

Hamburg, den 12. Oktober 2007

Erwerb von Kreditforderungen durch Private Equity- Unternehmen: Mögliche Gefahren für Verbraucher

Studie im Auftrag des

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (VZBV)

Erstellt von

Priv.-Doz. Dr. Kai-Oliver Knops (rechtliche Analyse)
Rechtsanwalt Michael Knobloch (ökonomische Analyse)
Hans-Joachim Dübel, finpolconsult (ökonomische Analyse)
Prof. Dr. Udo Reifner (verbr. pol. Stellungnahme)



institut für
finanzdienstleistungen e.V.

Inhalt

Abbildungsverzeichnis	5
Tabellenverzeichnis	6
Einleitung: Problemlage und Gang der Darstellung	7

Teil 1: Ökonomische Analyse

1.	Begriffsbestimmungen	11
2.	Der Markt für Non-Performing-Loans	12
2.1	Primär- und Sekundärkreditmarkt in Deutschland	12
2.1.1	Kreditvolumen und Marktentwicklung im Primärmarkt.....	12
2.1.2	NPL-Kreditvolumen	14
2.2	Sekundärkreditmarkt.....	16
2.2.1	Historische Entwicklung	16
2.2.2	Auslöser für den Kreditverkauf in Deutschland	19
2.2.3	Einzelne Transaktionen	20
2.2.4	Welche Kredite werden gehandelt?	22
2.2.5	Volumen des Sekundärkreditmarkts	24
2.3	Verkaufsprozesse und Vermarktung.....	25
2.3.1	Vermarktung.....	26
2.3.2	Übertragungsprozesse	27
2.4	Die Marktteilnehmer	29
2.4.1	Käufer.....	30
2.4.2	Verkäufer	33
2.4.3	Servicer.....	36
2.4.3.1	Definition.....	36
2.4.3.2	Zentrale Rolle von Servicern im Disintermediationsmodell	37

2.4.3.3	Besonderheiten der in Deutschland anzutreffenden Geschäftsmodelle	41
2.4.3.4	Trends: NPL-Markt stark zyklisch	45
2.4.3.5	Effizienzaspekte des Disintermediationsmodells bei Kreditausfällen unter Berücksichtigung der US-Erfahrungen.....	52
2.4.3.5.1	Komplexe Interaktion von Servicern und Investoren zur Entscheidungsfindung bei Kreditausfällen notwendig	52
2.4.3.5.2	Servicer anfällig für Marktzyklen und z.T. mit schwachen Anreizen zur Vermeidung von Zwangsversteigerungen.....	55
2.4.3.5.3	Verlustminimierungsstrategien im Disintermediationsmodell	59
3.	Fallbeispiele	63
3.1	Fall: „Bank zieht sich zurück“.....	63
3.2	Fall: „hohes Zinsniveau nach Ende der Zinsbindung“	65
3.3	Fall: „Rückzug aus der privaten Immobilienfinanzierung“	65
3.4	Fall: geschäftliche Neuausrichtung.....	66
3.5	Fall: „Neue Zuständigkeit für Ihre Immobilienfinanzierung“	67
3.6	Fall: „Übertragung des Servicing“	67

Teil 2: Juristische Analyse

4.	Grundstruktur des Immobiliarkredits.....	69
4.1	Darlehensvertrag	69
4.2	Sicherungsvertrag.....	71
4.3	Grundpfandrechtsbestellung	73
5.	Abtretungskonstruktion	74

5.1	Verfahrensweise und Abtretungsumfang.....	74
5.1.1	Bestimmbarkeit der zedierten Darlehensansprüche.....	75
5.1.2	Abtretungen von Sicherungsgrundschulden.....	76
5.2	Hinderungsgründe einer Abtretung	77
5.2.1	Ausschluss der Übertragbarkeit wegen Bindung an das treuhänderisches Rechtsverhältnis	78
5.2.1.1	Treuhandcharakter der Forderung	78
5.2.1.2	Treuhandcharakter der Sicherung.....	80
5.2.2	Zerstörung des Vertrauensverhältnisses	83
5.2.3	Stillschweigender Abtretungsausschluss	85
5.2.4	Gefahr der mehrfachen Inanspruchnahme	87
6.	Forderungsübergang durch Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz	90
6.1	Höchstpersönliche Rechte und personale Vertragsbeziehungen.....	94
6.2	Anwendbarkeit und Schutz des § 399 BGB.....	94
6.3	Unteilbarkeit von Vertragsverhältnissen	95
6.4	Zustimmungsvorbehalt und Widerspruchsrecht	97
7.	Verkauf Not leidender Forderungen	101
7.1	Beachtung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	101
7.2	Missbräuchliches Gläubigerverhalten.....	104
7.3	Abtretung an eine Nichtbank	105
7.4	Unzulässigkeit der Veräußerung von Krediten	110
	Zusammenfassung	112
	Verbraucherpolitische Stellungnahme:	117

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Kredite an private Haushalte nach Bestandsvolumen/ Zeitreihe.	13
Abbildung 2:	Kreditvolumina nach Bankgruppen.	14
Abbildung 3:	Verteilung des NPL- Volumens nach Kreditart.....	15
Abbildung 4:	Issurance by Asset Class and by Country	18
Abbildung 5:	Portfoliozusammensetzung der auf dem deutschen Sekundärkreditmarkt gehandelten Kreditebis 2006.	24
Abbildung 6:	Auf dem deutschen Markt aktive Käufer und ihre Servicer (Auswahl).	30
Abbildung 7:	Grundstrukturen des Banken- und des Disintermediati-onsmodells	40
Abbildung 8:	Aufbau einer exzellenten Marktposition im NPL-Geschäft	44
Abbildung 9:	Schematisierte Darstellung von Servicer-Gewinn und Verlustsituation und Gewinnsituation der Investoren	58
Abbildung 10:	Prozessablauf eines großen US-Servicers bei Kreditausfall	59

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Kreditvolumen/ Anteil der Bankgruppen in Prozent.	14
Tabelle 2:	Einzelne öffentlich bekannt gewordene Portfoliotransaktionen.....	21
Tabelle 3:	Risikostruktur bei Kreditausfall im traditionellen Preismodell amerikanischer Servicer, Subprime-Markt	55
Tabelle 4:	Anteile unterschiedlicher Restrukturierungsstrategien beim NPL-Management, nach FitchRatings	61

Einleitung: Problemlage und Gang der Darstellung

Weltweit haben sich in der Bankbranche, insbesondere bei Hypothekenfinanzierungen Kredite angehäuft, die entweder nicht oder nur unregelmäßig bedient werden. In Deutschland betrifft dies vor allem die so genannten Schrottimmobilienfälle, bei denen Bezieher einfacher oder mittlerer Einkommen Anfang der 90-iger Jahre an der Haustür für Projekte angeworben worden sind, die sich später als wenig rentabel erwiesen haben und so die Kreditnehmer in erhebliche Liquiditätsschwierigkeiten gebracht haben. Die Bankbranche hat darauf reagiert und im großen Stil Kreditpakete ins Ausland verkauft, sei es als reinen Forderungsverkauf durch Abtretung oder durch Umwandlung und Ausgliederung mittels der Umwandlungstatbestände. Seitdem hat der Markt eine rasante Entwicklung hinter sich, etwa beginnend mit dem Verkauf von so genannten Non-Performing-Loans (NPL) durch die Niederschlesische Sparkasse in Görlitz an Lone Star und beträgt heute je nach zugrunde gelegter Studie bis zu mehreren Hundert Milliarden Euro. Die gehandelten Pakete waren dabei teilweise deutlich größer als 1 Mrd. Euro, sodass auf Käuferseite nur potentielle Investoren in Betracht kamen, die vorher entsprechendes Kapital ihrerseits bei Anlegern gesammelt hatten. Diese Fonds stehen unter erheblichen wirtschaftlichen Druck zur Renditeerzielung und sind daher darauf angewiesen, aus den Forderungspaketen den höchstmöglichen Profit zu schlagen. Verbraucher bekommen dies teilweise in krasser Form zu spüren, wenn nicht nur Kündigungen schneller ausgesprochen werden und lang laufende Kredite zum Wohnungserwerb dadurch vorzeitig beendet werden, sondern auch dadurch, dass deren wirtschaftliche Existenz durch die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen bedroht werden. Allein schon der „Ton“ zwischen den neuen Eignern und den Verbrauchern hat vielfach gewechselt und eine Schärfe angenommen, die mit normalen Geschäftsbanken oder Hypothe-

karkrediten keinesfalls an der Tagesordnung waren.¹ Aus bankwirtschaftlicher Sicht ist die Veräußerung derartiger Kredite teilweise dem eigenen Aktienkurs, oftmals aber auch einer wirtschaftlichen Situation geschuldet, um der eigenen Übernahme entgegenzuwirken, und ist u.a. letztlich Resultat der Kreditvergabe außerhalb der üblichen Immobiliarkreditbedingungen. Nachdem die erste Welle der Großaufkäufe von Darlehenspaketen fast abgeschlossen zu sein scheint, haben viele kleinere Institute diese Art der Bilanzbereinigung für sich entdeckt, und streben an den Markt. Sie konkurrieren dabei mit den Anbietern großer Portfolios, die insbesondere aus den Erfahrungen der vergangenen Jahre haben feststellen müssen, dass die erzielbaren Renditen hinter den Erwartungen zurückbleiben musste.

Die Kreditnehmer sehen sich also heute vielfach nicht nur einem neuen Vertragspartner gegenüber, sondern wechselnden Inhabern von Forderungen und werden somit über die langfristige Immobiliarkreditbindung zum Spielball der Finanzinvestoreninteressen. Ein weiteres gravierendes Problem ergibt sich für die beteiligten Verbraucher dadurch, dass Immobiliarkredite regelmäßig auf eine Laufzeit von 25 – 30 Jahren kalkuliert sind, die Zinsbindungsfrist und damit die rechtliche Bindung an den Kreditgeber aber nach frühestens 10 Jahren zwingend ausläuft und danach eine so genannte Prolongationsvereinbarung mit dem Kreditinstitut getroffen werden muss, vor allem über die Zinshöhe, mit der das Darlehen fortgeführt wird. Da die neuen Eigentümer der Forderungen oft über keine (deutsche oder europäische) Banklizenz verfügen, werden Kreditnehmer daher zielgerichtet aus den Verträgen herausgetrieben, die eine Anschlussfinanzierung unter Umständen gar nicht, aber vielfach doch nur zu erheblich schlechteren Konditionen organisieren können. Hinzu kommen flächendeckend eingeschaltete Inkassounternehmen, die nicht

¹ Vgl. zur Praxis *Derleder*, Das Outsourcing notleidender Bankkredite und seine rechtlichen Grenzen, VuR 2007, 81, 82.

nur gegenüber säumigen, sondern auch gegenüber solchen Kunden Forderungen anmelden, die ihren Kredit ordnungsgemäß bedienen. Vollstreckungsgegenklagen aus der persönlichen Haftungsübernahme nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung, also nicht aus dem Darlehen oder der Grundschuld, sind in diesem Bereich fast an der Tagesordnung. Die Vollstreckungsgegenklagen mancher Verbraucher sind dabei teilweise nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten zustellbar, wenn der Forderungsinhaber seinen Sitz auf den Cayman- Islands, auf den Bermudas oder auch in den USA hat, sodass insgesamt eine äußerst prekäre Situation der betroffenen Verbrauchercreditnehmer festzustellen ist.

Um diese Problemstellung aufzugreifen und einer ökonomischen, empirischen wie rechtlichen Analyse zu unterwerfen, werden im folgenden die möglichen Gefahren für Verbraucher herausgearbeitet, die bei dem Handel und Erwerb von Kreditforderungen durch Private-Equity-Unternehmen, aber auch durch andere Akteure verursacht werden. Das methodologische Vorgehen liegt zunächst darin, die Determinanten und die Marktlage des Verkaufs von Darlehen ökonomisch zu erfassen und zu analysieren – unter Auswertung bereits für den deutschen Markt erstellten Untersuchungen. Neben der volkswirtschaftlichen Analyse wird auch hier die bankwirtschaftliche Motivation erläutert, insbesondere im Zusammenhang mit dem Kreditgeschäft insgesamt und dem Servicing der laufenden Portfolios. Exemplarisch werden dabei Fälle aufgegriffen, die die Problematik für die betroffenen Verbraucher deutlich machen.

In der rechtlichen Analyse muss vor allem geklärt werden, ob eine Veräußerung eines langfristigen Immobiliarkredits an einen Dritten ohne vorherige Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung des dadurch betroffenen Kreditnehmers zulässig ist. Davon betroffen waren nicht nur ausfallgefährdete Kredite, sondern insbesondere solche, die über die gesamte bisherige

Vertragslaufzeit ungestört abgewickelt worden sind, sodass sich hier insbesondere die Frage stellt, ob das Recht auf Wahl des Vertragspartners verletzt worden ist oder nicht. Die Beurteilung dieser Frage hat auch Folgewirkungen auf in der Bankbranche weiter anstehende Transaktionen, die unter den Stichworten Work-Out und Servicing von (Not leidenden) Krediten wie auch aus einer anlegerorientierten Sichtweise des Distressed Debt-Investing oder anderer Stichworte Gegenstand von Konzepten und Seminaren bundesweit geworden sind.

Insbesondere wird geprüft, ob die Kredite auch gegen den Willen des Kreditnehmers auf Dritte übergehen. In der Praxis haben die professionell Beteiligten vor allem zwei Wege zum Verkauf der Darlehenspakete gewählt: Wohl am häufigsten sind die Kredite im Wege der Zession (Abtretung) nach den §§ 398 ff. BGB auf die neuen Inhaber übergegangen. Weniger häufig, aber von dem verkauften Volumen her nicht minder uninteressant, ist die Übertragung durch Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz.

Beide Verfahrensweisen werden kritisch beleuchtet und bereits hier sei darauf hingewiesen, dass früh (ohne dass es überhaupt nennenswerte Transaktionen gegeben hat) auf die rechtlichen Risiken des Verkaufs von Darlehen im deutschsprachigen Rechtskreis hingewiesen und die Einholung der Zustimmung der betroffenen Kreditnehmer empfohlen wurde.² Gleichwohl haben die professionell Beteiligten nichts unversucht gelassen, um mit Abtretungs- und Umwandlungskonstruktionen die Mitwirkung der Betroffenen zu umgehen und haben dabei nicht nur ohne, sondern oft gegen den Willen ihrer Vertragspartner gehandelt.

² *Wiegand*, Bankrechtliche Aspekte der Asset Backed Securities, FS Schminasky, 1999, S. 837 ff.

Teil 1: Ökonomische Analyse

1. Begriffsbestimmungen

In der Bankensprache und dementsprechend auch in den hier verwendeten Statistiken der Branche wird teilweise zwischen Performing-, Subperforming- und Nonperforming Loans bzw. Credits unterschieden. Synonym zu Nonperforming wird auch der Ausdruck „Not leidend“ verwendet. Eine gesetzlich vorgeschriebene oder sonst verbindliche Definition dieser Begriffe existiert in Deutschland nicht. Unter Performing Loans sind die ordnungsgemäß bedienten, ungekündigten und auch nicht kündbaren Darlehen zu verstehen. Sie machen den größten Anteil der bestehenden Kreditverhältnisse aus.³ Als Non Performing Loans (auch Distressed Debt, Distressed Loan, uneinbringliche Forderungen genannt) im engeren Sinne werden im Allgemeinen Forderungen aus Insolvenzen, aus gekündigten Krediten und aus nach dem Gesetz⁴ kündbaren Krediten bezeichnet.⁵ Als Nonperforming im weiteren Sinne oder synonym als Subperforming werden solche Kredite bezeichnet, deren Erfüllung auf Grund wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Darlehensnehmers als gefährdet erscheint, bei denen der Darlehensnehmer im Verzug mit einzelnen Raten war, diese aber vor einer Kündigungsmöglichkeit der Bank wieder ausgeglichen wurden und schließlich Darlehensforderungen gegenüber Kunden, deren Bonität als gering eingeschätzt wird. Eine konkrete Abgrenzung der Begriffe in der Sprachpraxis lässt sich aber weder in der Literatur oder Fachpresse noch in den beteiligten Fachkreisen feststellen. Im Folgenden soll daher prinzipiell von der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen ungekündigten und gekündigten (oder kündbaren) Krediten ausgegangen werden.

³ Vgl. *Diehm/ Knab*, Das Geschäft mit Non Performing Loans, Vortrag gehalten an der Schmalenbachgesellschaft am 21.10.2005.

⁴ Im Sinne der gesetzlichen Kündigungsvorschriften, §§ 488ff. BGB, insbesondere § 498 BGB für Verbraucherratenkredite.

⁵ Vgl. auch § 25 Abs. 16 SolvV, wonach Forderungen mit die 90 Tage Zahlungsrückstand zu 150% Risikogewichtung (§ 39 SolvV) führen.

2. Der Markt für Non-Performing-Loans

2.1 Primär- und Sekundärkreditmarkt in Deutschland

Bei der Betrachtung der Märkte ist zwischen dem Primär- und dem Sekundärkreditmarkt zu unterscheiden. Die Kreditvergabe an die Darlehensnehmer, d.h. an die Konsumenten und Wirtschaftsunternehmen, ist seit jeher Bestandteil des Bankgeschäfts in Deutschland. Der so bezeichnete Primärmarkt bezieht sich ausschließlich auf die Beziehung zwischen Banken und Darlehensnehmern.

Demgegenüber wird unter Sekundärkreditmarkt der Handelsplatz über bereits bestehende Kreditforderungen und Kreditverträge verstanden. Im einfachsten Modell des Portfolioverkaufs sind die Akteure hier Banken und Investoren, wie Private-Equity-Firmen, Pensionsfonds, Versicherungsgesellschaften oder andere Banken. Im Verbriefungsmodell treten in der Regel Intermediäre wie Investmentbanken, sowie Ratingagenturen hinzu. Verbraucher nehmen auf diesem Markt keine aktive Rolle wahr, sondern sind Objekt der Marktteilnehmer.

2.1.1 Kreditvolumen und Marktentwicklung im Primärmarkt

Mitte 2007 betrug in Deutschland das Bestandsvolumen von Krediten an inländisch wirtschaftlich unselbständige Privatpersonen (Konsumenten) nach der Bundesbank-Statistik etwa eine Billion EURO. Auf das Volumen an ausstehenden Baufinanzierungen entfielen hiervon 793 Mrd. EURO und auf das Volumen der sonstigen Kredite (Raten- Überziehungs-, Abruf- und andere Konsumentenkredite zusammen) ca. 225 Mrd.

EURO⁶, hiervon Konsumentenratenkredite in Höhe von 129,6 Mrd. EURO. Nachfolgende Grafik veranschaulicht die Marktentwicklung seit 2003 nach der Bundesbank-Statistik.

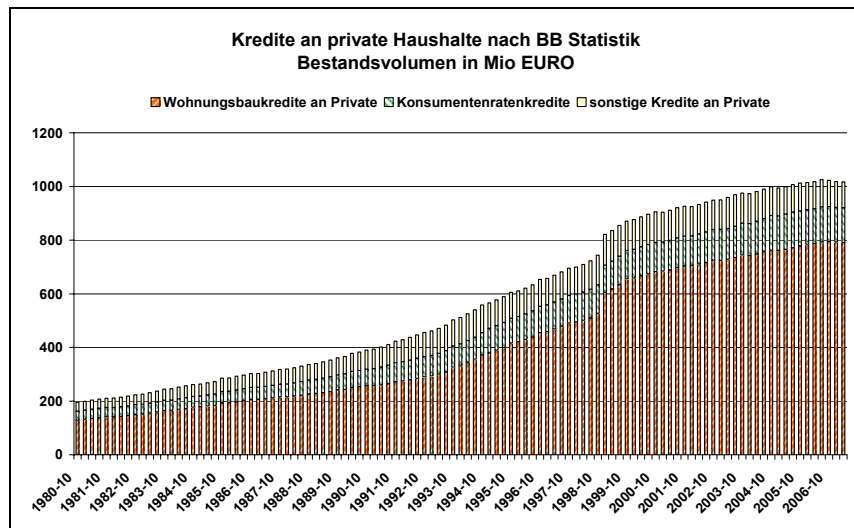


Abbildung 1: Kredite an private Haushalte nach Bestandsvolumen/ Zeitreihe.

Insgesamt machen Kredite an inländische Nichtbanken nach der Statistik der Deutschen Bundesbank im Juni 2007 etwa 2.986,2 Mrd. Euro aus, an Nichtbanken insgesamt 3.858,7 Mrd Euro. Daran haben die Kreditbanken, zu denen die Großbanken, die Regionalbanken und die sonstigen Kreditbanken gehören, mit 28% den größten Anteil, gefolgt von den Sparkassen mit 19% und Landesbanken mit 15%.

⁶ Demgegenüber betrug das Bestandsvolumen von Krediten an private Haushalte (Wohnungsbaukredite und übrige Kredite an Private) nach der EWU-Statistik ca. 1,419 Billionen EURO. Hiervon entfielen 963 Mrd. EURO auf Baufinanzierungen und 455 Mrd. EURO auf Konsumenten- und sonstige Kredite. Die erheblichen Differenzen zwischen der Bundesbank-Statistik und der EWU-Statistik sind in unterschiedlichen Definitionen der einzelnen Kreditarten begründet. So umfasst die EWU Statistik im Gegensatz zur Bundesbankstatistik auch die wirtschaftlich selbständigen natürlichen Personen. Weiterhin sind die EWU-Zeitreihen gewichtete Teilerhebungen, während die Bundesbank-Statistik eine Vollerhebung ist.

