierung des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB angeknüpft. In Abweichung von § 1157 Satz 1 BGB wird geregelt, dass der Grundstückseigentümer dem Erwerber der Sicherungsgrundschuld nicht nur diejenigen Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegensetzen kann, deren Tatbestand im Zeitpunkt des Übergangs bereits erfüllt war. Nach der Neuregelung können gegen die Inanspruchnahme aus der Sicherungsgrundschuld vielmehr auch diejenigen Einreden erhoben werden, "... 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.

Einreden, die dem Grundstückseigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld "zustehen" (im Zeitpunkt des Übergangs also bereits verwirklicht waren), sind zum Beispiel die Einreden der Nichtvaluierung, des vollständigen oder teilweisen Erlöschens der gesicherten Forderung vor der Übertragung der Grundschuld oder die Einrede der fehlenden Fälligkeit der gesicherten Forderung. Demgegenüber 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.

Insoweit ergeben sich verschiedene Fallkonstellationen, je nachdem, ob die Sicherungsgrundschuld isoliert oder zusammen mit der gesicherten Forderung übertragen wurde. Hat der bisherige Sicherungsnehmer die Sicherungsgrundschuld übertragen, ist aber selbst Gläubiger der gesicherten Forderung geblieben, so kann der Grundstückseigentümer dem Erwerber der Sicherungsgrundschuld die Einrede des Erlöschens der Forderung (§ 362 Abs. 1 BGB) entgegensetzen, nachdem er die gesicherte Forderung durch Zahlung an den Gläubiger erfüllt hat. Gleiches gilt, wenn die Sicherungsgrundschuld zusammen mit der gesicherten Forderung übertragen wurde und der Eigentümer die gesicherte Forderung durch Zahlung an den Erwerber erfüllt hat. Leistet der Grundstückseigentümer Zahlungen auf die gesicherte Forderung an den bisherigen Gläubiger, nachdem Sicherungsgrundschuld und gesicherte Forderung auf den Erwerber übertragen wurden, ergeben sich unterschiedliche Rechtsfolgen, die davon abhängen, ob der Grundstückseigentümer Kenntnis von der Forderungsabtretung hatte. War dem Grundstückseigentümer die Forderungsabtretung nicht bekannt, so muss der Erwerber die Leistung an den bisherigen Gläubiger gegen sich gelten lassen (§ 407 Abs. 1 BGB). Dem Grundstückseigentümer steht insoweit eine Einrede zu, die er dem Erwerber auch bezüglich des Vorgehens aus der Grundschuld entgegensetzen kann. Hatte der Grundstückseigentümer jedoch Kenntnis von der Forderungsabtretung, bleibt die gesicherte Forderung trotz der Zahlung an den bisherigen Gläubiger bestehen. Somit entsteht keine Einrede, die er dem Erwerber bezüglich eines Vorgehens aus der Grundschuld entgegensetzen könnte.

Eine gesonderte Regelung hinsichtlich des Anspruchs des Grundstückseigentümers auf Rückübertragung der Sicherungsgrundschuld bei Bestehen einer dauerhaften Einrede gegen deren Geltendmachung ist nicht erforderlich. Der Besteller einer Sicherungsgrundschuld hat nach dem Erlöschen der gesicherten Forderung gegenüber dem ursprünglichen Grundschuldgläubiger eine Einrede im Sinn von § 1192 Abs. 1, § 1169 BGB, durch welche die Geltendmachung der Grundschuld dauernd ausgeschlossen ist. Diese Einrede kann nach Absatz 1a 1. Halbsatz dem Erwerber entgegengesetzt werden, so dass auch diesem gegenüber der Anspruch aus § 1192 Abs. 1, § 1169 BGB besteht (vgl. BGH WM 1985, 12/13).