Sparkassen	Landesbanken	Kreditbanken	Realkreditinstitute	Genossenschaftliche Institute	Bausparkassen	Sonstige Institute
18,7%	15,3%	27,7%	14,8%	12,3%	3,1%	8,0%

Tabelle 1: Kreditvolumen/ Anteil der Bankgruppen in Prozent.

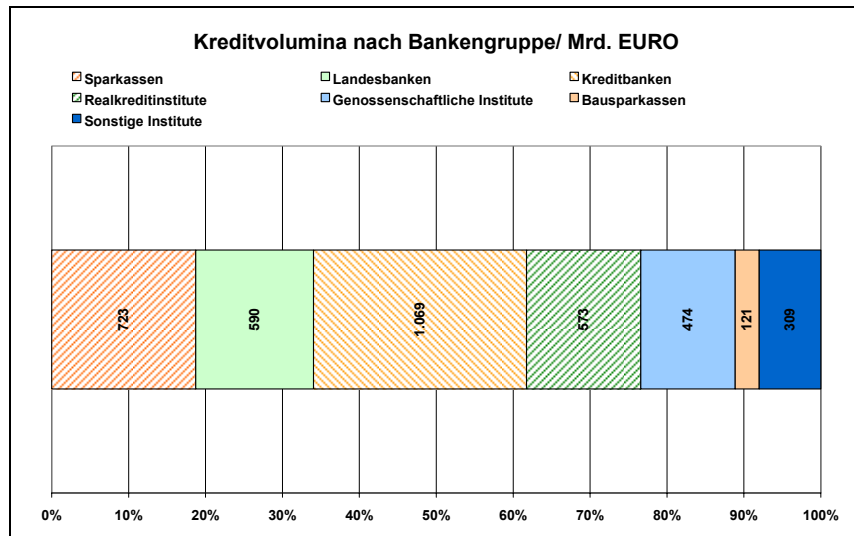


Abbildung 2: Kreditvolumina nach Bankgruppen.

2.1.2 NPL-Kreditvolumen

Der Sekundärkreditmarkt steht in Deutschland, wie weiter unten noch dargestellt werden wird, in engem Zusammenhang mit dem Verkauf Not leidender Kredite. Branchenzahlen zum Volumen dieser Kredite beruhen auf Schätzungen von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, da eine Dokumentation über die Bankenstatistik der Deutschen Bundesbank bzw. die Statistiken der einzelnen Bankenverbände nicht erfolgt⁷. Nach den Schätzungen, die stark differieren, sollten im Jahr 2006 ca. 5-8% des gesamten Kreditbestandes „uneinbringlich“ gewesen sein, was einem Volumen von etwa 200-300 Mrd. EURO entspräche⁸ und etwa 15% des weltweiten NPL- Marktes ausmachen soll. Eine ältere Studie aus dem Jahr 2005 kommt zu

⁷ Zu den Schwierigkeiten bei der Schätzung vgl. *Financial Times Deutschland* vom 16.05.2006: „E&Y pfuscht bei Problemerkrediten“.

⁸ *Ernst & Young*, Global Nonperforming Loan Report 2006; *Ashurst*, Non Performing Loans, Der Kauf Not leidender Kredite in Deutschland (Mai 2006).

niedrigeren Werten von ca. 160 Mrd. EURO⁹ für Deutschland und einer Quote von 5,1% Non Performing Loans gerechnet auf alle Kredite. Davon sollten ca. 43 Mrd. auf die Geschäftsbanken, 26 Mrd. auf die Hypothekenbanken, 27 Mrd. auf die Volksbanken, 41 Mrd. auf die Sparkassen und schließlich 23 Mrd. auf die Landesbanken entfallen. Unter den Banken sollen Volksbanken mit 7% und Sparkassen mit 6% ihres Kreditvolumens die größten Anteile an Non Performing Loans in ihren Beständen haben, während den Privat- und Landesbanken mit jeweils 4% der geringste Anteil zugerechnet wird.¹⁰

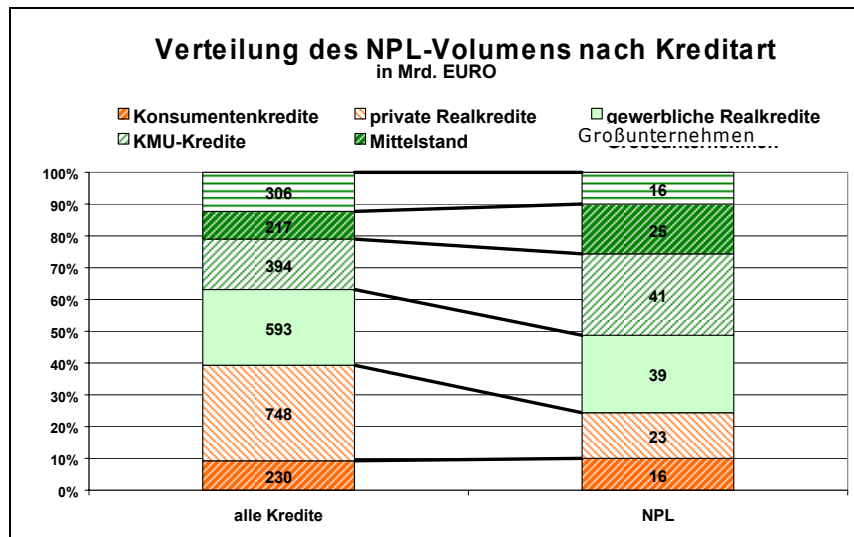


Abbildung 3: Verteilung des NPL- Volumens nach Kreditart.

Zum Anteil der NPL bei den einzelnen Kreditarten und hierbei insbesondere bei den Konsumentenkrediten gibt es noch weniger belastbares Zahlenmaterial. Eine Schätzung aus dem Jahr 2006 kommt zum Ergebnis, dass von den ca. 230 Mrd. EURO Konsumentenkrediten 16 Mrd. Not leidend sind. Von den 748 Mrd. EURO im Bestand der privaten Realkredite sollen es 23 Mrd. EURO sein. Insgesamt ergibt sich daraus eine Gesamtsumme von etwa 40 Mrd. EURO Not leidender Kredite an Konsumenten.

⁹ Kroll & Mercer Oliver Wyman, A Market for the Making. The German Bad Loan Market (2005).

¹⁰ Buttenschön, Hoist Kreditverwaltung AG, Vortrag gehalten auf der Deutsche Distressed Assets Konferenz in Frankfurt/Main am 31.05.2006.

2.2 Sekundärkreditmarkt

2.2.1 Historische Entwicklung

Im Vergleich zum Primärkreditmarkt viel später, d.h. erst in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts, entwickelte sich der Handel mit bestehenden Kreditforderungen durch öffentlich handelbare Instrumente. Erstmals im Februar 1970 kam es im Rahmen der Neuordnung des Hypothekarkreditsektors in den USA zu einer Veräußerung und Verbriefung von Darlehensforderungen aus Hypothekarkrediten. Die Government National Mortgage Association (GNMA, „Ginnie Mae“), eine dem US-Amerikanischen Wohnungsbauministerium nachgeordnete öffentlich-rechtliche Körperschaft, kaufte Hypothekendarlehensforderungen auf und emittierte auf dieser Grundlage Wertpapiere.¹¹ Diese Form der Verbriefung wird wegen der angelsächsischen Herkunft auch in Deutschland als Asset Backed Securitisation (ABS) bezeichnet.¹² Im Falle von Hypothekendarlehen spricht man von Mortgage-Backed Securities (MBS) im Falle von Wohnungsbaukrediten an Verbraucher von Residential Mortgage-Backed Securities (RMBS).

Die ABS Transaktion der „Ginnie Mae“ war die Geburtsstunde des Sekundärmarktes für Kreditforderungen, einem Marktplatz, bei dem die Verhandlungen zwischen den Banken und den Investoren geführt werden. Im Zuge der „Savings- und Loan Krise“ in den USA kam es zwischen 1986 und 1993 bedingt durch den Zusammenbruch von mehr als 1.600 ameri-

¹¹ Das Motiv für die Emission lag darin, daß die Schulden der bis dato staatlichen, Hypothekarkredite refinanzierenden Fannie Mae von den Investoren den im Laufe des Krieges überbordenden US-amerikanischen Staatsschulden hinzugerechnet wurden. Als Konsequenz stiegen die Kreditzinsen für den Staat. Als Ausweg wurde der Weg des Verkaufs von Hypothekarkreditportfolios unter Vergabe staatlicher Garantien gesehen, die zum damaligen Zeitpunkt noch nicht mit der Staatsverschuldung konsolidiert wurden. Fannie Mae wurde privatisiert, und ein dem Niedrigeinkommensbereich zuzurechnendes Portfolio der Ginnie Mae zur Verbriefung übertragen.

¹² Davon abweichend werden mitunter auch alle nicht-Wohnungsbauverbriefungen außer Gewerbekreditfinanzierungen als ABS bezeichnet.

kanischen Banken und Sparkassen zu einem rapiden Wachstum dieses Sekundärmarktes, in dessen Zentrum Fannie Mae und eine 1971 gegründete Schwesterorganisation, Freddie Mac standen. Der amerikanische Staat unterstützte den neuen Sekundärmarkt großzügig durch Steuererleichterungen für die Kreditportfolios im großen Stil verkaufenden Sparkassen.¹³ Nutznießer waren auch die Investmentbanken, die mit dem Handel sog. ‚agency‘ MBS, von Fannie Mae und Freddie Mac garantierte MBS, in den 80er Jahren Milliardenbeträge verdienten.

Zur Abwicklung der Aktiva der insolventen Sparkassen und Banken wurden im Verlauf der Krise bereits Ende der 80er Jahre leistungsgestörte Bankkredite, gebündelt in Portfolien, an Investoren veräußert. Dieser neue Zweig der Verbriefungsindustrie expandierte in einer Reihe folgender Banken Krisen rasch jenseits der USA. So kam es auf dem asiatischen Markt Ende der 1990er Jahre und der damit verbundenen Insolvenzwelle zur Entwicklung eines Sekundärmarktes für Not leidende Kreditforderungen. Gleichzeitig entwickelte sich der Sekundärmarkt für Not leidende Kreditforderungen auch in Europa. Eine Vorreiterrolle nahm hier Italien ein, was durch die dortige Gesetzgebung begünstigt wurde, die eine Abschreibung von Verlusten aus leistungsgestörten Kreditverhältnissen innerhalb von 5 Jahren ermöglicht.¹⁴ In Polen etwa ist der Verkauf ungestörter Darlehen ohne Zustimmung des Kreditnehmers gesetzlich verboten.

In Deutschland wurde erstmals im November 1990 dem Bundesamt für das Kreditwesen von der deutschen Tochter eines international tätigen Bankkonzerns angezeigt, einen Teil ihrer

¹³ Vgl. *Dübel*, „Umfang und Effekte staatlicher Stützung durch Garantien in der Wohnungsbaufinanzierung - das Beispiel der staatlich gestützten US-amerikanischen Refinanzierungsunternehmen Fannie Mae und Freddie Mac“. Studie im Auftrag des Verbandes deutscher Hypothekenbanken. Berlin (2002).

¹⁴ Gesetz Nr. 130/99 (Sekurisationsgesetz).

Ratenkredite auf eine im Ausland ansässige Zweckgesellschaft übertragen zu wollen. Nachdem die Aufsicht die Transaktion zwar nicht gestoppt, aber dennoch Bedenken geäußert hatte, kam es erst im April 1995 in Deutschland wieder zu einer ABS Transaktion. Eine deutsche Hypothekenbank veräußerte nachrangige Hypothekendarlehensforderungen mit einem Gesamtvolumen von 523 Mio DM an eine wiederum im Ausland ansässige Zweckgesellschaft. Ein stetiger Handel mit Not leidenden und auch ungestörten Kreditportfolios begann in Deutschland aber erst im Jahr 2003, als vor allem die Großbanken begannen, Portfolien mit sowohl Not leidenden als auch nicht kündbaren Krediten zu verkaufen.¹⁵

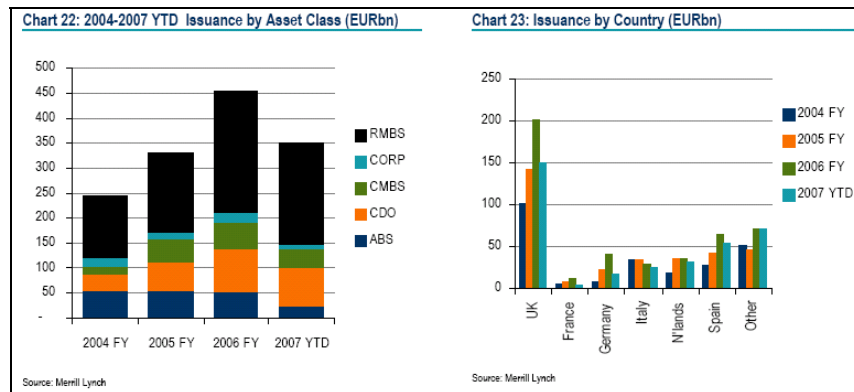


Abbildung 4: Issuance by Asset Class and by Country¹⁶

Im nicht-Not leidenden Bereich hat sich unterdessen in Europa ein großer Verbriefungsmarkt entwickelt, angeführt von Großbritannien, Spanien, den Niederlanden und Italien. Bis auf Spanien sind dies Länder, die bis vor kurzem über das Pfandbriefinstrument nicht verfügt hatten oder es nutzten. Nach der

¹⁵ Vgl. die Marktanalyse der *Deutschen Bank Research*, "Notleidende Kredite" - eine etablierte Assetklasse, 2007 (siehe www.dbresearch.com/PROD/DBR_INTERNET_DE-PROD/PROD000000000209028.pdf).

¹⁶ Quelle: Merrill Lynch. Anmerkungen: RMBS – Residential Mortgage-Backed Securities (gedeckt durch Wohnungsbaukredite an Verbraucher). CMBS – Commercial Mortgage-Backed Securities (gedeckt durch Gewerbekredite, Kredite für den Mietwohnungsbau, auch Non-performing-Kredite). CORP – gedeckt durch Kredite an Unternehmen. CDO – Collateralized Debt Obligations (Derivate von Verbriefungen). ABS – Asset-Backed Securities (alle anderen durch Forderungen o.ae. gedeckten Verbriefungen). FY – Full Year, YTD – Year to Date.

Statistik des European Securitisation Forums, eines Ablegers der Bond Market Association der Wall Street, der gleichberechtigt mit europäischen Bankenverbänden als Vertreter der Verbriefungsindustrie firmiert, wurden 2006 über 450 Mrd. EURO an Verbriefungen emittiert, darunter 40,7 Mrd. EURO aus Deutschland.¹⁷ Wie Abbildung 4 auf Seite 18 zeigt, besteht mehr als die Hälfte dieser Finanzierungen aus RMBS, zusammen mit Verbraucherkrediten aus ABS dürfte ein Emissionsvolumen von rd. 280 Mrd. Euro durch Verbraucherkredite hinterlegt sein.

Der deutsche Marktanteil ist dabei v.a. aufgrund der Dominanz des Pfandbriefsystems in den Bereichen Wohnungsbau- und vor allem Gewerbehypothekarkredit vergleichsweise klein. Der Schwerpunkt der Emissionstätigkeit in Deutschland liegt auf CMBS (Commercial Mortgage-Backed Securities), gedeckt vor allem durch Gewerbeimmobilienkredite, aber auch NPL-Kredite.

2.2.2 Auslöser für den Kreditverkauf in Deutschland

In Deutschland begannen Anfang des laufenden Jahrzehnts Banken in Sondersituationen mit dem Verkauf von Kreditportfolien. Hintergrund war, dass angesichts der eher schlechten wirtschaftlichen Lage in Deutschland und des geringen Wirtschaftswachstums, insbesondere auch durch dubiose Vermittlungsstrategien (Stichwort: Schrottimmobiliendarlehenfinanzierungen) ein hohes Volumen an Not leidenden Darlehensforderungen aufgelaufen war, den einzelne Banken abbauen wollten. Der Hohe Anteil an Not leidenden Krediten war auch bedingt durch eine nicht verantwortungsvolle Kreditvergabe einiger Banken und die im Zusammenhang mit der Deutschen Einheit stehende steuerlich massiv geförderte Überinvestition in Immobilien in den neuen Bundesländern.

¹⁷ Vgl. im Internet unter <http://www.europeansecuritisation.com/> .

2.2.3 Einzelne Transaktionen

Die erste nachweislich mit Verbraucherkrediten hinterlegte deutsche NPL-Transaktion wurde 2004 durch die in Liquidation befindliche Gontard und Metallbank begeben. Das Portfolio bestand zu 100% aus Hypothekendarlehen. Im gleichen Jahr kam es zu weiteren, spektakulären „Milliarden-Deals“ (Verkauf von Immobiliendarlehen mit einem Volumen von 3,6 Mrd. durch die Hypo Real Estate an den Amerikanischen Investor LoneStar und von Darlehen über 2,4 Milliarden EURO durch die Eurohypo an GMAC und andere Investoren), bei denen auch im nennenswerten Umfang ungestörte Kredite betroffen waren. Insgesamt sind ab 2003 12 Transaktionen mit einem Volumen von jeweils über einer Milliarde EURO bekannt geworden, wie nachfolgende Übersicht verdeutlicht:

Jahr	Verkäufer	Käufer	Volumen in Mio. EURO	Portfolio-inhalt	betreut durch
2003	DekaBank	Deutsche Bank	110	Unternehmenskredite	
2003	Delmora	Goldman Sachs	2.100	k.A.	
2003	Dresdner Bank (IRU)	verschiedene	861	k.A.	
2003	Dresdner Bank (IRU)	verschiedene	125	k.A.	
2003	Dresdner Bank (IRU)	verschiedene	1.900	k.A.	
2003	DresdnerBank	Deutsche Bank	511	k.A.	
2003	Gontard&Metallbank			Unternehmenskredite/	
2003	i.L.	Lone Star Funds	225	Immobilienkredite	
2003	HypoReal Estate	Lone Star			Real Estate
2003	ING BHF	Funds/JPMorgan	490	Immobilienkredite	M&A
2003	Deka Bank	Goldman Sachs	175	Unternehmenskredite	
2004	Dresdner Bank (IRU)	k.A.	k.A.	k.A.	
2004	Dresdner Bank (IRU)	k.A.	142	k.A.	
2004	DresdnerBank (IRU)	Lone Star Funds	1.200	Unternehmenskredite/	
2004	Eurohypo	Eurohypo/Citigroup/GMAC	2.400	Immobilienkredite	
2004	Hypo Real Estate	Lone Star Funds	3.600	Immobilienkredite	Real Estate
2004	HypoReal Estate	Citigroup/MSREF	394	Immobilienkredite	M&A
2004	HypoReal Estate	Citigroup/MSREF	394	Immobilienkredite	("Olympic")
2004	ING BHF	JP Morgan Chase	270	Unternehmenskredite	
2004	ING BHF	Goldmann	175	k.A.	
2004	Landesbanken	verschiedene	k.A.	k.A.	
2004	LB Sachsen	verschiedene	k.A.	k.A.	
2004	Sparkasse Görlitz	Lone Star & JP Morgan	100	Unternehmenskredite/	
2004	Undisclosed	Lone Star Funds	250	Immobilienkredite	
2005	Aareal Bank	Lone Star Funds	690	Immobilienkredite	("Poseidon")
2005	Aareal Bank	Shinsei	388	kommerzielle Darlehen	("Athene")
2005	Aareal Bank	Shinsei	345	Verbraucherkredite	("Minerva")
2005	BayernLB	Cerberus	400	Unternehmenskredite/	
2005	Commerzbank	Goldmann Sachs	350	Immobilienkredite	
2005	Delmora Bank	Goldmann Sachs	2.300	Unternehmenskredite/	
2005	DresdnerBank	Lone Star Funds/Merrill Lynch (granted bid exclusivity)	1.400	Immobilienkredite	
2005	DZ Bank	JP Morgan	600	Immobilienkredite	
2005	HypoVereinsbank	Goldmann Sachs	1.800	Immobilienkredite	Real Estate
2005	Münchner Hypothekenbank	Lehmann	150	Immobilienkredite	M&A
2005	NordLB/WestLB	Transferred to JVfor restructuring	400	k.A.	("Herakles")
2005	Wüstenrot Hypothekenbank	Citigroup	120	Immobilienkredite	Real Estate
2006	Aareal Bank	Shinsei	1.300	gemischt	M&A
2006	Berlin Hyp	Deutsche Bank	450		("Artemis")
2006	Citibank/EuroHypo	SC/ Lehmann	350		
2006	DG Hyp	Brothers	350		
2006	EuroHypo	Deutsche Bank	424	k.A.	
2006	EuroHypo	Citigroup/ GMAC	1.400	k.A.	
2006	EuroHypo	n.a.	200		
2006	HypoVereinsbank	Goldmann Sachs	2.200	Immobilienkredite	Real Estate
2006	HypoVereinsbank	Goldmann Sachs	960	Immobilienkredite	M&A
2006	Unicredit	ABN Amro/ GE	1.800	k.A.	("Aphrodite")
2007	Aareal Bank	Merrill Lynch	205	gemischt	Real Estate
					M&A
					("Poseidon")
					("ARGO")

Tabelle 2: Einzelne öffentlich bekannt gewordene Portfoliotransaktionen¹⁸.