Durch § 1192 Abs. 1a Satz 1 Halbsatz 2 BGB wird ein gutgläubiger einredefreier Erwerb der Sicherungsgrundschuld hinsichtlich der in Halbsatz 1 genannten Einreden ausgeschlossen. Dies gilt auch dann, wenn dem Erwerber nicht positiv bekannt war, dass es sich bei der von ihm erworbenen Grundschuld um eine Sicherungsgrundschuld handelte.

Der neue § 1192 Abs. 1a Satz 2 BGB stellt klar, dass in den von Absatz 1a Satz 1 nicht erfassten Fällen § 1157 BGB in Verbindung mit § 1192 Abs. 1 BGB - wie bisher - auch auf Grundschulden Anwendung findet.

Analyse und Bewertung:

Die Einfügung des neuen Abs. 1a in § 1192 BGB soll angeblich die (gravierenden), aus dem ‚Verkauf von Krediten‘ resultierenden Probleme der auch entgegen einem Sicherungsvertrag rechtstechnisch nun einmal bestehenden ‚jederzeitigen Vollstreckbarkeit der abstrakten Grundschuld‘ lösen.

1.

Das ist schon deswegen nicht möglich, weil die *praktischen*, die Kreditnehmer existenziell bedrückenden und bedrängenden Probleme gar nicht im (kaum wesentlich änderbaren) rechtlichen Bereich liegen, sondern im tatsächlichen Ausnutzen der Möglichkeiten, welche die Inhaberschaft (sei es auch nur die Schein-Inhaberschaft) den neuen Gläubigern gegenüber den Kreditnehmern bietet.

Bereits das rein tatsächliche Androhen der rechtstechnisch jederzeit möglichen Zwangsvollstreckung (insbesondere: Zwangsversteigerung) stellt sich als ‚Folterwerkzeug‘ gegenüber den Kreditnehmern dar, dem diese praktisch nicht widerstehen können.

Diese tatsächlichen praktischen Folgen lassen sich durch ‚Rechtsänderungen‘ gar nicht verhindern, wenn man erst den ‚Verkauf von Krediten‘ *grundsätzlich, pauschal* und *undifferenziert* zugelassen hat, sogar auch noch an nicht den einschlägigen rechtlichen Regularien unterliegende Nicht-Banken.

Deswegen kommt es für den geforderten (und versprochenen) ‚*verbesserten Schutz der Kreditnehmer*‘ auf die hier zu erörternde, von den Entwurfsverfassern vorgeschlagene Rechtsänderung zu § 1192 BGB gar nicht mehr an.

Diese - nicht einfach zu verstehende - Regelung wird gleichwohl nachfolgend erörtert (der Nicht-Jurist mag diesen Teil überspringen).

2.

Vorab ist festzustellen, daß die von den Entwurfsverfassern vorgesehene Rechtsänderung nicht die jederzeitige Vollstreckbarkeit der abstrakten Grundschuld beschränkt oder gar beseitigt, die wie beschrieben über die ‚Androhung der Zwangsversteigerung‘ *das* ‚Folterwerkzeug‘ der Kreditaufkäufer und ihrer Gehilfen darstellt.⁹⁹

Die Entwurfsverfasser setzen vielmehr bei der (für die Praxis wenig bedeutsamen) ‚Vollstreckungsabwehrklage‘ gegen die Zwangsvollstreckung durch den Neu-Gläubiger an, die praktisch lediglich rechtlich gut beratenen und (auch in der Krise noch) finanzstarken Kreditnehmern zur Verfügung steht. Die letztere Voraussetzung ist nur selten erfüllt.¹⁰⁰

Die Entwurfsverfasser wollen (an systematisch falscher Stelle) den neuen Absatz 1a über die Erhaltung von schuldrechtlichen (‚persönlichen‘) Einreden‘ gegenüber dem Erwerber einer ‚Sicherungsgrundschuld‘ in § 1192 BGB einfügen.

Dessen (bleibender) Absatz 1 lautet:

„Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein Anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.“

Das bedeutet, daß die Grundschuld nur *grundsätzlich* den Regeln für die Hypothek folgt. Im Gegensatz zur Hypothek ist die Grundschuld aber gerade von der schuldrechtlichen (‚persönlichen‘) Forderung losgelöst (sog. ‚Abstraktheit der Grundschuld‘). Die sachenrechtliche Grundschuld-Forderung besteht *gesetzlich* völlig unabhängig von der schuldrechtlichen (‚persönlichen‘) Forderung‘ (hier: der Darlehensforderung) und kann *gesetz-*

⁹⁹ Das ist auch gar nicht möglich, weil damit die Grundlagen unseres Grundpfand-Rechts und des Grundpfandbrief-Systems angegriffen würden !

¹⁰⁰ Es gibt keine belastbaren Zahlen, der Verfasser schätzt aber nach seinen Erfahrungen den Anteil der betroffenen Kreditnehmer, die in dieser Krise noch zur Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage fähig sind, auf deutlich weniger als 5 %, d.h. mindestens 95 % aller Fälle werden bereits durch bloße ‚Androhung der Zwangsversteigerung‘ oder durch Durchführung der Zwangsversteigerung ‚gelöst‘.

lich (nach materiellem und Prozeß-Recht) auch völlig unabhängig von der schuldrechtlichen (,persönlichen') Forderung' geltend gemacht und vollstreckt werden.¹⁰¹

Nach § 1192 Abs. 1 BGB sind zwar viele für die Hypothek geltende Vorschriften auch auf die Grundsuld anwendbar, aber eben nicht alle, insbesondere die nicht, welche sich auf die schuldrechtliche (,persönliche') Forderung und deren Beziehung zur und Verknüpfung mit der sachenrechtlichen (,dinglichen') Hypothek beziehen.

So ist § 1137 Abs. 1 BGB auf die Grundsuld nicht anwendbar.¹⁰² Die grundsätzlich bedeutsame Vorschrift lautet:

"Der Eigentümer kann gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen."

Während der Darlehensnehmer also nach dem Gesetz gegen die *Hypotheken*-Forderung immer auch sämtliche schuldrechtlichen (,persönlichen') Einwendungen und Einreden aus dem schuldrechtlichen Darlehensverhältnis geltend machen kann, ist dies gegenüber einer *Grundsuld*-Forderung nach § 1137 Abs. 1 BGB grundsätzlich und gerade nicht möglich.

Diese - für die Grundsuld nicht geltende - Regelung in § 1137 Abs. 1 BGB (Durchgreifen der schuldrechtlichen (,persönlichen') Einreden auch gegen den sachenrechtlichen (,dinglichen') Hypothekengläubiger) überträgt § 1157 BGB (bei dem die Entwurfsverfasser in der Sache ansetzen) auf das Verhältnis auch zu einem neuen Hypothekengläubiger nach Übertragung der Hypothek auf diesen:

"Eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899, 1140 gelten auch für diese Einrede."

Nach allgemeiner Meinung gilt § 1157 BGB auch für die Grundsuld. Aus Satz 1 der Vorschrift ergibt sich, daß der Kreditnehmer einem neuen Grundsuld-Gläubiger seine schuldrechtlichen (,persönlichen') Einreden und Einwendungen (aus dem Darlehensverhältnis) entgegenhalten kann.

¹⁰¹ Das ist ja der Grund dafür, daß bei den Kreditsicherheiten die Hypothek nicht mehr verwendet wird, sondern praktisch ausschließlich nur noch die Grundsuld. Dies ist eine wesentliche Grundlage des bestehenden Refinanzierungs-Systems ,Grundpfandbriefe'.

¹⁰² Vgl. etwa PALANDT-Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1137 BGB, Rdn. 8.

Damit *scheinen* die aus den ‚Kreditverkäufen‘ folgenden Probleme bezüglich der durch den neuen Gläubiger jederzeit vollstreckbaren Grundschuld (allerdings nur für den praktisch wenig relevanten Bereich der Vollstreckungsabwehrklage !) nahezu gelöst.