¹⁸ Quellen: Diehm/ Knab, Das Geschäft mit Non Performing Loans, Vortrag gehalten an der Schmalenbachgesellschaft am 21.10.2005; Thomson Financial (2005); Deutsche Bank Research, "Notleidende Kredite"- eine etablierte Assetklasse (2007); Roth (Aareal Bank), „NPL Transaktionen aus Sicht des Verkäufers“, Vortrag gehalten an der Akademie Heidelberg am 23.05.2007 in Frankfurt/ Main.

Transaktionen von unter 200 Mio. EURO waren hingegen in dieser Zeit selten. Hauptverkäufer waren insbesondere Institute wie die Hypo Real Estate, HypoVereinsbank, DG Hyp, Dresdner und die Aareal-Bank; Haupterwerber waren Private Equity Fonds wie LoneStar, und Investmentbanken wie Goldman Sachs, die Deutsche Bank oder die Shinsei Bank. Entgegen den anfänglichen Prognosen, die ein rasches Abflauen der Transaktionen vorhersagten, wurden auch 2005 und 2006 noch große Kreditportfolien im Volumen von teilweise über 2 Mrd. EURO in Bieterverfahren gehandelt. Hinzu kamen gerade in diesem und im letzten Jahr aber auch viele kleinere Portfolienverkäufe unter anderem von den Sparkassen, die teilweise nicht öffentlich geworden sind und die auf Verhandlungsbasis zwischen Käufer und Verkäufer abgewickelt wurden.¹⁹

2.2.4 Welche Kredite werden gehandelt?

Gehandelt werden im NPL-Bereich sowohl gewerbliche als auch Verbraucherkredite. Insbesondere private Baufinanzierungskredite standen bisher im Focus. Auf Grund der gut verwertbaren Sicherheiten wird bei diesen Forderungen im Falle von Leistungstörungen von einer hohen und gut prognostizierbaren Verwertungsquote ausgegangen. Zusammen mit der in Deutschland nur schwachen Fluktuation der Immobilienpreise und der hohen Transparenz des Immobilienmarktes ist damit ein Preis für ein Portfolio verhältnismäßig einfach zu bestimmen. Aber auch der Handel mit Konsumentenratenkrediten wird in der Branche diskutiert.²⁰

Als Gründe für den Verkauf von nicht gekündigten und z.T. nicht kündbaren Krediten wird auch die strategische Umpositi-

¹⁹ Quelle: Roth (Aareal Bank), „NPL Transaktionen aus Sicht des Verkäufers“, Vortrag gehalten an der Akademie Heidelberg am 23.05.2007 in Frankfurt/ Main.

²⁰ Fux (Creditreform Portfoliomanagement), „Verkauf von Problemkrediten im Privatkundenbereich- eine neue Assetklasse?“, Vortrag gehalten auf der 1. Deutsche Distressed Assets Konferenz in Frankfurt/ Main am 31.05.2006.

onierung einzelner Verkäufer genannt, die sich von einzelnen Geschäftsfeldern trennen oder diese reduzieren wollen. Ein Beispiel hierfür ist die Hypo Real Estate Bank AG, die den Anteil an privaten Realkrediten ab Dezember 2005 innerhalb zweier Jahre durch Verkäufe an die Investoren LoneStar, JP Morgan und die Citigroup von 19% am Gesamtportfolio auf 5% reduzierte. Ein weiterer Grund ist, dass sich nach Aussagen der Branche durch die Beimischung von ungekündigten Krediten bessere Preise für die Portfolien erzielen lassen. In den Portfolien befinden sich bisher zwar überwiegend die als Non Performing klassifizierten Kredite, aber nicht ausschließlich. So bestand etwa das Aareal Kreditportfolio „Artemis“ aus ungekündigten und nach eigener Aussage „nicht kündbaren“ Krediten an gewerbliche und private Kreditnehmer²¹.

²¹ Roth, a.a.O.

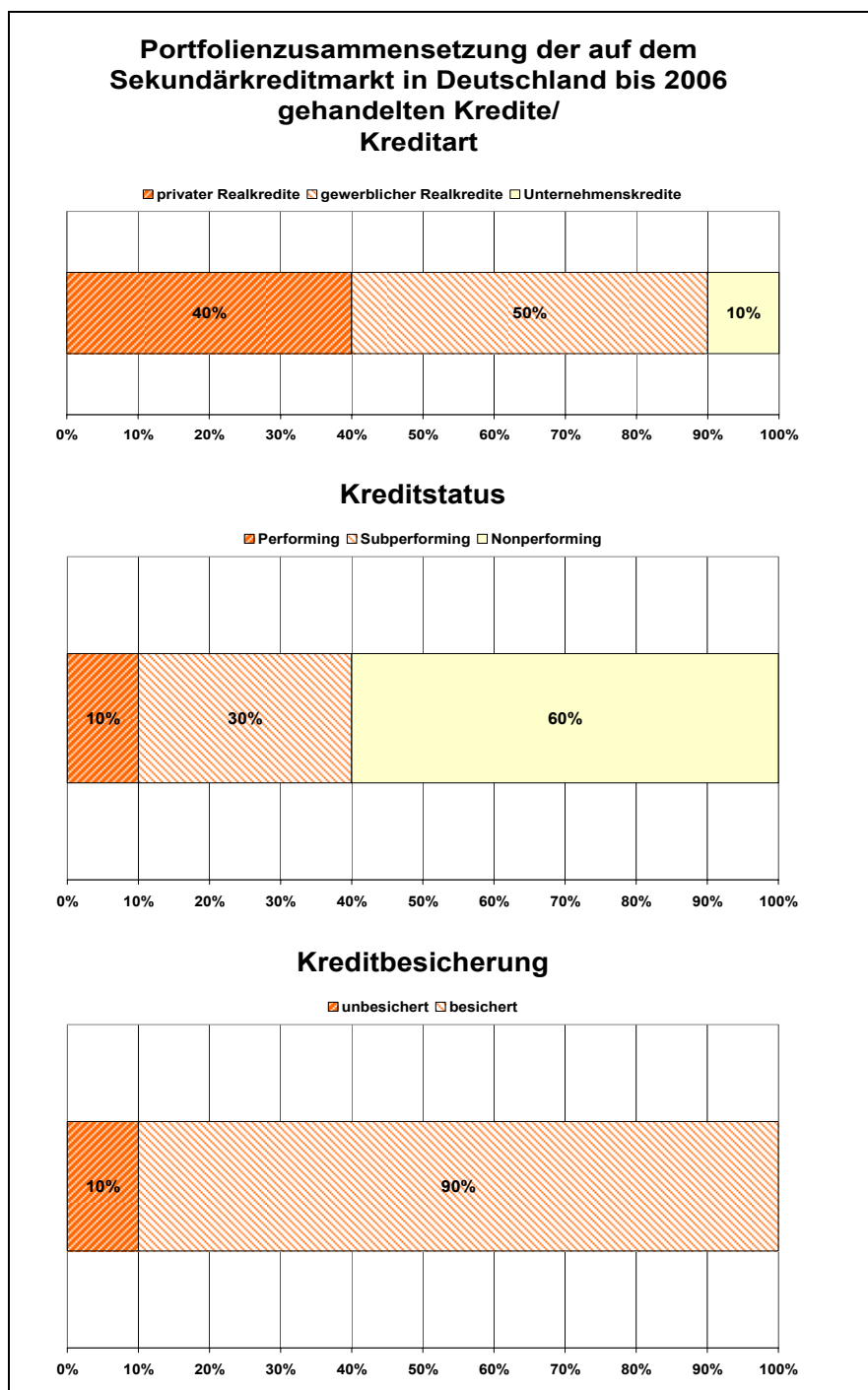


Abbildung 5: Portfolienzusammensetzung der auf dem deutschen Sekundärkreditmarkt gehandelten Kredite bis 2006.²²

2.2.5 Volumen des Sekundärkreditmarkts

Bis Anfang 2007 wurden 39 Transaktionen bekannt, die einen

²² Quelle: Ernst & Young, Global Nonperforming Loan Report 2006.

Gesamtnominalwert von 32 Mrd. EURO hatten. Schätzungen zu Folge sollen in diesem Zeitraum Kredite im Wert von bis zu 40 Mrd. EURO verkauft worden sein.²³ Die im Jahr 2005 im gesamten deutschsprachigen Raum (Deutschland, Schweiz und Österreich) gehandelten Portfolien belaufen sich Schätzungen zufolge auf ca. 29 Mrd. EURO. Hiervon sollen auf Immobiliarkredite ca. 16 Mrd. EURO entfallen.²⁴ Bekannt geworden sind auch immer wieder einzelne Transaktionen, bei denen die Portfolien zum Teil auch nicht gekündigte Darlehen enthielten.

Zum Handel mit nicht gekündigten und nicht kündbaren Krediten gibt es momentan - soweit ersichtlich - lediglich eine Schätzung von *Ernst & Young*. Danach betrug der Anteil der nicht kündbaren Kredite am Gesamtvolumen der auf dem Sekundärkreditmarkt gehandelten Kredite bis zum Jahr 2006 jedenfalls 10%, was je nach Datenbasis einer Größenordnung von mindestens 3 Mrd. EURO entsprechen würde. Hiervon könnten nach einer vorsichtigen Schätzung etwa 1,2 Mrd. EURO auf unkündbare Verbraucherdarlehen entfallen. Nimmt man die sog. Subperforming Loans hinzu, ergäbe sich ein Volumen von ca. 5 Mrd. EURO ungekündigter Kredite an Private (überwiegend private Hypothekendarlehen), die bislang gehandelt wurden. Die Richtigkeit dieser Annahmen werden durch Aussagen von beteiligten Firmen gestützt, so dass man davon ausgehen darf, dass seit dem Jahr 2003 zumindest 25.000 ungekündigte Verbraucherkredite (fast ausschließlich Baufinanzierungen) gehandelt worden.²⁵

2.3 Verkaufsprozesse und Vermarktung

Beim Verkauf ist zwischen der Vermarktung und den Übertra-

²³ *Buttenschön* (Hoist Kreditverwaltung AG), Vortrag gehalten auf der 1. Deutsche Distressed Assets Konferenz in Frankfurt/ Main am 31.05.2006.

²⁴ *Roland Berger Strategy Consultants*, Distressed Debt in Germany, Austria and Switzerland – The Banks' Perspective, Trend Study Results, November 2005.

²⁵ Unter Berücksichtigung der Zahlen aus Abbildung 5.

gungsprozessen der Forderungen zu unterscheiden.

2.3.1 Vermarktung

Beim Darlehensverkauf erfolgt die Vermarktung entweder einzelner Forderungen, die eine entsprechende Größe aufweisen, in der Regel werden aber komplette Portfolien zum Verkauf angeboten. Bei der Form des Verkaufs wählen die Kreditinstitute entweder den Direktverkauf, bei dem der Verkäufer in direkte und exklusive Verhandlungen mit dem Käufer tritt oder den Verkauf über eine Verkaufsplattform. Bei letzterem wird dann noch zwischen einem so genannten ad hoc Verkauf, bei dem die verkaufende Bank eine eigene Verkaufsplattform benutzt und einem Verkauf über eine auf Transaktionen dieser Art spezialisierte Verkaufsplattform unterschieden.²⁶ Diese Variante ist in Deutschland aber gerade erst im Entstehen. Wie aus der Transaktionsübersicht²⁷ deutlich wird, sind viele Banken strategische Beziehungen zu einzelnen Käufern eingegangen. Hintergrund ist, dass sich die Banken unter anderem Diskretion hinsichtlich der Transaktion erhoffen. Die Verhandlungen finden hier nur zwischen zwei Partnern statt. Bei der Veräußerung über eine Plattform kommt es zu einem Bieterverfahren, bei dem mehrere Kaufinteressenten beteiligt sind. Diese Form der Vermarktung hatte unter anderem die Dresd-

²⁶ Ausführlicher zu den Vor- und Nachteilen der einzelnen Vermarktungswege *West*, *Der Deutsche NPL Markt- von außen betrachtet*, Immobilien und Finanzierung 2007, 16.

²⁷ Oben Tabelle 2, S. 21.

ner Bank (IRU) gewählt.²⁸

2.3.2 Übertragungsprozesse

Von den Banken in Deutschland werden unterschiedliche Strategien der Darlehens- bzw. Forderungsübertragung gewählt. Die Übertragung erfolgt entweder durch Abtretung der Darlehensforderungen und ggf. einvernehmliche Vertragsübernahme („einfache Forderungsübertragung, straight asset deal“²⁹) oder durch Übertragung nach dem Umwandlungsgesetz im Wege der Ausgliederung. Einen Sonderfall, der bisher in Deutschland noch keine große Rolle spielt, stellt die Verbriefung über RMBS oder ABS dar. Alle diese Strategien ermöglichen die Verlagerung der Kreditausfallrisiken auf den Investor und führen zu einer vollständigen Bilanzbereinigung beim Verkäufer.³⁰

Einen gelegentlich genutzten Sonderfall stellen Unterbeteiligungen dar, bei denen der Erwerber an den auf die Anteile eines Gesellschafters an einer Handelsgesellschaft entfallenden Gewinnen bzw. Verlusten beteiligt wird. Dies führt aber nicht zu einer bilanziellen Behandlung als ‚True Sale‘ beim Veräußerer. Zudem trägt der Unterbeteiligte das Verlustrisiko der

²⁸ *Freshfields Bruckhaus Deringer* schreibt dazu auf ihrer Internetseite (<http://freshfields.com/news/dynamic/Pressrelease.asp?newsitem=579>, entnommen am 15.08.2007): „Frankfurt am Main - Die Institutional Restructuring Unit (IRU) der Dresdner Bank hat ein Portfolio deutscher Kredite in Höhe von 1,2 Mrd. Euro an die US-Investmentgesellschaft Lone Star veräußert. Das Portfolio setzt sich aus rd. 1.300 Kreditforderungen gegenüber 300 Kreditnehmern zusammen. Es handelt sich überwiegend um Firmenkundenkredite; rund 40 % sind gewerbliche Immobilienkredite. Zwei Drittel des Portfolios sind notleidende Kredite; die restlichen Darlehen sind problembehaftet. An der Endrunde des Bieterprozesses hatten drei interessierte Investoren teilgenommen. Über den Kaufpreis haben die Beteiligten Stillschweigen vereinbart. Freshfields Bruckhaus Deringer hat die Dresdner Bank beraten. ‚Die Besonderheit lag darin, dass die IRU den Prozess von vornherein so gestaltet hatte, dass es am Bietungstermin vollständig verhandelte Verträge mit allen drei Bietern gab‘, so Andreas Bartsch, federführender Partner in dieser Transaktion, ‚das Gebot war als echtes Kaufangebot ohne Nachverhandlung der rechtlichen Bestimmungen ausgestaltet: ein echtes Novum bei komplexen geschlossenen Auktionen dieser Art.‘ (...).“

²⁹ *Siems*, „Non Performing Loans- die Schnäppchenjagd geht weiter“, Bankenpartner 2005, S. 30.

³⁰ *Schröder/ Schuppener*, Der Verkauf von Non Performing Loans. Workoutalternative für Kreditinstitute, KSI 2006, 134ff.

Verkäuferin, so dass die Unterbeteiligung in der Regel nur in Mischformen mit den oben genannten Strategien genutzt wird.

In den Jahren 2003 und 2004 wurde verstärkt die „einfache Forderungsübertragung“ von den Beteiligten angewendet, und zwar bei gekündigten wie bei nicht gekündigten Darlehen. Die Übertragung von Darlehensforderungen erfolgte „in der Regel“³¹ nur bei gekündigten Darlehensverträgen ohne die Mitwirkung der Darlehensnehmer. Bei ungekündigten Darlehensverträgen holten die Veräußerer bei der „einfachen Forderungsübertragung“ teilweise die schriftliche Zustimmung der Darlehensnehmer zum Vertragsübergang ein. Vielfach wurden aber laufende Darlehensverträge ohne die Zustimmung der Darlehensnehmer auf Dritte übertragen.³² Zudem haben sich Investoren ohne Banklizenz ungekündigte Verträge im Wege der „einfachen Forderungsübertragung“ übertragen lassen. Wohl wegen der rechtlichen Risiken wurde seit 2005 verstärkt die Form der Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz genutzt. Zudem bemühten sich vor allem die Opportunity Funds um Banklizenzen. So übernahm Goldman Sachs die Delmora Bank, Lone Star die Nord LB Tochter Mitteleuropäische Handelsbank (MHB) und Cerberus kaufte die Handelskreditbank.

Als Vorteil für die „einfache Forderungsübertragung“ wird von der Branche der im Vergleich zum Unterbeteiligungsmodell geringe Aufwand und die einfache Struktur von den Beratern der Transaktionen angeführt. Als nachteilig werden die rechtlichen Grenzen dieser Übertragungsform, insbesondere im Hinblick auf ungekündigte Verträge, das Bankgeheimnis und der Datenschutz genannt. Demgegenüber wird die Vorgehensweise der Ausgliederung wegen der damit verbundenen Dokumentationspflichten und einzuberufenden Gesellschafter-

³¹ *Schröder/ Schuppener, a.a.O.*

³² Vor allem vor dem Hintergrund, dass in Deutschland von 2003 an auch mit ungekündigten Darlehensverträgen gehandelt wurde.

versammlung als aufwendig empfunden. Die Branche geht hier davon aus, dass rechtliche Hindernisse bei Darlehensübergängen jeder Art wegen der Gesamtrechtsfolge nicht bestehen, wenn der Erwerber eine Banklizenz besitzt.³³

2.4 Die Marktteilnehmer

Marktteilnehmer des Sekundärkreditmarkts sind auf der Verkäuferseite zumeist Banken als Kreditgeber, auf der Käuferseite Investoren und dazwischen Intermediäre, die bei entsprechenden Transaktionen beratend tätig werden und den Portfolienhandel vorbereiten und begleiten wie etwa Investmentbanken. Für die Käufer werden gegenüber dem Kreditnehmer wiederum sog. „Servicer“ tätig (zu deren Rolle vgl. Kapitel 2.4.3), die etwa den Einzug der Forderungen organisieren, aber auch noch weiteren Aufgaben nachgehen. Oftmals gehen Käufer und Servicer längerfristige und ausschließliche Kooperation ein.

³³ *Glos* (Freshfields, Bruckhaus, Deringer), „Rechtliche Aspekte von NPL Transaktionen“, Präsentation gehalten an der Akademie Heidelberg am 23.05.2007.

Käufer	zugehörige Servicer
BaLaBa	FMP
Cargill	HmcS/firstCiti
Cerberus Capital	LNR
Citigroup	Servicing Advisors
Credit Suisse	
Deutsche Bank	
DKB	FMP
Dresdner Bank/ IRU	Hoist
FMP	FMP
GMAC	Servicing Advisors
Goldman Sachs	Archon Group
JP Morgan	Whiteshire Debt Solution
Lehmann Brothers	Immofori
Lone Star	Hudson Advisors
Merril Lynch	
Morgan Stanley	LNR
Shinsey Bank	

Abbildung 6: Auf dem deutschen Markt aktive Käufer und ihre Servicer (Auswahl).³⁴

2.4.1 Käufer

Derzeit ist von ca. 60 aktiven Investoren auszugehen, die Transaktionen in Deutschland durchführen. Die Branche erwartet für dieses Jahr eine Erhöhung auf bis zu 150 Akteure. Ferner wird angenommen, dass ca. 2000 international tätige Investoren den deutschen Markt derzeit auf seine Geeignetheit für Engagements prüfen. Von den 60 o.a. Investoren entfallen ca. 15 auf große Unternehmen wie amerikanische Opportunity (Private Equity) Funds wie Lone Star, Cerberus, Oak Tree, Fortress u.a. sowie auf überwiegend amerikanische Investmentbanken, darunter Merrill Lynch, JP Morgan, Goldman Sachs, Morgan Stanley, Lehman Brothers, Citigroup, GE, Shinsei Bank. Diese Investoren suchen verstärkt nach großen Portfolien mit Volumina im Milliardenbereich.