Der ‚Teufel steckt aber im Detail‘. Es gibt nämlich nach ständiger Rechtsprechung weitere Voraussetzungen und Einschränkungen bezüglich des ‚Durchgreifens der schuldrechtlichen (,persönlichen‘) Einreden und Einwendungen gegenüber einem neuen Grundschuld-Gläubiger‘:

- Persönliche Einreden¹⁰³, „die inhaltlich auf die Geltendmachung gegenüber dem Erstgläubiger beschränkt sind“ (und das sind viele), muß sich der Erwerber der Grundschuld (unabhängig von seiner Gut- oder Bösgläubigkeit) von vornherein überhaupt nicht entgegenhalten lassen.¹⁰⁴
- Auch persönliche Einreden, die erst nach dem Erwerb der Grundschuld vollständig entstanden sind (und das ist nicht selten der Fall), muß sich der Erwerber der Grundschuld (unabhängig von seiner Gut- oder Bösgläubigkeit) von vornherein überhaupt nicht entgegenhalten lassen.¹⁰⁵
- Für die geltend gemachten schuldrechtlichen (,persönlichen‘) Einreden und Einwendungen gegenüber dem Grundschuld-Erwerber ist der Schuldner der Grundschuld, also der Darlehensnehmer darlegungs- und beweispflichtig - mit entsprechenden Auswirkungen auf sein Prozeßrisiko, denn zur Durchsetzung seiner Einreden und Einwendungen muß er eine ‚Vollstreckungsabwehrklage‘ erheben, d.h. der Darlehensnehmer muß *aktiv* gegen den neuen Gläubiger klagen. Die Kosten berechnen sich nach dem extrem hohen Streitwert (grob: Nominalbetrag der Grundschuld).

An all dem ändert der von den Entwurfsverfassern vorgeschlagene § 1192 Abs. 1a BGB (neu) überhaupt nichts.

Durch die Hervorhebung (Definition !) der „Sicherungsgrundschuld“ in Satz 1 wird zwar der Eindruck erweckt, als handele es sich um eine ‚neue‘ und ‚spezifische‘ Regelung für ‚Sicherungsgrundschulden‘. Tatsächlich entspricht die Regelung aber nach Wortlaut und

¹⁰³ Z.B. Abtretungs-Ausschluß; Beschränkungen der Geltendmachung des Grundpfandrechts durch Sicherungsvertrag auf eine noch bestehende persönliche Forderung; Stundung; Rückgewähranspruch; usw.)

¹⁰⁴ Vgl. PALANDT-Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1157 BGB, Rdn. 2.

¹⁰⁵ Vgl. PALANDT-Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1157 BGB, Rdn. 2.

Inhalt dem bereits vorhandenen § 1157 Satz 1 BGB¹⁰⁶, der unstreitig für alle Grundschulden gilt, also auch für ‚Sicherungsgrundschulden‘.

Insoweit handelt es sich um eine überflüssige ‚Schein-Regelung‘¹⁰⁷, durch die der ‚Schutz der Kreditnehmer‘ zwar nicht verschlechtert, aber auch nicht ‚verbessert‘ wird.

Eine Verbesserung für die Kreditnehmer ergäbe sich allerdings aus dem von den Entwurfsverfassern vorgeschlagenen § 1192 Abs. 1a Satz 2 BGB (neu) ergeben, wonach die im bestehenden § 1157 Satz 2 BGB zu Gunsten des Neu-Gläubigers festgelegte Anwendung der ‚Gutgläubens-Vorschriften‘ (§§ 892, 894 bis 899, 1140 BGB)¹⁰⁸ für den neu geschaffenen Bereich der ‚Sicherungsgrundschuld‘ ausgeschlossen wird.