Daneben haben seit einigen Monaten etwa 50 kleinere Unternehmen als Kaufinteressenten den Markt betreten, die typischerweise kleinere Portfolien im ein bis zweistelligen Millio-

³⁴ Quelle: Griess (Ernst & Young), Ablauf einer NPL Transaktion aus der Sicht eines Transaktionsberaters, Vortrag gehalten an der Akademie Heidelberg am 23.05.2007 in Frankfurt/ Main.

nenbereich suchen und oftmals ausschließlich Interesse an eng definierten Segmenten, wie Wohnimmobilienkrediten in Ostdeutschland haben.³⁵ Der Grund dafür, dass hauptsächlich amerikanische Großinvestoren am deutschen Markt aktiv sind, ist zum einen, dass die US-amerikanischen Investoren und Marktteilnehmer seit der genannten Savings- und Loan-Krise die längste Erfahrung mit dem Handel von Kreditportfolien besitzen. Auf dem amerikanischen Sekundärkreditmarkt sind mehrere Tausend Investoren aktiv.³⁶ Weitere Erfahrungen konnten die amerikanischen Investoren in den 1990er Jahren in Asien und in Frankreich sammeln.³⁷ Zum anderen verfügen die amerikanischen Investmentfonds bzw. Investmentbanken über ausreichendes eigenes Kapital, um Portfolien in Milliardengröße zu erwerben, bzw. haben einen großen Kreis von Kunden für eventuelle Weiterverkäufe von Teilportfolien. Diese Kunden investieren auch in von Investmentbanken aufgelegte Spezialfonds wie Structured Investment Vehicles und Asset-Backed Commercial Paper Conduits, die ebenfalls zu einem Teil mit NPL-Portfolios unterlegt werden.

Neben den amerikanischen Instituten gibt es nur wenige deutsche Käufer, wie die Deutsche Bank, die inzwischen der Liga internationaler Investmentbanken zuzurechnen ist – mit gleichgelagerten Motiven, oder deutsche Private Equity Investoren wie Creditreform Portfolio Management GmbH³⁸.

Das Hauptinteresse der Käufer liegt im Gewinn, der sich aus dem Kauf und der Abwicklung der Kredite ergibt.³⁹ Insbesondere versprechen sich die Käufer aufgrund ihrer Spezialisie-

³⁵ West, Der Deutsche NPL Markt von außen betrachtet, Immobilien und Finanzierung 2007, S. 16f.

³⁶ West, a.a.O.

³⁷ Hellauer, Notleidende Immobilienkredite in Deutschland, Zeitschrift für immobilienwirtschaftliche Forschung und Praxis, 2004, S. 1.

³⁸ Eine Tochter der Creditreform, die im November 2004 gegründet wurde und die einen Fonds im dreistelligen Millionenbereich verwaltet, der von amerikanischen Opportunity Fonds ausgestattet wurde.

³⁹ von Köller, Vortrag auf der Bankakademie/ HfB Business School of Finance and Management gehalten am 24.05.2005.

rung eine weitaus höhere Chance auf Realisierung der Forderungen, als dies mit den herkömmlichen Mitteln der Bankpraxis erzielbar ist. Dazu wird eine enge Arbeitsteilung mit den spezialisierten NPL-Servicern eingerichtet (s.u.).

Die Renditeerwartungen bei Private Equity Investoren und Investmentbanken liegen in der Regel am oberen Ende des privaten Finanzsektors:

- Für Opportunity Fonds werden regelmäßig Renditeziele von 20 bis 30% ausgerufen.
- Allerdings müssen die Käufer für derart hohe Renditen hohe Volumina von Fremdkapital zu marktüblichen Zinsen aufnehmen. Damit steigt auch das Risiko, denn die Fremdfinanzierungen sind in der Regel kurzfristig und steigende Zinsen, wie seit 2005 beobachtbar, können die Rendite in kurzer Zeit drastisch verringern oder Verluste herbeiführen.
- Verursacht die Verwertung nebst allen notwendigen Betriebs- und Verwaltungsausgaben erhebliche Kosten und z.T. Risiken.

Zusammengenommen stehen die Käufer damit von Anfang an unter einem ganz erheblichen Renditedruck. Derart hohe Gewinne aus bereits bestehenden Darlehen lassen sich nur dadurch erreichen, dass die gekauften Kreditportfolien möglichst günstig gekauft und dann schnell und preiswert „abgearbeitet“ werden. Dabei bestimmt das Zinsniveau der Fremdfinanzierung oft die Wahl zwischen rascher Verwertung oder – länger andauernder - Restrukturierung.

Die bisher erzielten Kaufpreise variieren je nach verkauftem Portfolio. Kaufpreise werden nicht öffentlich, Schätzungen gehen hier von einer Bandbreite zwischen 45 und 70% des Nominalwerts des Kreditvolumens aus.⁴⁰ Für die Verwertung

⁴⁰ Ernst & Young, Global Non Performing Loan Report 2006, S. 9.

wird je nach Portfolio ein Zeitraum von drei bis fünf Jahren veranschlagt.⁴¹ Die Käufer hoffen, auf Grund ihrer Spezialisierung, Größe und Diversifizierung auf eine möglichst ertragreiche Abwicklung der aufgekauften Forderungen.

2.4.2 Verkäufer

Verkäufer von Kreditportfolien waren in Deutschland zunächst Banken in Sondersituationen, wie die insolvente Gonthard und Metallbank, die Hypo Real Estate nach Abspaltung von der HVB, die Delmora Bank⁴² oder die IRU⁴³ der Dresdner. Hinzu kamen dann private Banken in Normalsituationen wie die ING BHF oder die Eurohypo. Nach wie vor sind es ganz überwiegend private Banken und Hypothekenbanken, die aktiv mit Kreditportfolien handeln. Zu nennen sind unter anderen die HVB, DG Hyp oder die Aareal Bank. Öffentliche Banken und die Sparkassen waren anfangs zurückhaltender, im Markt als Verkäufer von Darlehensforderungen aufzutreten. Hervorgetreten sind zunächst die Bayern LB oder die Sparkasse Görlitz. Als Grund für die Zurückhaltung werden die starke regionale Bindung dieser Institute, die enge Kundenbeziehung und damit verbunden die Angst vor einem Reputationsverlust bei Verkauf von Krediten genannt. Um Reputationsrisiken zu umgehen versuchen sie zum Teil, ihre eigenen Abwicklungsplattformen zu errichten, sei es im Wege einer „Bad“ Bank⁴⁴, sei es im Wege durch Joint Ventures oder durch Ausgliederung aus der bisherigen Bankstruktur. Aber auch hier ist aber eine Tendenz

⁴¹ von Köller a.a.O.

⁴² Die *Delmora Bank* arbeitete als Bad Bank für den Bundesverband Deutscher Banken die Hinterlassenschaften der Schmidt Bank und der Privatbank Delbrück ab. *Goldman Sachs* übernahm 2003 diese Problemkredite mit einem Nennwert von mehr als zwei Milliarden Euro und die 200 Mitarbeiter der Bank.

⁴³ *Institutional Restructuring Unit*, einer 2002 gegründeten Unternehmenseinheit der Dresdner Bank, die den Abbau nicht strategischer Geschäftsfelder betreut hat.

⁴⁴ Eine „Bad Bank“ ist ein Kreditinstitut, das überwiegend Kreditbestände in seinen Büchern hat, deren Rückzahlung unwahrscheinlich ist. Sie dient häufig zur Entlastung des bestehenden Geschäftsbankensystems, indem gezielt Portfolien solcher Kredite übernommen werden. Ein Beispiel hierfür ist die 1987 gegründete Bankaktiengesellschaft Hamm für den Genossenschaftlichen Bankensektor.

hin zu verstärkter Verkaufsbereitschaft festzustellen. Es ist zu vermuten, dass zumindest Sparkassen in Ostdeutschland, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen noch diesen Herbst damit beginnen werden, kleinere Kreditportfolien an die Servicinggesellschaft Kreditmanagement GmbH zu verkaufen.⁴⁵ Einzelne Transaktionen hat es aber, zumeist unbemerkt von der Öffentlichkeit, auch in der Vergangenheit gegeben.

Ziel der Verkäufer ist häufig der Ausschluss von weiteren Kreditrisiken („true sale“), um durch diese gebundenes Eigenkapital für andere Aktivitäten freizusetzen. Dabei sind wirtschaftliches, bankaufsichtsrechtliches und von den Ratingagenturen gefordertes Eigenkapital zu unterscheiden. Wirtschaftliches Eigenkapital spielt immer dann eine Rolle, wenn die Banken die Risiken ihrer Aktiva in der Vergangenheit falsch eingeschätzt haben oder wenn sich durch äußere Umstände eine Verschlechterung der Risikolage ergibt und die Risikoprognose der Banken bei der Vergabe diese Umstände nicht berücksichtigte. Insbesondere bei der Umstellung auf ein externes, unabhängiges Rating können solche Risikofehleinschätzungen zu Tage treten und eine Bank unter Handlungsdruck setzen. Bei den öffentlich-rechtlichen Banken und Sparkassen ist im Zusammenhang mit den Risiken der Wegfall der Gewährträgerhaftung⁴⁶ zu berücksichtigen, der ab Juli 2005 zu einer Erhöhung der Refinanzierungskosten, und damit zu einer erhöhten Bedeutung einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung führte. Dies machte eine Neubewertung der Kreditrisiken notwendig. Bezweckt ist auch die mit dem Risikotransfer unmittelbar einhergehende Bilanzbereinigung. So steigt unter Basel II das zu hinterlegende Eigenkapital im Standardansatz von 100% (von 8%) für nicht-notleidende Kredite auf 625%

⁴⁵ *Financial Times Deutschland* vom 08.06.2007.

⁴⁶ Als Gewährträgerhaftung wird die Haftung des Trägers eines als Anstalt des öffentlichen Rechts betriebenen Kreditinstituts gegenüber den Gläubigern des Kreditinstituts bezeichnet (so etwa bei Sparkassenkunden gegen die Kommunen). Die Gewährträgerhaftung ist für Neuverträge mit Wirkung zum 18.06.2005 entfallen.

für Not leidende Kredite, d.h. versechsfacht sich. Damit sind Nichtbanken wie Private Equity Fonds gegenüber Banken im wirtschaftlichen Vorteil, wenn sich herausstellt, dass die tatsächliche wirtschaftliche Belastung nach Verwertung unter diesem Wert liegt.

Vergleichbare Effekte lassen sich durch NPL-Verkäufe auf die Steigerung des Bankenratings bzw. – bei gemeinsamer Einlagensicherung – des Bankenverbundratings erzielen. Dies senkt wiederum die Refinanzierungskosten und ermöglicht höhere Erträge. Zudem können Banken in Krisensituationen, die vor einer Übernahme oder einem Börsengang stehen, durch den Verkauf Not leidender Forderungen eine bessere Bewertung des Unternehmens erreichen. Ein Beispiel hierfür ist der Börsengang der Hypo Real Estate.

Ein wichtiger operationaler Vorteil der Banken in einem so dicht besetzten Markt wie Deutschland liegt in der Verkleinerung des vorzuhaltenden Kreditbearbeitungsapparates. Bei Not leidenden Forderungen steigen die sog. Servicing-Kosten i.d.R. sprunghaft an; durch die Übertragung der Forderungen können Personal und finanzielle Ressourcen eingespart werden und an anderer Stelle des Unternehmens profitabler eingesetzt werden. Hiervon sind insbesondere kleinere Banken und Sparkassen betroffen.

Schließlich soll die Veräußerung bestimmter Kredite im Hinblick auf eine angestrebte Risikodiversifikation durch Risikostreuung (Auflösung so genannter Klumpenrisiken) sinnvoll sein. Tatsächlich zweckmäßig ist ein Verkauf der Risiken aber immer nur dann, wenn der Ertragsgewinn durch den Verkauf zusammen mit den gestiegenen Ertragserwartungen für das Neugeschäft den Ertragsverlust der Kreditportfolien aufwiegt.⁴⁷

⁴⁷ *Schröder/ Schuppener*, Der Verkauf von Non Performing Loans. Workoutalternative für Kreditinstitute, KSI 2006, 134ff.

Mit dem frei werdenden Eigenkapital erschließen sich der Bank Möglichkeiten, in risikoärmere, ggf. profitable Neuengagements zu investieren oder überhaupt weitere Kredite zu vergeben und damit ihre Rentabilität zu steigern.

Neben diesen eher risikobezogenen Gründen für einen Kreditverkauf kann aber auch die Veränderung der Unternehmensstrategie dazu führen, dass sich eine Bank von bestimmten Krediten trennen will, weil sie das Geschäft in eine andere Richtung ausrichten möchte. Bei der Dresdner Bank war es eine strategische Entscheidung, sich von einzelnen Geschäftsfeldern zu trennen und die gesamte Bank zu restrukturieren, um sie profitabler zu machen. Damit wurde im Jahr 2002 begonnen. Insgesamt wurden von der Dresdner Bank binnen dreier Jahre „Risiken“ im Gesamtnennwert von 35 Mrd. EURO veräußert. Dazu gehörten sowohl Not leidende, Subperforming und Performing Assets. In den Portfolien enthalten waren Unternehmenskredite und Baufinanzierungen.⁴⁸

Zuletzt werden als strategischer Grund für einen Kreditverkauf auch die „Signalwirkung am Markt“ und der positive Einfluss auf den Aktienkurs des Unternehmens durch Fokussierung auf das Kerngeschäft genannt.⁴⁹

2.4.3 Servicer

2.4.3.1 Definition

Der Begriff Servicing kommt aus dem US-amerikanischen und beinhaltet die Bearbeitung von und das Inkasso bei Kreditportfolios über den gesamten Kreditlebenszyklus hinweg. Ereignisse im Portfolio werden durch zeitnahe Berichterstattung an die Investoren kommuniziert; mit diesen wird auch die Strategie zur Vermeidung bzw. Abwicklung von Kreditausfällen festge-

⁴⁸ *Buttenschön* (HOIST Kreditverwaltung AG) in einer Rede auf der 1. Deutsche Distressed Assets Konferenz am 31.05.2006 in Frankfurt/ Main.

⁴⁹ *Frühmorgen* (Bayrische HypoVereinsbank AG) auf einer Rede der 1. Deutsche Distressed Asset Konferenz am 31.05.2006 in Frankfurt/ Main.

legt.

Die bearbeitende Institution, der Servicer, steht in ständigem Kontakt mit Verbrauchern und Investoren und ist damit das wichtigste Bindeglied zwischen beiden Vertragsparteien. Bei Verbriefungen treten eine Reihe von weiteren Definitionen auf:

- Master-Servicer: übersieht bzw. bedient/berichtet Portfolien verschiedener Investoren.
- Sub-Servicer: betreibt z.B. Inkasso für einen Master Servicer.
- Back-up Servicer: wird in der Regel von Ratingagenturen als Ersatz für den Konkursfall des Servicers gefordert.
- Special Servicer: für Spezialaufgaben, wie Bearbeitung leistungsgestörter Kredite.

2.4.3.2 Zentrale Rolle von Servicern im Disintermediationsmodell

Investoren und Verkäufer von Kreditportfolien traten in der Vergangenheit in Deutschland als Akteure im klassischen Bankenmodell auf, z.B. im Falle von Übernahmen oder Portfolioverkäufen von Bank A zu Bank B. In diesen Fällen verblieb die Kreditbearbeitung bei den Banken. Diese Struktur hat sich parallel zur NPL-Verkaufswelle seit Beginn des Jahrzehnts, und z.T. von ihr befördert, grundlegend gewandelt. Mit dem Großteil der Investoren kamen auch Elemente des dort vorherrschenden Disintermediationsmodells aus den USA nach Deutschland, vor allem die auf die Kreditbearbeitung von NPL spezialisierte Servicer, wie Hudson Advisors oder Crowne. Abbildung 7 unten verdeutlicht die neuen Strukturen. Im Disintermediationsmodell wird die Wertschöpfungskette der Verbraucherkreditfinanzierung zwischen verschiedenen Spezialisten aufgespalten.

Banken betreiben darin oft lediglich Kreditoriginierung gegen

Gebühren, eine Rolle, die auch Finanzvertriebe und andere Institutionen spielen können. Die derart erzeugten Kredite werden entweder direkt oder indirekt über Investmentbanken und andere sog. ‚Packager‘ an Investoren verkauft. Zunehmend spielen auch Markt-Plattformen eine Vermittlerrolle zwischen Originatoren und Investoren.⁵⁰ Die Investoren können wiederum Banken sein, vor allem Direktbanken und andere Institute ohne großes Filialnetz, aber auch Versicherungen, Pensionsfonds und andere langfristige Investoren.⁵¹

Die Servicer spielen im Disintermediationsmodell eine zentrale Rolle, denn der Großteil der Investoren will weder Filialnetz noch Backoffice-Verwaltungskapazitäten für die Kreditbearbeitung und Kundenkommunikation vorhalten. Selbst im klassischen Bankmodell kommt es unter hohem Kostendruck inzwischen vielfach zu einer Bündelung dieser Funktionen in zentralen Einheiten (z.B. Kreditwerk im genossenschaftlichen Bereich).

Das Servicing umfasst grob folgende Aufgaben:

- Gegenüber dem Kunden allgemeiner Kundendienst (Call Center), das Inkasso, die Abwicklung von vorfälligen Rückzahlungen oder Teilrückzahlungen, im Falle von drohenden Kreditausfällen Hilfestellung z.B. bei Umschuldungen aus Konsumentenkrediten oder vorfälligen Rückzahlungen, bei eingetretenem Kreditausfall Ansprechpartner bzw. Investorenbevollmächtigter im Vollstreckungs- bzw. Umstrukturierungsprozess.
- Gegenüber Zweckgesellschaften wie Conduits bzw. Investoren: Berichterstattung über Zusammensetzung und Performance von Kreditportfolios (vorfällige Rückzahlungen, Kreditausfälle), Substitution von Krediten in

⁵⁰ So vermittelt die vom Berliner Unternehmen Hypoport betriebene Plattform Europace inzwischen rd. 10% der in Deutschland originierten Hypothekarkredite.

⁵¹ Eine besondere Rolle spielen sog. ‚Conduits‘, die v.a. Banken die ausserbilanzielle Investition in Kredite ermöglicht.

diesen Portfolios und Management Vollstreckungs- bzw. Umstrukturierungsprozesses nach Maßgabe der Emissionsbedingungen bzw. Investorenvorgaben.

Mit der Zweckgesellschaft bzw. dem Investor wird in der Regel ein sog. Servicing-Vertrag abgeschlossen, dessen genaue Beschreibung i.d.R. Teil des Emissionsprospektes der Verbriefung ist (entfällt bei Direktinvestitionen). Der Servicer tritt demgegenüber in der Regel nicht als Vertragspartner des Kunden auf, sondern nur als Bevollmächtigter des bzw. der Investoren (lt. Bedingungen des Servicing-Vertrages). In Einzelfällen kann er auch Forderungsinhaber durch eine (weitere) Zession werden.

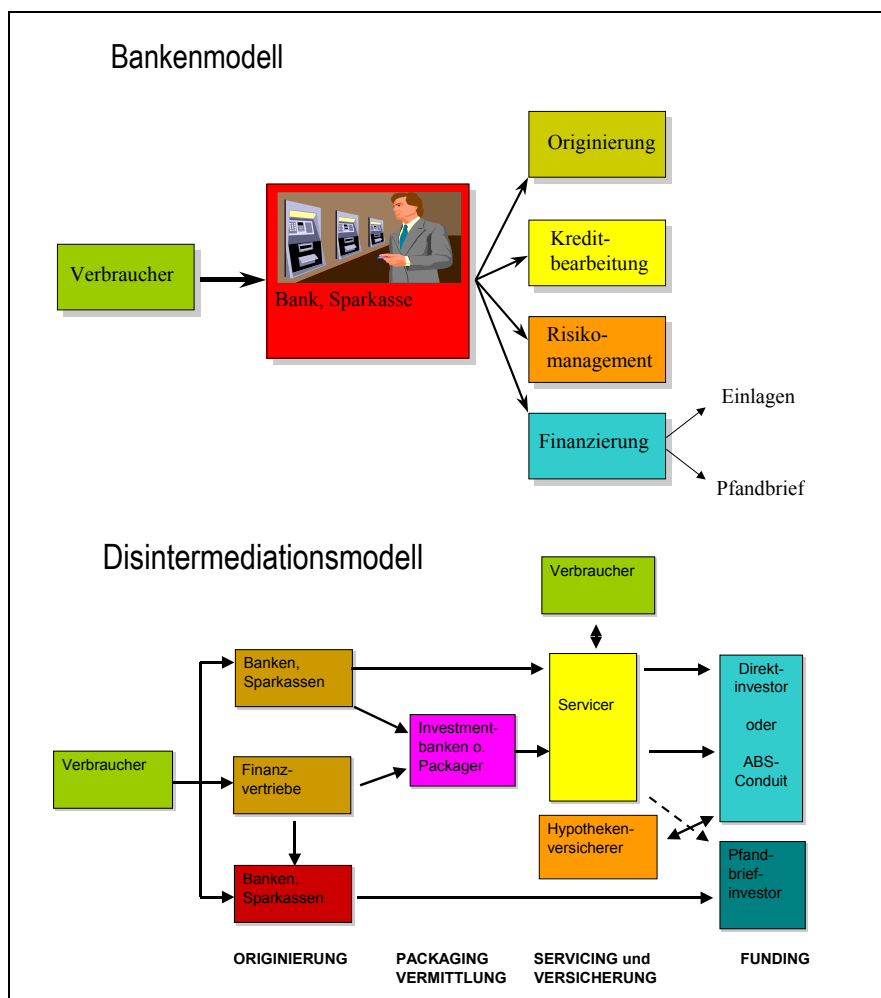


Abbildung 7: Grundstrukturen des Banken- und des Disintermediationsmodells⁵²

Da Zweckgesellschaften bei Verbriefungen in der Regel über kein Management verfügen, das steuernd eingreifen könnte, kommt dem Servicer auch eine zentrale Bedeutung in der Risikokontrolle zu. Aus diesem Grunde fordern Ratingagenturen inzwischen in der Regel Ratings für Servicer, um überhaupt ein Rating von RMBS-Transaktionen vergeben zu können. Eine weitere inzwischen fast universelle Bedingung ist die Benennung eines Back-up-Servicers, der im Konkursfall des Servicers die Kreditbearbeitung übernimmt.

Bei mittelgroßen bis großen Servicern wird in den USA inzwi-

⁵² Quelle: Finpolconsult, Cardiff Consulting Services.

schen oft auch umfangreiche Unterstützung des Investors bei Kreditanbahnung („Origination“) und Kreditabschluss („Closing“) angeboten, wie Kommunikation mit Brokern und Kreditnehmern. Hinzu kommen die Bereitstellung von Immobilienbewertungen (in den USA i.d.R. durch statistische Modelle automatisiert) und Zusammenarbeit mit Scoringanbietern.

Sehr große Servicer, wie etwa Countrywide Financial, sind in den USA zudem auch als Packager bzw. Arrangierer von Verbriefungen über Conduits, Funktionen die sonst Investmentbanken oder spezialisierte Finanzierungsgesellschaften ausüben. Dabei übernehmen sie oft auch Bankenrisiken, wie die Vorfinanzierung der Kredite (sog. „warehousing“) bis zum Verkauf der Portfolios an Investoren. In dieser Zeitspanne sind sie auch vorübergehender Eigentümer der Kreditportfolios, bei Problemen mit der Finanzierung wie derzeit in den USA auftretend ggf. über einen längeren Zeitraum hinweg.

Servicer erhalten in der Regel für ihre Leistungen eine konstante monatliche Gebühr („servicing fee“ oder „servicing strip“), die sie bei der Durchleitung der Zahlungen der Kunden an den Investor einbehalten. Diese Gebühr hat sich in den USA durch intensiven Wettbewerb und technologischen Fortschritt im Prime-Bereich auf rd. 10-20 Basispunkte eingespielt, im Subprime-Bereich sind es 50 Basispunkte. Insbesondere bei steigenden Kreditausfällen führt diese Preisstruktur zu Problemen, die sich auch im Verhalten gegenüber dem Verbraucher auswirkt (s. Kapitel zu Effizienzaspekten).

2.4.3.3 Besonderheiten der in Deutschland anzutreffenden Geschäftsmodelle

In Deutschland zeichnen sich bisher zwei Geschäftsmodelle im Servicing-Sektor ab:

- die im Zuge des NPL-Marktes entstandenen bzw. von außen in den Markt eingetretenen spezialisierten Servi-

cer, wie Hudson Advisors, Opus, Crowne oder Hypotheken-Management, und

- zentralisierte Servicing-Einheiten der Verbände von Genossenschaften und Sparkassen, wie BAG Hamm, Kreditwerk (Genossenschaften) und SGK (Sparkassen).

Die hier besonders interessierenden NPL-Servicer betreiben dabei aufgrund der Vorgaben der Investoren faktisch eine Mischung von Performing, Subperforming und Non-Performing Servicing (Definitionen vgl. oben), d.h. letztlich werden alle o.a. Funktionen amerikanischer Servicer auch hier in einer Einheit zusammengefasst. Dies ist im spezialisierten US-Servicermarkt unüblich.

Die Geschäftsmodelle unterscheiden sich auch in anderen Aspekten z.T. erheblich von den USA:

- Während in den USA durch den Verbriefungsmarkt Master-Servicer-Strukturen (für mehrere Investoren) dominieren, sind im deutschen, noch weitgehend durch Direktinvestitionen gekennzeichneten Markt Servicer in der Regel an einen Investor oder eine kleine Investorengruppe gebunden – z.B. Hudson Advisors an den Investor Lone Star, und Opus an die Investoren Eurohypo, Citibank und GMAC.
- Die enge Investorenbindung mit der damit verbundenen Fragmentierung des Marktes hat wirtschaftliche Konsequenzen für die verwendeten Prozesse, und die davon betroffenen Verbraucher:
 - Das Preismodell ist stärker auf Kostenerstattung unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns für den Servicer, anstatt auf die faktische Gewinn/Verlustbeteiligung des Servicers ausgerichtet, die sich in den USA über große Fallzahlen in der Regel rechnet. Damit entfällt ein wichtiger Effizienzanreiz für die Servicer und die Investoren üben im Gegenzug für ihre hohe Risikoprämiierung direkte Kontrolle auf das Ge-

schäftsmodell der Servicer aus.

- Einen kompetitiven Markt für Servicing-Gebühren gibt es ebenfalls nicht, wohl aber aufgrund der inzwischen erreichten Volumina einen kompetitiven Arbeitsmarkt um knappe Servicing-Spezialisten zwischen den Servicern mit entsprechendem Kostendruck.

Als Konsequenz der Fragmentierung ist in Teilbereichen in Deutschland ein Qualitätsabfall gegenüber den Vorbildern in den USA festzustellen.

- Z.B. sind im Bearbeitungsprozess in Deutschland oft Notlösungen zu beobachten, wie etwa der Einsatz nicht-spezialisierter Call Center zur Kontaktaufnahme mit Verbrauchern, oder die Unterauftragsvergabe an oft ebenfalls kaum spezialisierte Rechtsanwaltssozietäten.
- Im Gegensatz dazu durchlaufen die NPL- Abteilungen von US Servicern sowie deren Call Center-Einheiten in der Regel umfassende rechtliche und psychologische Schulungen und ihre Mitarbeiter sind i.d.R. besser bezahlt als performing Abteilungen. Derartige Investitionen in Ausbildung und Infrastruktur werden sich für kleine, und oft auf temporäre Portfolioabwicklung ausgelegte deutsche NPL-Servicer nicht lohnen.

Mit der engen Investorenbindung werden in der Regel auch die Anreize für eigenständige Verlustminimierungsstrategien der Servicer verringert (s.u.). Vergleichbar ist diese in den USA nur mit der direkten Steuerung der Servicer durch Fannie Mae und Freddie Mac-Steuerung. Die Konsequenzen sind nicht vollkommen klar.

- Als Nachteil zu sehen ist die in Deutschland nach den geführten Interviews offenbar verbreitete Strategie, auf die Kostendeckung bei jedem Einzelengagement anstelle des Gesamtportfolios abzielen. Dies reduziert die Flexibilität gegenüber Einzelfällen.

- Ein Vorteil der engen Investorenbindung im deutschen NPL-Servicing liegt freilich in einer rascheren Entscheidungsfindung, die z.B. ein Umschwenken in der Verlustminimierungsstrategie von Zwangsvollstreckung auf Restrukturierung je nach Marktlage, z.T. auch im Einzelfall, begünstigen kann. Hier sind Servicer im in den USA dominierenden Master Servicer Modell von Verbriefungen oft im Nachteil, denn Investorenabstimmung und Prospektbedingungen stellen oft hohe Hürden bei der Strategiebestimmung dar.

Ungewöhnlich ist auch, dass deutsche NPL-Servicer bereits im Vorfeld von Käufen beratend für Investoren tätig sind. Z.B. nutzt Hudson Advisors für die Portfoliobewertung eine spezielle Computersoftware. Anhand der Daten ermittelt Hudson Advisors: Wie viel Miete bringt eine Immobilie in der Frankfurter Innenstadt im Schnitt? Wie wahrscheinlich ist es, dass in eine Plattenbausiedlung in Cottbus wieder jemand einzieht? Abbildung 1 zeigt als Beispiel die Selbstdefinition des Servicers Opus.

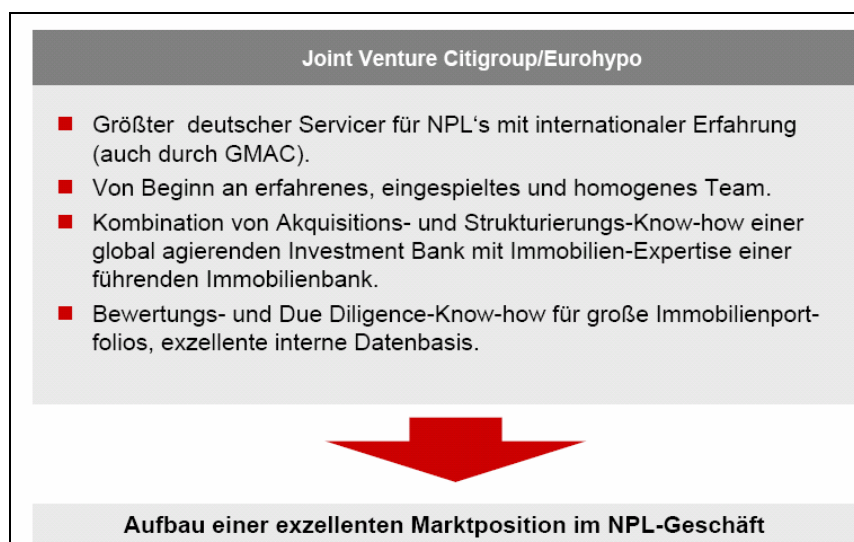


Abbildung 8: *Aufbau einer exzellenten Marktposition im NPL-Geschäft*⁵³

⁵³ Quelle: Eurohypo AG.

Im Gegensatz zu den stark ‚opportunistischen‘ Geschäftsmodellen der in Deutschland aktiven NPL-Servicer stehen die Kreditfabrik-Modelle der Sparkassen und Genossenschaftsbanken, die analog zu großen US-Servicern auf hohes Volumen und Standardisierung der Prozesse ausgelegt sind.

Für den Bereich der öffentlichen Banken und der Sparkassen wurde etwa 2005 als Joint Venture die Servicegesellschaft Kreditmanagement GmbH (SGK) durch die Norddeutsche Landesbank AG (NordLB), WestLB, Shinsei Bank und dem amerikanischen Investor JC Flowers gegründet. Sie stellt das erste Unternehmen im öffentlich-rechtlichen Banksektor in Deutschland dar, das Not leidende Kredite verwaltet.

Auch hier handelt es sich um ein Direktinvestorenmodell, sodass aus Prozessoptimierungssicht die Vorteile von Kostenminimierung durch hohe Skalen und Entscheidungsflexibilität des Investors kombiniert werden. Die Entwicklung dieser Einheiten wird allerdings noch durch das Selbstverständnis vieler Banken und Sparkassen als Vollfunktionsanbieter unter dem klassischen Bankenmodell verlangsamt. So könnte etwa die SGK für geraume Zeit auf den NPL-Bereich spezialisiert bleiben.

2.4.3.4 Trends: NPL-Markt stark zyklisch

Der deutsche NPL-Markt wurde bisher verkäuferseitig von zwei Faktoren getrieben, von Downgrades der Ratingagenturen im Zuge der vergangenen Hochzinsphase (zuletzt 2000/2001) mit hoher Ergebnisbelastung, insbesondere des Haltens von NPL-Krediten auf den Bilanzen, und von der Repositionierung derselben Banken mit insgesamt zu hohen Engagements in Deutschland und gleichzeitig zu hoher Kostenbasis. Durch letzteres Motiv entstand ein atypischer Markt, mit hohen Anteilen von Performing und Subperforming-Krediten.

Der Ausblick deutet auf geringere NPL-Verbriefungsvolumina in der nahen Zukunft hin. Insbesondere das Sonderproblem der Kapitalanlage westdeutscher Investoren mit geringer Kapitalbasis in Ostdeutschland⁵⁴, das zu hohen Ausfällen führte, sowie die Schrottimmobilienfälle, laufen jedoch mit den derzeitigen NPL-Deals aus. Eine Wiederholung ist angesichts des Auslaufens der ursächlichen steuerlichen Fehlanreize unwahrscheinlich.

Auch sind die Bücher der großen Privatbanken 2007 weitgehend bereinigt. Dramatische Situationen, wie diejenige der HVB, die als langjährig positionierter Spezialist 2003 die Hypothekarkreditvergabe aufgrund mangelnden Eigenkapitals nach notwendigen Abschreibungen einstellen musste, sind vorerst nicht abzusehen.

Die Tendenz geht inzwischen auch zu kleineren Portfolien mit weniger Investoren, um die Reputationsrisiken für die Verkäufer zu minimieren („Verkauf an Heuschrecken“). Nachdem die erste Welle der Großaufkäufe von Darlehenspaketen fast abgeschlossen zu sein scheint, haben nach Einschätzung der Deutschen Bank⁵⁵ viele kleinere Institute diese Art der Bilanzbereinigung für sich entdeckt, und streben an den Markt. Es ist dabei ein schwer abschätzbares Potential bei Genossenschaften und Sparkassen zu vermuten, die z.T. erhebliche NPL-Bestände besitzen sollen. Von den Volumenschätzung von Anfang der Dekade von rd. 300 Mrd. € potentiell NPL-Markt in Deutschland sind derzeit etwa 15% abgearbeitet.

Zwar steigt mit neuen Anbietern am Hypothekarkreditmarkt, darunter US-Finanzierungsgesellschaften wie GMAC (in Deutschland als Bank firmierend), Hochrisiko-Finanzierern wie Topimmo (Deutsche) und Hanseatic Bank (Societe Generale)

⁵⁴ Ostdeutsche Kreditnehmer zur Selbstnutzung von Immobilien haben nach einer KfW-Analyse aus 2005 mit Kreditausfalldaten des PROVIDE-Programms inzwischen mit dem Westen vergleichbare Kreditrisiken.

⁵⁵ *Deutsche Bank Research*, "Notleidende Kredite"- eine etablierte Assetklasse (2007)

auch die Neigung zu risikoreicher Kreditvergabe, was zusammen mit dem Entstehen eines deutschen Subprime-Marktes höhere Kreditausfälle in Zukunft nach sich ziehen könnte. Zunehmend sind auch Ausfälle durch Betrug, etwa im inzwischen auf rd. 30% des Hypothekarkreditmarktes angewachsenen Bereich der Originierung durch Nichtbanken, wie Broker. Allerdings steht der deutsche Immobilienfinanzierungsmarkt an einem günstigen Zeitpunkt des Immobilienpreiszyklus vor einem erwarteten Aufschwung, sodass vorerst Kreditausfälle begrenzt und damit Verkäufe mit ihren hohen Fixkosten nicht notwendig sein sollten.

Performing-Verbriefungsmarkt wächst nur langsam

Performing-Verbriefungen sind in Deutschland bisher, trotz abgeschlossener steuerlicher und rechtlicher Vorbereitungen im Rahmen der True-Sale Initiative selten. Dazu trägt bei, dass Banken unter Zustimmung der Finanzaufsicht nach wie vor ohne Eigenkapitalzuschlag langfristige Festzinskredite mit zinsgünstigen kurzfristigen Einlagen refinanzieren können. Somit sind in den vergangenen Jahren stark gewachsene Anbieter wie Postbank und ING-Diba – die Marktführer der Jahre 2004 und 2005 im Hypothekarkredit – nicht zu Verbriefungen, oder der Verwendung von Pfandbrieffinanzierungen, gezwungen. Die 2007 flache Zinsstrukturkurve wird hier wohl nur vorübergehend für Verbriefungsdruck sorgen.

Auch sind deutsche Banken inzwischen in der Regel überkapitalisiert, ein Umstand, der mit der Anwendung des Internal Ratings Based Approaches unter Basel II in einigen Fällen noch verschärft wird, sodass kein Kapitalentlastungseffekt durch Verbriefungen entsteht. Zu erwarten sind Verbriefungen vor allem in den o.a. risikoreicheren Marktsegmenten, so Kredite mit hohen Beleihungsausläufen und an Kreditnehmer niedriger Bonität. Bei diesen Krediten wird auch unter Basel II ausreichend Anreiz für den Risikotransfer gegeben. Der Verkauf von

Portfolien v.a. zwischen Banken ohne Verbriefung, wird dagegen voraussichtlich zunehmen. Hier spielt der zunehmende Marktzutritt ausländischer Banken mit Deutschland als strategischem Zielgebiet (wie etwa der niederländischen NIBC oder des französischen Credit Foncier im Hypothekarkredit) eine Rolle, der ohne ausreichendes Volumen nicht wirtschaftlich darstellbar ist.

Auf der Käuferseite von Verbriefungen ist trotz US-Krise weiter zunehmendes Interesse zu erwarten.

Zu den Megatrends des Finanzsektors des laufenden und kommenden Jahrzehnts gehört die Schaffung großer internationaler Kapitalpools zur Diversifizierung von Risiken nationaler Finanzsysteme. So kann etwa bei nicht synchron verlaufenden Immobilienzyklen selbst ein isoliert betrachtet extrem risikoreiches Engagement in Hochrisiko-Verbriefungstranchen (unterhalb der Ratingnote ‚BBB‘) durch Kauf derartiger Tranchen in mehreren Ländern gehedget werden. Dies ist im Prinzip das Geschäftsmodell vieler professioneller Anleger im internationalen Immobilienfinanzierungsmarkt, wie Hedge Fonds (insb. Credit Fonds), Hypothekenversicherer und auch einiger Private Equity Fonds wie Opportunity Fonds (Beispiel Lone Star). Ohne Diversifizierung von Hochrisikoinvestoren wären etwa Verbriefungen mit tiefen Strukturierungen in risikoarme (d.h. für Versicherungen und Pensionsfonds attraktive) und risikoreiche Tranchen nicht möglich. Denn unter Basel II könnte etwa eine verbriefende Bank, die keinen Käufer für eine Hochrisikotranche findet, diese nur unter hohen Eigenkapitalkosten in der eigenen Bilanz halten. Auch der Bereich des Marktes, in dem Investoren direkt in risikoreichere Kreditportfolien wie NPL investieren, wäre gestört.

Das zentrale Argument der Diversifizierung wird auch durch die sich entwickelnde US-Hypothekarkreditmarktkrise nicht grundsätzlich beschädigt, wohl aber wird die Rolle von Ratin-

gagenturen abnehmen und z.T. durch Regulierungen ersetzt. Zudem werden die zugrunde liegenden Zinsniveaus höherer Risiken deutlich ansteigen. Jedoch wird selbst eine verschärfte Regulierung der Entwicklung keine Steine in den Weg legen: Die Regulierung der sehr heterogenen Investoren in Hochrisikotranchen ist denkbar zersplittert und schwer zu koordinieren. So werden etwa Hedge Fonds und Private Equity Fonds in ihrem Risikoverhalten gar nicht, die in der Regel in den USA ansässigen Hypothekenversicherer in ihren internationalen Engagements nur schwach, reguliert. Zudem gibt es, wie die US-Krise zeigt, viele stark regulierte Investoren, die mit Umgehungsvehikeln wie Asset-Backed Commercial Paper Conduits in hohe Risiken investierten. Diese Vehikel werden sich lediglich in ihrem Charakter verändern.

Auf der Private Equity-Seite wird neben den ‚usual suspects‘ der o.a. Opportunity Fonds im NPL-Bereich ein hohes Käuferpotential in kleineren Fonds und Fonds, die bisher Deutschland lediglich aus der Ferne analysieren, vermutet. Im Zeitverlauf werden sich auch dadurch spezialisiertere Nachfragestrukturen ergeben. Da der Umfang von Informationen und Preisbildungs-Expertise über NPL-Portfolios im Steigen begriffen sind, sind auch Kreditplattformen denkbar, die NPL-Portfolios in standardisierter Form handeln (etwa wie DebtX, oder Europace).

In den USA wurde diese Entwicklung bereits vorweggenommen. Aus der Savings-and-Loan-Krise Anfang der neunziger Jahre des vorigen Jahrhunderts hat sich der NPL-Markt heute in ein hochspezialisiertes Marktsegment entwickelt. Obwohl weniger als 200 Fonds den Markt beherrschen, entwickelten sich tausende Spezialfonds, die ausschließlich nach besonderen Anlageobjekten suchen (zum Beispiel nur leerstehende Einzelhandelsimmobilien oder Golfplätze). Auch entwickelt sich in Deutschland inzwischen ein Sekundärmarkt für Weiterverkauf von Portfolien. Dies ermöglicht Exit-Strategien für Investoren, die im Direktinvestitionsmodell an Finanzierungsgrenzen

stoßen.

Die Strukturelle Verschiebung vom Banken- zum Disintermediationsmodell wird die Rechtsdebatte entscheidender beeinflussen als Verbriefungen.

Die aktuelle Debatte zum NPL-Markt bzw. zu Verbriefungen und den dahinter stehenden, oft ausländischen Investoren, kann nicht verbergen, dass der eigentliche großvolumige Kredittransfermarkt an anderer Stelle entsteht. Es handelt sich hierbei um den Verkauf von Servicingrechten, ohne dass das Eigentum an den Krediten oder Sicherheiten den Besitzer wechselt. Im Disintermediationsmodell spielt, wie oben dargestellt, der Servicer die zentrale Rolle bei Kreditbearbeitung und NPL-Abwicklung. Dem Servicer wird vom Investor das Recht an der Kreditbearbeitung verkauft, womit das klassische Bankmodell in (mindestens) zwei Teile aufgespalten wird – Investor und Servicer. Dieses Modell wird, selbst falls vollkommen ohne Verbriefungen und nur auf Einzelinvestorenbasis implementiert, aus Kosten- und Wettbewerbsgründen in Deutschland ebenso Einzug halten, wie seit etwa anderthalb Jahrzehnten in den USA.