Da aber, wie oben schon mehrfach ausgeführt, die *praktischen*, die Kreditnehmer existenziell bedrückenden und bedrängenden Probleme gar nicht im rechtlichen Bereich liegen, sondern im tatsächlichen Ausnutzen der Möglichkeiten, die ein Grundschuld-Gläubiger ‚rechtstechnisch‘ hat, erscheint diese von den Entwurfsverfassern vorgeschla-

¹⁰⁶ Bezeichnenderweise ordnet § 1192 Abs. 1a Satz 3 des Entwurfs auch an: „*Im Übrigen bleibt § 1157 unberührt*“.

¹⁰⁷ Hätte man diese Regelung nicht fälschlich in § 1192 BGB untergebracht, sondern in § 1157 BGB, wo sie systematisch hingehört, wäre das aufgefallen !

¹⁰⁸ ‚Persönliche‘ Einreden und Einwendungen (z.B. ursprüngliche *Nichtentstehung* der Grundschuld aus formalen Gründen) sind ausgeschlossen, wenn der Erwerber der Grundschuld (der neue Grundschuld-Gläubiger) bei deren Erwerb *„gutgläubig“* war, also die persönliche Einrede (d.h. den Sachverhalt, aus dem sich die Einrede ergibt) oder die Einwendung beim Erwerb der Grundschuld nicht kannte, vgl. PALANDT-Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1191 BGB, Rdn. 9; zahlreiche Fragen hierzu sind *höchst streitig*, vgl. PALANDT-Bassenge, a.a.O., § 1157 BGB, Rdn. 3.

„*Gutgläubig*“ ist der Erwerber der Grundschuld grundsätzlich, wenn sich die Einreden oder Einwendungen nicht aus dem Grundbuch ergeben, also dort nicht eingetragen sind, vgl. PALANDT-Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1191 BGB, Rdn. 24. Das ist aber praktisch niemals der Fall. Insbesondere der ‚*Sicherungsvertrag*‘ oder der ‚*Sicherungszweck der Grundschuld*‘ (der nach Meinung der Entwurfsverfasser die Kreditnehmer ‚retten‘ soll) wird niemals im Grundbuch eingetragen und kann auch gar nicht eingetragen werden, vgl. BGH, Urt. v. 30.04.1985 - X ZR 34/84 = NJW 1986, 53 [54]; nach PALANDT-Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1191 BGB, Anm. 3 a = Rdn. 13 (am Ende) ist dies „herrschende Meinung“.

Für die ‚*Bösgläubigkeit*‘ des Erwerbers der Grundschuld reicht nicht bereits dessen bloße Kenntnis vom *Bestehen* eines ‚Sicherungsvertrag‘ oder eines ‚Sicherungszwecks‘ aus (vgl. PALANDT-Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1191 BGB, Rdn. 24), sondern sie setzt auch die Kenntnis des Erwerbers der Grundschuld vom konkreten Einrede-Tatbestand voraus (also z.B. Nicht-Fälligkeit des Darlehens).

Für die ‚*Bösgläubigkeit*‘ des Grundschuld-Erwerbers ist der Schuldner der Grundschuld, also der Darlehensnehmer darlegungs- und beweispflichtig - mit entsprechenden Auswirkungen auf sein enormes Prozeßrisiko, denn zur Durchsetzung seiner (Gegen-) Rechte ist regelmäßig eine ‚Vollstreckungsabwehrklage‘ erforderlich, d.h. der Darlehensnehmer muß aktiv gegen den neuen Gläubiger klagen. Die Kosten berechnen sich nach dem extrem hohen Streitwert (Höhe der Grundschuld).

gene Rechtsänderung zwar *theoretisch* bedeutungsvoll, *praktisch* jedoch unbedeutend für die breit angekündigte ‚*Verbesserung des Schutzes der Kreditnehmer*‘.¹⁰⁹

8. Einfügung von § 1193 Abs. 2 Satz 2 = Zwingende Natur der neuen Regelung für Sicherungsgrundschulden

Aus Zeitgründen kann dieser Regelungsvorschlag hier nicht untersucht werden.