So haben der deutsche Genossenschaftssektor und die Sparkassen trotz der anfänglichen Beschränkungen auf den NPL-Bereich wohl Grundsatzentscheidungen über die Zentralisierung des Servicing gefällt. Die Privatbanken bzw. Private Equity Fonds haben mit den von ihnen eingesetzten NPL-Servicern einen ersten Schritt zu einem privaten Servicingangebot getan. Damit ist der erste Schritt zu einem organisierten Markt für Servicing-Rechte, wie er in den USA praktiziert wird, bereits geschehen.

Ein solcher Markt kann, insbesondere wenn er zu einer ausreichenden Professionalisierung und Automatisierung der Prozesse durch große Einheiten führt, zu einem erheblichen Effi-

zierungsgewinn für den Verbraucherkreditmarkt führen, mit dem Ergebnis sinkender Kreditzinsen. So führt etwa der grösste US-Servicer Countrywide Financial Servicing zu etwa 5-7 Basispunkten Kosten durch, während sich die Kostenschätzungen für den deutschen Hypothekarkreditmarkt im Bereich von 20-30 Basispunkten bewegen.

Für die Effizienz spielt die Frage, ob Servicing-Rechte tatsächlich verkauft, oder nur innerhalb der Gruppe zentral zugeordnet werden, letztlich kaum eine Rolle. Im ersteren Fall ist mit einem etwas größeren Effizienzgewinn, im letzteren ggf. mit stärkerem Einfluss der Investoren auf die Kostenstruktur, und damit das Servicerverhalten, zu rechnen. Letztlich sind beide Modelle vom gegenwärtigen Stand der Kreditbearbeitung im deutschen Markt durch einzelne Banken, was Kosten und Professionalität angeht, weit entfernt.

Wichtig erscheint auch ein Ausblick auf übermorgen: Durch den extrem technologiegetriebenen Servicingmarkt dürfte ein Konzentrationsprozess in Gang kommen, der das deutsche Finanzsystem grundsätzlich verändert. So ist nach Erfahrungen aus den USA, wo heute die Top-5 der Servicer 65% des Hypothekarkreditmarktes bearbeiten, in Deutschland in 5-10 Jahren mit nur 3-5 dominierenden Servicern zu rechnen. Dieser Prozess wird in den USA inzwischen z.T. durch die Verbraucher getrieben, die ihre Kreditentscheidung oft an der Qualität des Servicers, und nicht der Identität des Investors, ausrichten. Insoweit unterscheidet sich der deutsche Markt deutlich.

Durch die Konzentration im Servicingmarkt wiederum entstehen letztlich den Banken neue Wettbewerber, denn nur die Servicer verfügen über die notwendigen Datenmengen und Erfahrungen, um Kreditrisiken ausreichend zutreffend zu beurteilen. Viele Banken werden sich vollständig neu ausrichten, etwa als reine Originatoren gegen Gebühren (sog. Point of

Sales, wie es bereits die meisten deutschen Genossenschaftsbanken sind und viele Sparkassen werden), oder als Investmentbanken, die Verbriefungen und damit verbundene Kapitalmarktdienstleistungen anbieten.

2.4.3.5 Effizienzaspekte des Disintermediationsmodells bei Kreditausfällen unter Berücksichtigung der US-Erfahrungen

Die gegenwärtige Marktkrise am US-amerikanischen Hypothekarkreditmarkt gibt besonderen Anlass zu einigen Effizienzüberlegungen, die auch für die deutsche Marktsituation direkt relevant sind.

2.4.3.5.1 Komplexe Interaktion von Servicern und Investoren zur Entscheidungsfindung bei Kreditausfällen notwendig

Inbesondere bei Verbriefungen mit einer Vielzahl von Investoren, oft darunter solchen mit wenig Markteinblick oder strategischem Interesse an einer dauerhaften Marktpräsenz, führt das Verbriefungsmodell zu einer starken Verkomplizierung der Entscheidungsfindung mit Bezug auf die anzuwendende Strategie bei Kreditausfällen.

- Ein Einzelinvestor kann so etwa autonom über Kreditausfallstrategien entscheiden. Beispiele aus den USA sind Kredite, die über das Disintermediationsmodell auf die Bilanz von Fannie Mae und Freddie Mac, aber auch von privaten Großbanken gelangt sind. Alle derartigen Einzelinvestoren oberhalb einer gewissen Größe haben Foreclosure Avoidance-Programme aufgelegt, die den Servicern Anreize für Restrukturierungen geben sollen. Hintergrund ist die Erfahrung aus zahlreichen Krisen, dass Zwangsversteigerungen in großem Umfang zu einer erheblichen Marktbelastung führen, und damit oft zu höheren Verlusten.
- Bei Residential Mortgage Backed Securities (RMBS) oder darauf basierenden Derivaten wie Collateralized

Debt Obligations (CDO), in die z.B. der Löwenanteil der besonders ausfallgefährdeten Subprime-Kredite verkauft wurde, muss nach SEC-Regeln die qualifizierte (2/3) Mehrheit der Investoren über einen Restrukturierungsvorschlag des Servicers entscheiden. Es sei denn, dem Servicer wurde vorab, vertraglich und im Prospekt den Investoren mitgeteilt, zur Abwehr eines Kreditausfalls freie Hand gelassen. Dies scheint in etwa 40% der Subprime-Verbriefungen der Fall zu sein, genaue Angaben gibt es nicht.⁵⁶ Zu derartigen Mehrheitsentscheidungen von MBS-Investoren hat es in der Vergangenheit Fälle gegeben, v.a. im Commercial-Real Estate Bereich. Allerdings sind sie rechtlichen Risiken ausgesetzt, wie etwa der Anfechtung unterlegener Investoren. Selbst eine im September 2007 erlassene Interagency-Guidance des Federal Reserve Systems und der Bankenregulierer konnte nur an die Servicer appellieren, die Spielräume der Servicingverträge zu Restrukturierungen zu evaluieren und ggf. auszunutzen – eine rechtliche Handhabe der Aufseher dazu gibt es jedoch nicht.

Ein weiterer komplexer Punkt sind die Standards bzgl. Rückkäufen und Haftung durch den Servicer bzw. Originator.

- Bei sog. early payment defaults – Ausfällen nur kurz nach Kreditoriginierung - innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen gibt es in der Regel Rückkaufverpflichtungen der Originatoren bzw. in vielen Fällen auch der Servicer (warranty). Die Ausübung dieser Rechte hat in der gegenwärtigen Subprime-Marktkrise zu Konkursen von Originatoren, oft dünn kapitalisierten Finanzierungsgesellschaften, geführt. Bei Krediten, die solchen Originatoren zurückgeführt werden, kann es zu mehrfa-

⁵⁶ Vgl. die vielfachen Diskussionen der Bedingungen einzelner Servicer-Verträgen und Emissionsprospekten auf <http://calculatedrisk.blogspot.com/> .

chen Servicer-Wechseln kommen; die Wahrscheinlichkeit ist hoch, dass sie als NPL Portfolio bei Opportunity Funds (etwa Lone Star) enden.

- Haftung (recourse) für Originierungsfehler (fehlerhafte Kreditunterlagen usw.) kommt dagegen äußerst selten, und vor allem im Commercial-Bereich (Mehrfamilienhäuser), vor. Auch hier wird ein mehrfacher Servicer-Wechsel wahrscheinlich sein.

Auch, wenn Restrukturierungsmaßnahmen keine Zustimmungspflicht der Investoren entgegensteht, ist es ein großes Problem, dass das US-amerikanische MBS-Konzept u.a. aus steuerlichen Gründen kein aktives Management des Emissionsvehikels vorsieht. Ein Austausch von Krediten bzw. eine Änderung der Kreditkonditionen außerhalb der Standard-Rückkaufverpflichtungen wird steuerlich als aktives Management, ähnlich einem Bankgeschäft, interpretiert. Damit fallen u.a. Körperschaftssteuern an. Auch hier appelliert die o.a. Interagency Guidance derzeit indirekt und ohne letztliche Klarstellung an die US-Finanzämter, Restrukturierungen keine Steine in den Weg zu legen. Derartige Belastungen sind u.U. auch bei deutschen Verbriefungen möglich.

Weitere komplexe Problemstellungen treten bei Kombinationen von Nachrang- und Erstrangkrediten auf, wie sie auch in Deutschland üblich sind (Bausparen, erstrangiger Hypothekarkredit). In diesem Fall divergieren die Interessen der jeweiligen Investoren zwischen Bevorzugung der Zwangsversteigerung (Erstrang, da ausreichende Deckung durch den erwarteten Versteigerungserlös) und Bevorzugung von Restrukturierung (Nachrang, da keine ausreichende Deckung). Die Sorge über zu rasche Zwangsversteigerungen hat in den USA dazu geführt, dass Investoren in Nachrangkredite, z.B. Hedge Fonds und große Investmentbanken, Servicer ihrer Kreditportfolios gekauft haben, um die Strategie bestimmen zu können.

2.4.3.5.2 Servicer anfällig für Marktzyklen und z.T. mit schwachen Anreizen zur Vermeidung von Zwangsversteigerungen

Der Servicing-Vertrag sieht wie oben angesprochen nur eine konstante Gebühr, ggf. differenziert nach Art der Unterstützungsleistung für den Investor, vor. Viele mit Kreditausfällen zusammenhängende Belastungen fallen aber dem Servicer zu (vgl. Tabelle 3 unten). Die flache Gebühreneinnahmestruktur führt bei zyklisch ansteigenden Kreditausfällen zu hohen Belastungen der Gewinne bzw. Verlusten von Servicern, je nach Umfang der dann zu erbringenden Leistungen. Die US-Subprime-Marktkrise hat so zu einer großen Anzahl von Konkursen von Servicern geführt (die dann oft von Investoren aufgekauft wurden).

Positive Cashflows		
Servicing fees (50 bp)		
Late fees (up to approx. 10 bp)		
Interest on escrow accounts, where applicable		
Other ancillary income (Non-sufficient funds fees, satisfaction statement fees, ⁷ etc.)		
Negative Cashflows	Reimbursed from the Trust?	Absorbed in Servicing Costs?
Servicer advances for Principal and Interest (P&I), to the amount deemed recoverable	Yes	
Servicer advances for taxes and insurance, to the amount deemed recoverable	Yes	
Interest on advances for P&I		Yes
Interest on advances for taxes and insurance		Yes
Corporate advances (advances for misc amounts that don't fall into the category of principal, interest, taxes or insurance)	Yes, but only if not deemed "non-recoverable"	
Interest on corporate advances		Yes
General Servicing Costs:		Yes
Collection costs		
Foreclosure costs (includes legal costs, costs of preparing property to sell, realtor/auction costs, etc)		
Compensating interest		Yes, but generally capped at the amount of servicing fees

Source: Deutsche Bank

Tabelle 3: Risikostruktur bei Kreditausfall im traditionellen Preismodell amerikanischer Servicer, Subprime-Markt⁵⁷

⁵⁷ Siehe Deutsche Bank, Subprime Servicing Economics, North America ABS Securitization Reports. July 1. New York.

Im Performing-Bereich erhält der Servicer in der Regel einen festen ‚Servicing-Strip‘, d.h. einen Bestandteil der Marge (zwischen 10-20 bp im Prime-Markt, im Subprime-Markt 50bp), die die Kreditbearbeitungskosten, Kundendienst usw. abdecken. Die Servicing-Gebühren werden von großen Investoren bzw. Conduit-Sponsoren im Wettbewerb zwischen den Servicern ermittelt (z.B. Auktion) und sind deshalb selbst in guten Marktphasen oft kaum kostendeckend.

- Die Gebühren werden in der Regel nach Schwierigkeitsgrad der Bearbeitung einer Kreditklasse variiert. Denn Servicer tragen in der Regel die Kosten von Mahnungen und sog. ‚technischen defaults‘ (fehlgeschlagene Scheckeinlösung) selbst, die sich bei bestimmten Kreditklassen und Kundengruppen erhöhen. Bis zu einem definierten Kreditausfallereignis (i.d.R. Verzug über 30 Tage) trägt der Servicer das gesamte Kostenrisiko, darunter auch die Verzugszinsen.
- Eines der wesentlichen Preisrisiken ist zudem das Prepaymentrisiko, denn die Servicing-Gebühr wird über die Marge vom Kunden, und nicht vom Investor, bezahlt. Der Kunde hat in den USA i.d.R. ein Recht vorfälliger Rückzahlung gegen Zahlung eines Margenaufschlags. Servicer müssen aufgrund der Risiken des Wegfalls von Einkommen bei vorfälligen Rückzahlungen bis zu 1/3 der Bilanzsumme als Eigenkapital halten (Anforderungen von Ratingagenturen). Die Hedging-Möglichkeiten der Prepaymentrisiken, etwa bei Investmentbanken oder durch entsprechendes gegenläufiges Originierungsgeschäft (fast jedes Prepayment erzeugt eine neue Originierung, die jedoch auch einen neuen Servicer begünstigen kann), sind begrenzt.

Im NPL-Bereich variieren die vertraglichen Arrangements erheblich.

- Bei US-Verbriefungen des halbstaatlichen Investorensektors trägt der Investor (Fannie Mae/Freddie Mac)

das Verlustrisiko einschließlich aufgelaufener Kosten des Servicers (i.d.R. jedoch ohne oder nur mit geringen Verzugszinsen).

- Dabei geben die Investoren Anreize, um die Strategiewahl des Servicers zu steuern. So zahlen Fannie Mae und Freddie Mac rd. 5000 USD Anreizprämie für jede durch Restrukturierung bzw. vorfällige Rückzahlung vermiedene Zwangsversteigerung.
- Auf operationale Probleme zurückzuführende Ausfälle, wie Fehler beim Inkasso oder sog. technische Ausfälle werden die Kosten jedoch z.T. auf den Servicer zurücktransferiert.
- Bei den meisten NPL-Verbriefungen und in einigen privaten Performing RMBS-Transaktionen werden wie im allgemeinen Performing-Markt Festgebühren bzw. Margen über Kaufpreise der Portfolios für das NPL-Servicing vereinbart, bei denen der Servicer einen Teil des Verlustrisikos trägt.
 - Auch hier gibt es vereinzelt Steuerungsmechanismen, aber i.W. versuchen die Servicer, ihre Verluste über verschiedene Strategien zu minimieren.
 - In seltenen Fällen kommen auch Gewinnbeteiligungen des Servicers vor.

Mit ihrer häufig asymmetrischen Anreizstruktur werden die Servicer im Allgemeinen versuchen, besonders verwaltungskostenträchtige und zeitaufwendige Verfahren zu vermeiden: Dies heißt in der Regel rasche Zwangsversteigerung, es sei denn, es werden die o.a. Anreize zur Vermeidung durch den Investor gegeben. Abbildung 9 zeigt eine schematisierte Darstellung, die der Kostenstruktur aus Tabelle 3 entspricht.

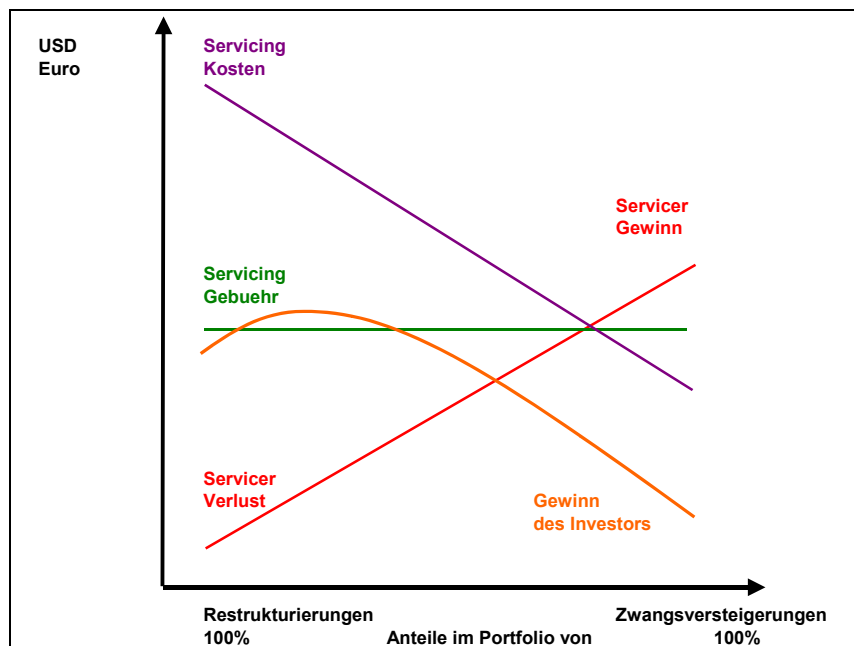


Abbildung 9: Schematisierte Darstellung von Servicer-Gewinn und Verlustsituation und Gewinnsituation der Investoren⁵⁸

Im unmittelbaren Vorfeld der sich abzeichnenden Subprime-Krise kam es im Übrigen zur Vermeidung absehbarer Verluste seit 2005 zunehmend zu restriktiverer Handhabung der Servicing-Verträge durch große Servicer gegenüber Investoren, die einige der o.a. Kostenrisiken auf die Investoren abwälzten. Auch eine Differenzierung der Gebühren nach Kreditstatus ist zunehmend üblich geworden.

Gut geführte Servicer führen außerdem ein Frühwarnsystem. Hochrisikokredite werden über Risikomodelle vorab identifiziert und durch ein stärker personalisiertes und intensiveres Servicing betreut, das Schuldnerberatung auf der Basis umfangreicher Daten über den Kreditnehmer einschließt.

Abbildung 10 zeigt den Prozessablauf von Countrywide Financial, des größten US-Servicers bei einem Kreditausfall.

⁵⁸ Quelle: Finpolconsult.

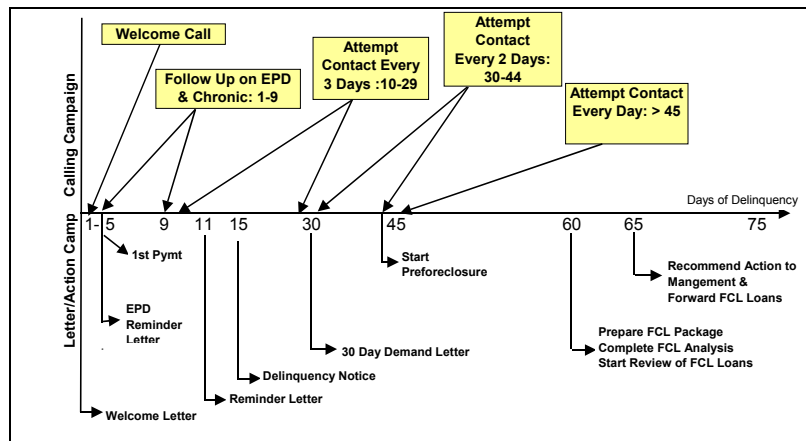


Abbildung 10: Prozessablauf eines großen US-Servicers bei Kreditausfall⁵⁹

2.4.3.5.3 Verlustminimierungsstrategien im Disintermediationsmodell

Der Anteil von Restrukturierungen scheint in Deutschland im NPL-Markt gegenüber Zwangsversteigerungen nur gering zu sein – den Interviews mit NPL-Servicern zufolge etwa 1/3-1/2. Die Abhängigkeit von aktuellen Objektbewertungen ist hoch (je höher desto eher Zwangsversteigerung), sodass in Krisensituationen mit Hauspreisverfall hier ein Anstieg zu erwarten ist.

In den USA sind inzwischen beim Ausfallmanagement lt. Fitch Restrukturierungen aufgrund der hohen Beleihungsausläufe und Preisstagnation stark angestiegen – der Anteil beträgt etwa 2/3. Dieser Wert bezieht sich auf Fälle, in denen den Servicern freie Hand bei der Wahl der Strategie gelassen wurde, sowie in der Regel auf Prime- und Nahe-Prime-Bonitäten. Der Anteil von Restrukturierungen steigt in den USA stark mit der Bonität des Schuldners an (d.h. am niedrigsten im Subprime-Bereich).

Was den Mix der Restrukturierungsstrategien selbst betrifft, lassen sich aus US-amerikanischen Daten einige Schlussfolgerungen für Deutschland ziehen. Tabelle 4 gibt hier eine Über-

⁵⁹ Quelle: Countrywide.

sicht, die Analysen der Ratingagentur Fitch zusammenfasst.

Vorfällige Rückzahlungen spielen bei NPL- und Subperforming-Krediten in Deutschland zwar eine Rolle, werden aber durch die Schwerfälligkeit und Akzeptanzprobleme deutscher Banken erschwert (allg. Vorfälligkeitsentschädigung, kein systematisches Rückzahlungssystem wie in den USA oder Dänemark). Rückzahlungen sind die Nr. 1 – Strategie in den USA zur antizipativen Bekämpfung von Ausfällen, vor allem außerhalb eines Zinshochs. In Krisensituationen, die in der Regel mit Hochzinsphasen und sich ausweitenden Spreads verbunden sind, sind sie jedoch nur begrenzt verwendbar. Insbesondere der Subprime-Markt stößt derzeit auf Liquiditätsbarrieren, die Rückzahlungen behindern.

Tilgungsstreckungen, Mindestzahlungen, Konversion von Gleit- zins auf Festzins und dergleichen Kreditmodifikationen machen wegen der o.a. Probleme zwischen Servicern und RMBS - Investoren nur 5-10% der Fälle aus. Hier wird es im Verlauf der Marktkrise zu einem deutlichen Anstieg kommen. Diese Instrumente werden in Deutschland z.T. intensiver angewendet.

DPOs Discounted Payment Offers (Rückzahlung gegen Abschlag), Short Sales (Verkauf des Hauses unterhalb des Restwertes der Immobilie) und "Cash for Keys" (Anreize gegen Umzug, um leer stehende Immobilie einfacher zu verwerten, falls Immobilie bereits im Portfolio) sind weitere z.T. intensiv genutzte Strategien in den USA. Insbesondere Short sales unter Inkaufnahme von Verlusten – dem freihändigen Verkauf in Deutschland vergleichbar – nehmen stark zu und sind in einigen Portfolien bereits eine dominante Strategie.

Methode	Frequenz	Fragen
Repayment plans	50-75%	Vorfällige Rückzahlung. Nachträgliche Ausfälle (second defaults) kommen vor.
Loan modifications	5-10%	z.B. Tilgungstreckungen, Mindestzahlungen. Mit 35-45% second defaults ebenfalls hoch, oft einzige Option fuer viele Subprime-Kredite, da vorf. Rückzahlung aufgrund regulatorischer Vorgaben ausfällt.
Discounted payoffs	Gering, aber zunehmend	Ablösung des Kredites unter Nennwert.
Short sales	0% bis 35-45%	Freihändiger Verkauf (short: unterhalb der Höhe der Forderung). Anwendung durch Servicer noch sehr variabel.
Cash for keys	Einzelfälle	Umzugshilfen u. dgl, um Verkauf der Immobilie zu erleichtern.

Tabelle 4: Anteile unterschiedlicher Restrukturierungsstrategien beim NPL-Management, nach FitchRatings

Die US-Daten zeigen, dass sich im Disintermediationsmodell trotz seiner o.a. Hemmnisse durchaus positive Abweichungen im Hinblick auf Vermeidung von Zwangsversteigerungen ergeben können, insbesondere wenn es zu einer Vereinfachung vorfälliger Rückzahlungen führt. Auch die Wahl der Anreize für Servicer entscheidet über den Strategiemix.

Es sei abschließend darauf hingewiesen, dass die Zwangsversteigerungsquote – unabhängig von Disintermediations- oder Bankenmodell – in den USA auch deshalb so hoch ist, weil die Erfolgsaussichten von Restrukturierungen oft gering sind und die Anreize für kooperatives Verhalten der Schuldner fehlen. Auch hieraus lassen sich Lehren für Deutschland ziehen. Die Gründe liegen

- in oft extrem risikoreichen Finanzierungen, z.B. oft in

negativem Eigenkapital (viele 100%-Finanzierungen) und in den oft hoch volatilen Einkommen von Kreditnehmern, die die Erfolgsaussichten von Restrukturierungen gering erscheinen lassen – man mag diese und andere Kreditpraktiken als ein unerwünschtes Nebenergebnis des Disintermediationsmodells gegenüber dem stärker regulierten Bankenmodell interpretieren;

- in der in vielen Staaten dem Kreditgeber vorgeschriebenen ‚election of remedies‘, die Vollstreckung in das Privatvermögen ausschließt oder stark begrenzt, sowie den im Vergleich zu Deutschland extrem kurzen Fristen bis zur Entschuldung bei Verbraucherinsolvenz (2 Jahre) und den vergleichsweise geringen wirtschaftlichen Folgen einer Insolvenz – z.B. durch die Existenz von Kreditmärkten für zuvor Insolvente.

Zwangsversteigerungen in den USA dauern in vielen Staaten zwischen 12 und 24 Monaten und sind damit im Gegensatz zur Situation in den 80er und 90er Jahren nicht mehr wesentlich rascher als in Deutschland.

3. Fallbeispiele

Eine repräsentative Umfrage konnte vom iff nicht durchgeführt werden. Daher beschränken sich die hier gemachten Ausführungen auf Fälle, die von den Verbraucherzentralen gemeldet wurden bzw. die über Sekundärquellen zu ermitteln waren. Die Ausführungen haben daher weder Anspruch auf Vollständigkeit noch auf Richtigkeit, soweit nicht direkt aus Schriftstücken zitiert wird, die dem iff vorliegen. Seit der Handel mit Krediten im Jahr 2003 begann, wurden in der Presse immer wieder Fälle aufgegriffen, in denen sich die Situation der Verbraucher durch den Bankenwechsel verschlechterte. So beschreibt die Süddeutsche Zeitung vom 9.11.2006 unter dem Titel: „Wenn sich Kreditzinsen plötzlich verdoppeln“ Fälle, bei denen Verbrauchern durch den Servicer eines Opportunity Fonds, der die Verträge gekauft hatte, die im Vergleich zum üblichen doppelten Zinssätze angekündigt wurden.⁶⁰ Auch von besonders harten Vollstreckungspraktiken und vertragswidrigen Praktiken im Vorfeld von Zwangsvollstreckungen wurde berichtet.⁶¹ Dem Institut wurden immer wieder Fälle von den Verbraucherzentralen bekannt gemacht, in denen es um den Verkauf von Darlehen ging. Die Verbraucher waren nicht immer nur verunsichert und verärgert, wenn eine offensichtliche Verschlechterung ihrer Situation mit dem Wechsel der Bank einherging (wie im Fall 3.2). Auch bei anderen Fallkonstellationen bestand offenbar Grund zur Besorgnis bei den Betroffenen. Im Folgenden werden einige der dem iff vorliegenden Fälle dargestellt:

3.1 Fall: „Bank zieht sich zurück“

So erhielten im Februar 2004 Kunden ein Schreiben ihrer Bank, in dem mitgeteilt wird, dass diese sich aus der klassi-

⁶⁰ Im Internet unter <http://www.sueddeutsche.de/finanzen/artikel/134/91043/>.

⁶¹ Süddeutsche Zeitung vom 10.06.2006, im Internet unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/artikel/853/77776/>, Wirtschaftswoche vom 29.09.2005, S. 76/77.

schen Eigenheimfinanzierung im Privatkundengeschäft zurückzieht. Durch Übertragung des Kreditportfolios an eine andere Hypothekenbank solle diese Neuausrichtung umgesetzt werden. Die Darlehen kamen über einen Kreditvermittler zu Stande, der nun behauptet, die Auswahl des übernehmenden Institutes sei in enger Abstimmung mit ihm erfolgt. Die Bank weist darauf hin, dass bei Übertragung der Kreditverträge und der Sicherheiten auf die andere Hypothekenbank die mit dem Darlehensnehmer geschlossenen Vereinbarungen in vollem Umfang bestehen blieben und keine zusätzlichen Kosten für die Darlehensnehmer entstünden.

Die Darlehensnehmer wurden aufgefordert eine Einwilligungserklärung mit folgendem Inhalt zu unterzeichnen:

1. Einwilligung zur Weitergabe von sämtlichen Daten und Informationen im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zur Bank auf die Neubank.
2. Einverständnis mit der Abtretung sämtlicher Forderungen aus dem Darlehen von der Bank auf die Neubank.
3. Einverständnis zur Übertragung der Sicherheiten für das Darlehen auf die Neubank.
4. Zustimmung zur vollständigen Übernahme der Verträge durch die Neubank.
5. Zustimmung zum Lastschriftzug durch die Neubank.

Der Finanzdienstleister teilte einem Kunden auf Anfrage mit, dass das Inkasso für die Verträge noch bei der Bank bliebe und somit kein kompletter Geschäftsübergang stattfinde, der eine außerordentliche Kündigung möglich machen könnte.

Zu Grunde lagen in dem konkreten Fall eine Immobilienfinanzierung über eine Hypothekenbank (1998, 110.000 €, Laufzeit: 10 Jahre, 5,51 % p.a.) sowie ein weiteres Darlehen (2000, 15.000 €, Laufzeit 5 Jahre, 6,25 % p.a.).

3.2 Fall: „hohes Zinsniveau nach Ende der Zinsbindung“

Aus Sachsen wurden im Jahr 2005 Fälle geschildert, bei denen es um den Verkauf von ungekündigten Verbraucherimmobiliarleihen an eine amerikanische Investmentbank geht. Die entsprechenden Verträge ließ diese von einer in Norddeutschland ansässigen Verwaltungs-GmbH betreuen. Die vertragstreuen Darlehensnehmer erhielten Schreiben des Inhalts, dass nach Ablauf der Zinsbindung die Darlehen nicht weiter finanziert würden bzw. „die künftige Verzinsung der Forderung weit über dem hierzulande existierenden Zinsniveau“ liegen werde. Weiter heißt es in dem Schreiben der Verwaltungs-GmbH: „Wenn Sie die gegen Sie bestehenden Forderungsansprüche bis zum 31.08.2005 (2 Jahre vor Auslaufen der Zinsbindungsfrist) vollständig ablösen, entfällt die Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung und die Forderungsinhaberin erklärt sich bereit, zusätzlich auf Kosten und Gebühren zu verzichten.“

3.3 Fall: „Rückzug aus der privaten Immobilienfinanzierung“

Andere Fälle wurden über die Verbraucherzentrale Hamburg bekannt. Die Verbraucher hatten ihre private Baufinanzierung über die deutsche Filiale einer holländischen Bank vorgenommen und erhielten von dieser Ende 2006 ein Schreiben, wonach ihre Bank sich aus der privaten Baufinanzierung in Deutschland zurückziehen wolle. Deswegen seien die Forderungen aus den Verträgen bereits an eine namhafte deutsche Hypothekenbank (Neubank) abgetreten worden. Die Kundenbeziehung sei aber noch nicht an die Neubank bekannt gegeben worden, so dass der Datenschutz gewahrt sei. Weiter heißt es: „Im Sinne einer bestmöglichen Weiterführung ihrer Baufinanzierung empfehlen wir Ihnen, uns die anliegende Zustimmungserklärung unterzeichnet zurück zu senden.“ So könne die Finanzierung bei der Neubank „aus einer Hand, und

damit von Anfang an in Ihrem Sinne“ weitergeführt werden. So gehe der Darlehensvertrag zur erheblichen Erleichterung der Betreuung der Baufinanzierung für die Verbraucher und die Neubank vollständig auf die Neubank über. Im Falle, dass die Verbraucher sich gegen die Zustimmung entschieden, würden von der Altbank sowohl die Darlehensforderungen als auch die Sicherheiten an eine von der Neubank gegründete Zweckgesellschaft- und von dieser dann weiter an die Neubank abgetreten werden. Zur Sicherung des Datenschutzes würden sämtliche Erklärungen über einen Datentreuhänder (Notar) laufen. Über persönliche Daten erhalte die Neubank keine Kenntnis. Entschieden sich die Kunden hingegen für eine Zustimmung, so würde die Neubank das bestehende Vertragsverhältnis weiter fortführen und rechtzeitig vor Ablauf der Zinsbindung ein Angebot mit attraktiven Neuzinsen machen. Zusätzlich kämen die Verbraucher in den Genuss eines attraktiven Begrüßungsgeschenks (Aufzählung der Prämien im Wert von 250,00 EURO folgt). Es folgen Erklärungen zur Darlehensübertragung und eine SCHUFA-Klausel sowie eine Widerrufsbelehrung.

3.4 Fall: geschäftliche Neuausrichtung

Ähnliche Fälle wurden von einer Hypothekenbank berichtet, die von einem amerikanischen Investor übernommen wurde und hiernach ihre Privatkunden mit der Bitte kontaktierte, der Übertragung des Vertrags auf eine Neubank zuzustimmen. In dem Schreiben wird ausgeführt: „Ein weiterer Pluspunkt: Sie können sich darauf verlassen, dass Ihr neuer Finanzierungs-partner Ihnen am Ende der Zinsbindungszeit ein attraktives Angebot für die Verlängerung des Darlehens unterbreiten wird.“

3.5 Fall: „Neue Zuständigkeit für Ihre Immobilienfinanzierung“

Ein anderer Fall wurde Mitte 2006 aus Nordrhein-Westfalen berichtet. Die Verbraucher hatten ihre Baufinanzierung zunächst über eine regional tätige Hypothekenbank abgeschlossen. Diese firmierte Anfang 2006 in eine xyz Bank International AG um. Mitte Mai erhielten die Verbraucher dann wieder Post mit der Information, ihre Darlehen seien im Rahmen einer umwandlungsrechtlichen Ausgliederung von der xyz Bank International AG auf die xyz Bank AG (Neubank) übertragen worden. Damit habe die Neubank die Darlehensverträge mit allen Rechten und Pflichten, sämtlichen Kreditsicherheiten und sonstigen Verpflichtungen unverändert übernommen. Bis Ende des Monats werde die Betreuung noch durch die alten Ansprechpartner durchgeführt, sodann werde das Servicing auf eine P Servicing GmbH übertragen. (Es folgen die Kontaktdaten der Prozessing GmbH und eine neue Darlehenskontonummer, die fortan zu verwenden sei.)

3.6 Fall: „Übertragung des Servicing“

Aus Sachsen-Anhalt wurden Fälle bekannt, bei denen Kunden einer Hypothekenbank von einem amerikanischen Servicer angeschrieben wurden. Dieser teilte mit, fortan die Darlehen im Auftrag der Hypothekenbank zu betreuen, wobei die Verträge mit der Bank bestehen blieben. In dem Schreiben wird dann weiter um Übersendung von „Bonitätsunterlagen, d.h. einer Selbstauskunft nebst Einkommenssteuererklärung und –bescheid, Gehaltsnachweisen, Bilanzen etc. „im Rahmen Ihrer Verpflichtungen aus dem eingegangenen Darlehensverhältnis“ gebeten.

Teil 2: Juristische Analyse⁶²

Spezielle gesetzliche Regelungen über Darlehensverkäufe existieren bislang nicht. Demgegenüber hat der Gesetzgeber die große Anzahl von Betriebsübernahmen in § 613 a BGB geregelt. Für den noch größeren Mietrechtssektor besteht in § 566 BGB ebenfalls eine Norm, die den Übergang von Vertragszuständigkeiten auf eine andere Partei regelt. In beiden Fällen sollen die Interessen der betroffenen Menschen gewahrt bleiben und zwar in ihrer Rolle als regelmäßig dem professionell Handelnden unterlegene Verbraucher. Sowohl für die Abtretung als auch für die Übernahme von Darlehensverbindlichkeiten im Wege der Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz fehlen hingegen Regeln. Grund dafür ist, dass der Verkauf ganzer Darlehenspakete, insbesondere Immobiliarkredite bis vor einigen Jahren völlig untypisch war. Nach den Auswirkungen der amerikanischen sog. „Ohio-Bonds“⁶³ auf die weltweit vernetzten Finanzmärkte ist auch der Verkauf von Krediten in Deutschland noch stärker in den Fokus gerückt.

Bevor auf die rechtlichen Aspekte der Veräußerung von Krediten näher eingegangen werden kann, muss zuvor die rechtliche Grundstruktur von typischen Realkrediten kurz zusammengefasst werden (dazu 4.1.). Deren Besonderheiten sind bei einer Übernahme der Verbindlichkeiten sowohl im Wege der Abtretung (dazu 4.2.) als auch nach den Umwandlungstatbeständen (dazu 4.3.), differenziert nach ungekündigten und nicht kündbaren Krediten einerseits (sog. Performing Loans) und gekündigten oder zumindest kündbaren Darlehen andererseits (sog. Non Performing Loans), entscheidend.

⁶² Siehe dazu bereits ausf. *Knops*, Die Personalität des Schuldverhältnisses, Habilitationsschrift, (erscheint 2008). Die Rechtsanalyse ist auf dem Stand 17.9.07.

⁶³ Der Schwerpunkt der notleidenden Immobilienfinanzierungen liegt im amerikanischen Bundesstaat Ohio.

4. Grundstruktur des Immobiliarkredits

Im Bereich langfristiger Verbraucherkredite dominieren grundpfandlich gesicherte Kredite, Immobilier-, Hypothekar-, Boden- oder Realkredite genannt.⁶⁴ Mit dem Grundstück des Kreditnehmers erhält die Bank ein Sicherungsmittel, das in der Zwangsvollstreckung in aller Regel die Gewähr dafür bietet, den vom Kreditnehmer geschuldeten Betrag auch zu erzielen. Im Regelfall verlangt der Kreditgeber zu seiner Absicherung die Bestellung einer Sicherungsgrundschuld an dem Grundstück. Insgesamt sind hierbei drei Rechtsbeziehungen auseinander zu halten: die gesicherte Forderung (Darlehen), der Sicherungsvertrag und die Grundschuld.⁶⁵

4.1 Darlehensvertrag

Die nachgefragten Kredite haben in der Regel sehr lange Laufzeiten, um den hohen Kapitalbedarf auf erträgliche Raten zu verteilen. Realkredite werden zumeist in Form von Tilgungsdarlehen mit festem Jahreszinssatz und gleich bleibenden Raten (Annuitäten) mit sich änderndem Zins- und Tilgungsanteil geschlossen. Im Gegensatz zu herkömmlichen Ratenkrediten bestehen bei Annuitätendarlehen⁶⁶ die einzelnen Raten nicht aus gleich bleibenden Zins- und Tilgungsanteilen, sondern es wird - wie in § 367 Abs. 1 BGB vorgesehen - durch die Ratenzahlung zunächst die periodisch fällige Zinsforderung für den verbleibenden Kreditbetrag erfüllt, so dass für die eigentliche Tilgung nur der Rest der Rate zur Verfügung steht; mit abnehmenden Kreditbetrag fällt der Zinsanteil der Rate, wo-

⁶⁴ Von allen rechtsgeschäftlich bestellten Grundpfandrechten entfallen nach einer älteren Untersuchung ca. 81 % auf die Grundschuld und nur 19 % auf die Hypothek (*Adams*, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980, S. 11). Die Hypothek als gesetzliches Leitbild hat dagegen weitgehend ausgedient (vgl. *Stöcker*, Die "Eurohypothek", 1992, B I m. zahlr. w. N; *Lee*, Die Sicherung durch Grundpfandrechte, 1990, Teil D I 1; *Rauch/Zimmermann*, Grundschuld und Hypothek, 1996, S. 176, 187; *Sisol*, WM 1996, 2217 (2218); *Wenzel*, WM 1996, 1848).

⁶⁵ *Reinicke/Tiedtke*, WM 1991, SB 5, 1.

⁶⁶ Zum Annuitätenprinzip vgl. *Bruchner*, in: *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt*, VerbrKrG, 2. Aufl. 1994, § 3 Rdnr. 81 f. Zur Annuitätentilgung anschaulich *Bieg*, StB 1997, 221 (224).

durch sich der Tilgungsanteil erhöht.⁶⁷ Die Kredite werden überwiegend mit einem festem Zinssatz vereinbart,⁶⁸ bei einer Anfangstilgung von 1- 2 %, und haben eine Laufzeit von 20 - 35 Jahren,⁶⁹ wobei die Zinsbindung in der Weise festgelegt wird, dass die Konditionen des Darlehens in bestimmten Abständen neu ausgehandelt werden (sog. unechte Abschnittsfinanzierung).⁷⁰ Die Zinsbindungsfrist beträgt regelmäßig 10 oder 5 Jahre.⁷¹ Teilweise werden auch Zinsbindungszeiträume von 15 oder 20 Jahren und darüber vereinbart. Die Verträge werden durchweg in Form von standardisierten Kombinationen zwischen einem Darlehens - und Sicherungsvertrag geschlossen, der um die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken erweitert wird.

Gemäß § 488 BGB ist der Kreditgeber zur dauerhaften Überlassung des Darlehens gegenüber dem Kreditnehmer verpflichtet; dieser schuldet im Gegenzug die vereinbarten Zinsen und bei Fälligkeit die schrittweise Rückführung des Kapitals. Die Kapitalbelassung auf Zeit und die Zinszahlungspflicht sind synallagmatisch als Hauptleistungspflichten verknüpft.⁷² Das Darlehen ist ein Dauerschuldverhältnis, weil der Kreditgeber verpflichtet ist, dem Darlehensnehmer das Kapital für die Laufzeit des Darlehens zu belassen.

⁶⁷ *Kammel*, Der Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes unter Beschränkung auf Kreditverträge, 1996, S. 54 f. m. w. N.

⁶⁸ *Bruchner*, in: *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt*, a. a. O., § 3 Rdnr. 89. Die Festzinsvereinbarung wird als ein wichtiger Bestandteil des Verbraucherschutzes dargestellt, damit der Bankkunde mit einem gleichbleibenden Tilgungsbetrag kalkulieren könne (vgl. *Wenzel*, in: *Metz/Wenzel*, Vorfälligkeitsentschädigung, 1996, Rdnr. 175).

⁶⁹ *Bruchner*, in: *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt*, a. a. O., § 3 Rdnr. 75.

⁷⁰ Dazu *Jacobi*, Konditionen Anpassung beim Hypothekarkredit, 1988, S. 20 ff. Hinsichtlich der Finanzierung sog. Bauträgerverträge ändert sich im Grunde gegenüber normalen Verträgen nur die Zweckbindung für Neu-Aus- oder Umbau, sowie die Sicherung und Auszahlungsweise des Darlehens nach Baufortschritt, nicht aber die Tilgungsmodalitäten.