B. Zu Artikel 7 - Änderung des Einführungsgesetzes zum BGB (EGBGB)

Grundsätzlich gelten die von den Entwurfsverfassern vorgeschlagenen Regelungen nur für nach Inkrafttreten dieser Vorschriften ‚verkaufte Kredite‘.

Die Probleme der bereits ‚verkauften Kreditnehmer‘ werden von den vorgeschlagenen Regelungen also überhaupt nicht berührt und nicht gelöst - für sie gäbe es bei einer Verabschiedung dieser Regelungen durch den Gesetzgeber überhaupt keine ‚Verbesserung des Kreditnehmerschutzes‘.

Wie eingangs dargelegt, würden aber bei einer Verabschiedung dieser Regelungen durch den Gesetzgeber die in den Händen der Rechtsprechung liegende Chancen der bereits ‚verkauften Kreditnehmer‘ unter Umständen erheblich verschlechtert.

C. Zu Artikel 8 - Änderung der ZPO

Aus Zeitgründen kann dieser Regelungsvorschlag hier nicht untersucht werden. Sie erscheint auf den ersten Blick als gehaltlose Wiederholung bereits bestehender Regelungen und erscheint zudem für die praktischen Probleme der Kreditnehmer bedeutungslos.

D. Zu Artikel 9 - Änderung des Gesetzes betreffend die Einführung der ZPO

Aus Zeitgründen kann dieser Regelungsvorschlag hier nicht untersucht werden.

¹⁰⁹ In der *Prozeß-Praxis* gelangen die betroffenen Kreditnehmer ohnehin kaum bis zu diesem Problem (im wesentlichen: Beweislast), weil sie von den Gerichten meist schon im Vorfeld ‚abgebügelt‘ werden, weil ja angeblich „*der Kreditverkauf zulässig*“ sei (darüber will man unter Verweis auf die BGH-Entscheidung nicht mehr diskutieren) und „*der Kredit doch auf jeden Fall zurückgezahlt werden muß*“ (als ob es gleichgültig sei, wann und an wen man zurückzahlen muß). Ob das Grundpfandbrief-System (und damit das immer noch bedeutendste Refinanzierungssystem im deutschen Immobiliarkredit) diesen Angriff auf seine Grundlagen überleben würde, wenn der Entwurf so verabschiedet würde, könnte zweifelhaft sein. Auch dies wäre allerdings ein ‚Erfolg‘ für die erörterten ‚interessierten Kreise‘.

E. Zu Artikel 10 - Änderung des Handelsgesetzbuchs

Aus Zeitgründen kann dieser Regelungsvorschlag hier nicht untersucht werden.

F. Zu Artikel 11 - Änderung des Einführungsgesetzes zum HGB

Aus Zeitgründen kann dieser Regelungsvorschlag hier nicht untersucht werden.

G. Der „Umdruck Nr. 6 - neu - vom 24. Juni 2008 - Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD“ konnte für diese Stellungnahme nicht mehr berücksichtigt werden.

IV. Ergebnis

Der Entwurf führt praktisch nicht zu ‚*Verbesserungen des Kreditnehmerschutzes*‘, dagegen an manchen Stellen zu Verschlechterungen für die Kreditnehmer.

Ein solches Gesetz würde ohnehin nur ‚*zukünftig verkaufte Kreditnehmer*‘ betreffen.

Den ‚*bereits verkauften Kreditnehmern*‘ würde nicht geholfen, sondern könnte die Verabschiedung dieses Gesetzes wegen der möglichen Auswirkungen auf die (laufende) Rechtsprechung sogar extrem schaden.

Zur ‚*Verbesserung des Kreditnehmerschutzes*‘ muß dringend vor der Verabschiedung dieses Entwurfs mit völlig unzureichender ‚Begründung‘ als Gesetz gewarnt werden !