⁷¹ *Wenzel*, in: *Metz/Wenzel*, a. a. O., Rdnr. 172 m. w. N.; *Wehrt*, in: *Ott/Schäfer*, Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht, 1997, S. 108 (109); *ders.*, ZBB 1997, 48 (57); *Veit*, VuR 1996, 310.

⁷² *BGHZ* 104, 337 (338); 80, 161; *RGZ* 151, 52; *Derleder*, JZ 1989, 165 (168 m. w. N.); *K.Schmidt*, JZ 1976, 756 (757); *Gernhuber*, JZ 1959, 314 f.; *Affolter*, ArchBürgR 26 (1905) 1 (4).

4.2 Sicherungsvertrag

Der die Pflicht zur Sicherheitenbestellung begründende Sicherungsvertrag ist von dem Darlehensvertrag unabhängig, der das Hauptgeschäft der Kreditgewährung sichert.⁷³ Der Sicherungsvertrag ist die causa des dinglichen Vertrages zur Bestellung der Grundsuld. Der Abschluss des schuldrechtlichen Sicherungsvertrages ist formlos wirksam und kann stillschweigend und zusammen mit dem Kreditvertrag abgeschlossen werden. Inhaltlich verpflichtet der Sicherungsvertrag den Kreditnehmer vor allem zum Abschluss des dinglichen Bestellungsvertrages und legt den Sicherungsumfang fest. Die Sicherungsabrede⁷⁴ als Kernstück des Sicherungsvertrages bestimmt nicht nur den Umfang der Sicherung, sondern stellt die rechtsgeschäftliche Verknüpfung von der an sich nicht akzessorischen Grundsuld mit der Forderung her, die sie sichern soll.⁷⁵ Das Grundstück soll zur Sicherung der Forderung dienen und der Gläubiger darf nur dann aus der Grundsuld vorgehen, wenn die gesicherte, fällige und durchsetzbare Forderung nicht befriedigt wird.⁷⁶

Die sicherungsweise Bestellung einer Grundsuld wird daher nach ganz herrschender Auffassung zu Recht als treuhänderi-

⁷³ Die Pflicht zur Sicherheiten-, also zur Grundsuldbestellung des Kreditnehmers entspringt der Sicherungsabrede als zweiseitig unvollkommener Vertrag. Der Kreditgeber macht sein Leistungsversprechen und damit auch die Eingehung des Vertrages an sich faktisch von dem Versprechen des Kreditnehmers abhängig, eine geeignete Sicherheit zu bestellen. Der Abschluss des einen Vertrages hängt somit zwar mit dem (gleichzeitigen) Abschluss des anderen insofern zusammen, als dass sich beide Abschlüsse wechselseitig bedingen, wobei die gesicherte Forderung der Rechtsgrund für die Verpflichtung des Sicherungsgebers zur Sicherheitenbestellung ist (*Huber*, a. a. O., S. 94). Der Sicherungsvertrag erweitert nicht den Darlehensvertrag. Er steht vielmehr daneben und ist selbständig kündbar (vgl. *Huber*, a. a. O., S. 179; *Stockmayer*, Projektfinanzierung und Kreditsicherung, 1982, S. 52 f.; *Gerth*, BB 1990, 78; *Räbel*, NJW 1953, 1247 (1248)).

⁷⁴ Auch Zweckerklärung genannt.

⁷⁵ Daher rührt die Fiduziarität der Sicherungsgrundsuld (vgl. *Huber*, a. a. O., S. 85; *Stockmayer*, a. a. O., S. 41, 43; *Komanns*, Das Grundpfandrecht als fiduciarische Sicherheit, 1939, S. 8; *Seckelmann*, a. a. O., S. 64; *Dempewolf*, Bedeutung und Wirkung des Rückübertragungsanspruches bei Sicherungsgrundschulden im bankgeschäftlichen Verkehr, 1957, S. 68).

⁷⁶ Siehe *Bieg*, StB 1997, 268 (274).

sche Rechtsübertragung charakterisiert,⁷⁷ in dem der Kreditnehmer der Bank nach außen mehr Rechtsmacht einräumt als sie im Innenverhältnis billigerweise berechtigt ist geltend zu machen. Dies wird besonders auch daran deutlich, dass sich der Kreditnehmer mit der Unterschrift unter den Kredit- und Sicherungsvertrag in aller Regel der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in das sonstige Vermögen in einer notariellen Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unterwirft,⁷⁸ meist mit der Variante,⁷⁹ dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gemäß § 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Die dingliche Unterwerfungsklausel ist nun in aller Regel wiederum ihrerseits mit der Verpflichtung verbunden, für die Zahlung des Grundschuldbetrages die persönliche Haftung zu übernehmen oder eine entsprechende Schuldübernahme anzuerkennen. In der Haftungsübernahme liegt ein abstraktes Schuldversprechen oder -anerkenntnis des Kreditnehmers nach § 780 oder § 781 BGB, so dass der Gläubiger neben der gesicherten Forderung eine weitere, zusätzliche Forderung erhält.⁸⁰ Sie hat in Verbindung mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung für die Bank als Sicherungsnehmer den Vorteil, dass sie ohne Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe in das persönliche Vermögen des Sicherungsgebers vollstrecken kann.⁸¹ Im Streitfall braucht der Kreditgeber nur die Eingehung des selbständigen Schuldversprechens nachzu-

⁷⁷ BGHZ 133, 25, 30; BGH WM 1989, 210; RGZ 89, 193; Staudinger-Wolfsteiner, Vorbem zu §§ 1191 ff. Rn. 21; MünchKommBGB-Eickmann, § 1191 Rn. 12; Derleder/Knops/Bamberger-Jacoby, § 18 Rn. 1; Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, § 57 Rn. 2; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, § 3 I; Seckelmann, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, 1963, S. 65). Schon die Bestellung einer Grundschuld charakterisiert ihn als treuhänderische Rechtsübertragung (vgl. Matschl, Die persönliche Forderung bei Befriedigung des Gläubigers einer Sicherungsgrundschuld durch den Eigentümer, NJW 1962, 2132, 2133; vgl. auch Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, § 45 II 2 b).

⁷⁸ Siehe nur *Siol*, WM 1996, 2217 (2220).

⁷⁹ Gegenüber dem Besteller wirkt die Unterwerfung auch ohne Eintrag; gegenüber dem späteren Grundstückserwerber nicht (BGH, ZIP 1989, 1449). Im einzelnen dazu *Wolfsteiner*, DNotZ 1990, 589.

⁸⁰ *Clemente*, a. a. O., § 5 I.

⁸¹ Zu diesem Zweck wird der Notar regelmäßig angewiesen, dem Sicherungsnehmer sofort eine vollstreckbare Urkunde nach den §§ 52 BeurkG, 797 Abs. 2 ZPO auszuhändigen.

weisen; der Kreditnehmer trägt dagegen die volle Beweislast für Einwendungen aus dem Immobiliarkreditvertrag. Dem Interesse der Banken, bei Vermögensverfall des Schuldners zügig zu einer Verwertung des Grundstücks zu gelangen, steht das Interesse des Schuldners entgegen, Einwendungen aus dem Kausalgeschäft effektiv oder überhaupt aussichtsreich geltend machen zu können. So kann es beispielsweise vorkommen, dass es nicht zu einer Eintragung der Grundschuld kommt und der Gläubiger gleichwohl aus der persönlichen Haftungsübernahme gegen den Schuldner vorgeht.⁸²

4.3 Grundpfandrechtsbestellung

In der Praxis wird die Grundschuld mit einer höheren Summe eingetragen, als die Kreditforderung betragsmäßig umfasst. Zudem werden die Grundschuldzinsen in der Regel weit höher als die Zinsen des Darlehens eingetragen, um auch die sonstigen Kosten der Kreditgewährung abzudecken. Die eingetragenen Zinsen bewegen sich üblicherweise zwischen 14 und 18 % per anno,⁸³ die Banken verlangen häufig noch 18 % oder mehr dingliche Zinsen.⁸⁴ Sowohl hinsichtlich der Grundschuldsumme als der eingetragenen Zinsen ergibt sich daher auch hier ein erheblich überschießender Anspruch des Gläubigers gegenüber dem Sicherungsgeber, der zumeist zugleich der Kreditnehmer ist. Mit der formularmäßigen Festschreibung eines umfangreichen Sicherheitenpaketes schaffen sich die Kreditinstitute eine strukturelle Überlegenheitsposition, der ein Kreditnehmer praktisch nichts entgegenzusetzen hat.⁸⁵ Die überschießende Rechtsmacht auch in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht wird in der Praxis nicht durch die theoretisch mögliche Vollstreckungsgegenklage wegen ungerechtfertigter Kreditkündigung etc. und damit unberechtigter Vollstreckung korrigiert, son-

⁸² Siehe *BGH*, ZIP 1992, 104 (105).

⁸³ *Clemente*, ZfIR 1997, 127 (129).

⁸⁴ *Rauch/Zimmermann*, a. a. O., S.136.

⁸⁵ *Marburger*, Grundschuldbestellung und Übernahme der persönlichen Haftung, 1998, S. 16.

dern spielt erst beim Vollstreckungsschutz in der Zwangsversteigerung nach den §§ 30a ff. ZVG eine Rolle.⁸⁶

Diese im Ausland nicht bekannte Kumulation von Sicherungsrechten wirkt auf das Verhältnis der Parteien, insbesondere bei einem gläubigerseits geplanten Verkauf, ein so dass die Rechtslage in Deutschland mit dem anglo-amerikanischen Hypothekarkredit diesbezüglich nur wenig vergleichbar ist, auch weil dort Immobiliarkredite in aller Regel über die gesamte Laufzeit variabel verzinslich ausgestaltet und durch eine akzessorische Hypothek gesichert sind.

5. Abtretungskonstruktion

Gleich zu Beginn muss klar gestellt werden, dass auch wenn vielfach von einem „Verkauf des Kredits“ die Rede ist, ein solcher außer in den Umwandlungsfällen nur im Wege der Vertragsübernahme, d.h. mit Zustimmung des Kreditnehmers möglich ist. Der Kreditgeber kann durch eine Zession allenfalls seine Forderungen aus dem Vertrag an Dritte veräußern, bleibt aber in einem gegenseitigen Vertrag wie dem Darlehensverhältnis in seiner Rolle als Schuldner mit dem Kreditnehmer als Gläubiger verbunden.

5.1 Verfahrensweise und Abtretungsumfang

Im Normalfall einer Abtretung von Forderungen geht es zunächst um solche aus nicht gekündigten Krediten mit grundpfandrechtlicher Sicherung, die bei der Auslagerung von ganzen Kreditportfolios in erheblichem Umfang betroffen sind⁸⁷ wie die weitaus größere Gruppe von Problemkrediten, auf die später gesondert einzugehen ist.

⁸⁶ Reich, Bankrechtstag 1997, S. 43 (77 f.) mit weiteren Ausführungen zum Sozialschutz in der Zwangsvollstreckung.

⁸⁷ Siehe Derleder, Das Outsourcing notleidender Bankkredite und seine rechtlichen Grenzen, VuR 2007, 81.

5.1.1 Bestimmbarkeit der zedierten Darlehensansprüche

Abgetreten werden dem Erwerber vom bisherigen Kreditgeber primär der bei Fälligkeit entstehende Rückerstattungsanspruch hinsichtlich des Kapitals und der Zinsanspruch. Auch wenn dies die Parteien nicht ausdrücklich vereinbart haben, versteht und billigt die Rechtsprechung eine Abtretung hinsichtlich der rückständigen, aufgelaufenen Zinsen⁸⁸ und der erst zukünftig fällig werdenden Zinsansprüche.⁸⁹ Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist eine Abtretung aber mangels Bestimmtheit nicht wirksam, wenn die Parteien alle irgendwie denkbaren Ansprüche gemeint hatten.⁹⁰ Diesen Bestimmbarkeitsanforderungen entspricht nicht jede Transaktion von Krediten, wenn dort nur von einem bestimmten Portfolio die Rede ist und die Verbindlichkeiten von Schuldern nur mit bankinternen Nummern bezeichnet sind. Zwar kann auch auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände Bezug genommen werden;⁹¹ für eine ordnungsgemäße Zession muss aber nach der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die konkret fragliche Einzelforderung unter die Abtretungsvereinbarung eindeutig subsumierbar sein.⁹² Enger sind noch die Voraussetzungen einer Teilzession: Dort muss der Schuldner konkret erkennen können, welche Forderungsteile welcher personalen Zuständigkeit unterliegen und entsprechend § 366 BGB das Bestimmungsrecht verbleiben, welche Teilforderung mit seiner Leistung getilgt werden soll⁹³ und zwar auch durch nachträgliche Tilgungsbestimmung, um nicht in ein unvorhergesehenes Leistungsverhältnis zu einer anderen Partei gedrängt zu werden.⁹⁴

⁸⁸ BGH WM 1972, 560.

⁸⁹ BGH NJW 1961, 152.

⁹⁰ Siehe RGZ 67, 168; RG WarnRspr. 1914, 274.

⁹¹ Siehe BGH NJW 2000, 277.

⁹² BGHZ 7, 365; 79, 21; BGH WM 1985, 14; BGH NJW 1995, 1669; *Jauernig-Stürner*, § 398 Rn. 11.

⁹³ BGHZ 46, 242, 244; BGHZ 47, 168, 171.

⁹⁴ *Derleder*, Teilzession und Schuldnerrechte, AcP 169 (1969), 97 ff.

5.1.2 Abtretungen von Sicherungsgrundschulden

Nach § 401 BGB geht mit der Abtretung einer Forderung eine hierfür bestellte Hypothek, Pfandrechte sowie weitere Rechte auf den neuen Gläubiger über, nicht aber eine entsprechende Sicherungsgrundschuld.⁹⁵ Zwar ist diese selbstständig im Wege der Abtretung übertragbar⁹⁶ und wird im Rahmen von gesicherten Darlehen regelmäßig separat auf den Zessionar übertragen, damit dieser aus der gestellten Sicherung bei Eintritt des Sicherungsfalls gegen den Kreditnehmer vorgehen kann.⁹⁷ Der Zessionar als neuer Sicherungsnehmer kann aber nicht auch in die Rückgewährpflicht hinsichtlich der bestellten Sicherheiten eintreten. Dies ist kein Recht, sondern eine Pflicht des ursprünglichen Gläubigers, der er sich nicht durch Abtretung, sondern nur durch eine Schuld- oder Vertragsübernahme entledigen könnte. Dafür aber benötigt er die Zustimmung des Kreditnehmers als Gläubiger. Insoweit sind daher Klauseln in Zessionsverträgen unrichtig, die als Gegenstand der Zession den Verkauf aller Rechte und Pflichten aus bestimmten Schuldverhältnissen und Sicherungsrechten benennen. Wenn dies Schuldner gegenüber - nicht selten von Zedent und Zessionar zugleich - ernsthaft behauptet wird, liegt darin eine Pflichtverletzung, die zu einer Schadensersatzpflicht führen kann, wenn daraufhin Rechte gegenüber dem eigentlich Verpflichteten nicht oder nicht rechtzeitig geltend gemacht werden. Ohne Genehmigung des Sicherungsgebers ist daher eine Rückgewähr allein durch den Altgläubiger, also durch den Zedenten zu erfüllen. Dies gilt selbstverständlich auch, wenn der Zessionar des Sicherungsanspruches die sich aus dem Sicherungsvertrag ergebenden Rechte seinerseits an Dritte abtritt oder von Anfang an die Kreditforderung und die Sicherheiten an verschiedene Personen abgetreten werden. Immer

⁹⁵ RGZ 135, 272, 274; BGH MDR 1967, 486; BGH WM 1969, 209, 210; BGH NJW 1974, 100, 101; *Palandt-Grüneberg*, § 401 Rn. 5; *Staudinger-Busche*, § 401 Rn. 40; *Prütting/Wegen/Weinreich-Müller*, § 401 Rn. 5.

⁹⁶ Vgl. für den gesetzlichen Forderungsübergang gem. § 426 Abs. 2 BGB: BGHZ 80, 228, 232; BGH NJW-RR 1995, 598.

⁹⁷ - wozu gegenüber dem Forderungszessionar eine Verpflichtung bestehen kann (*MünchKommBGB-Roth*, § 401 Rn. 3).

bleibt der persönlich schuldende Eigentümer wie auch der Drittsicherungsgeber geschützt, da der neue Gläubiger die Sicherheit nur im Rahmen des bisherigen Sicherungszwecks in Anspruch nehmen darf. Dafür hat der Altgläubiger als Sicherungsgeber einzustehen, da die Abtretung gerade keine Vertragsübernahme ist, welche die Übernahme der Rechte des Gläubigers ihm gegenüber zur Folge hat. Banken, die Immobiliarkredite veräußern, bleiben also immer selbst für die Darlehensbelassung verantwortlich, vor allem aber für die Rückgewähr der Grundschuld oder Grundschuldteile bei Befriedigung der gesicherten Forderung wie auch hinsichtlich der Rückgabe des entwerteten Titels aus der üblicherweise gestellten sog. persönlichen Haftungsübernahme.⁹⁸ Die Zession gibt dem Zessionar nur die Rechte des Zedenten, ist aber rechtskonstruktiv ungeeignet auch Pflichten desselben zu übertragen. Dies wird in der Debatte über die Verlagerung von Kreditrisiken ebenso übersehen wie in diesen Fällen schon der Wirksamkeit der Abtretung gewichtige Bedenken entgegenstehen.

5.2 Hinderungsgründe einer Abtretung

Angesichts dieser Rechtslage verwundert es zunächst, dass vielfach in der Fachpresse die Wirksamkeit von Darlehensverkäufen unterstellt wird. Die rechtliche Analyse hat sich bislang vor allem auf den Datenschutz und den Umfang des Bankgeheimnisses und auf die Fragen der Zulässigkeit der oft auch verwandten Abtretungskonstruktionen konzentriert und haben die Diskussion auf ein Nebengleis geführt, ohne dass die Hauptfragen eingehend erörtert worden wären. Hinsichtlich der Ansprüche aus einem gekündigten Kredit hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 27.2.2007 eine erfolgte Abtretung insbesondere gegen die in der obergerichtlichen Rechtsprechung und von Teilen der Literatur vorgebrachten

⁹⁸ Siehe zum Umfang der bestellten Sicherheiten beim Immobiliarkredit *Schimansky/Bunte/Lwowski-Häuser*, § 83 Rn. 143 ff.; *Knops*, Darlehensgewährung und Grundpfandrechtsbestellung, ZfIR 1998, 577 ff.

Bedenken hinsichtlich der Verletzung des Datenschutzes wie auch des Bankgeheimnisses für zulässig erklärt.⁹⁹ Damit ist aber noch keine Entscheidung hinsichtlich ungestörter, kreditnehmerseits ordnungsgemäß bedienter Kredite verbunden und zudem offen, ob der Verkauf Not leidender Darlehen nicht wie Performing Loans an anderen, viel grundständigeren Rechtsgrundsätzen scheitern muss, was nachfolgend untersucht werden soll.¹⁰⁰

5.2.1 Ausschluss der Übertragbarkeit wegen Bindung an das treuhänderisches Rechtsverhältnis

Folgt aus dem treuhänderischen Charakter des Sicherungsgeschäfts die Pflicht der kreditgebenden Bank als Sicherungsnehmer die Pflicht im möglichen und zumutbaren Umfang die Interessen des Kreditnehmers als Sicherungsgebers zu wahren,¹⁰¹ ist er nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Zweifel nicht berechtigt die Sicherheit ohne Zustimmung des Kreditnehmers auf einen Dritten zu übertragen.¹⁰² Dies gilt jedenfalls vor Eintritt des Sicherungsfalls.¹⁰³ An einer derartigen Zustimmung fehlt es regelmäßig, weil veräußernde Banken nicht einmal versucht haben, diese einzuholen und für Sicherungsgeber ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, die Sicherheiten plötzlich einer ganz anderen juristischen oder natürlichen Person zur Verfügung zu stellen, die nicht sein Vertragspartner ist und gegen den er keine Ansprüche aus dem Gegenseitigkeitsverhältnis hat.

5.2.1.1 Treuhandcharakter der Forderung

Zudem kann nach § 400 BGB eine Forderung nicht abgetreten

⁹⁹ Siehe BGH VuR 2007, 148 ff. mit umfassender Darstellung des Streitstandes.

¹⁰⁰ Erwägungen hinsichtlich des Bankgeheimnisses und das Bundesdatenschutzgesetzes spielen daher nur eine untergeordnete Rolle.

¹⁰¹ MünchKommBGB-Eickmann, § 1191 Rn. 24; *Clemente*, a.a.O. Rn. 235.

¹⁰² Vgl. BGH WM 1967, 614.

¹⁰³ Siehe *Serick II* § 26 V 2; *Enneccerus-Wolff-Raiser*, § 132 Rn. 10; *Erman-Räfle*, § 1191 Rn. 54.

werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist.¹⁰⁴ Umgekehrt ist nach § 851 Abs. 1 ZPO eine Forderung nicht pfändbar, soweit sie nicht abtretbar ist.¹⁰⁵ In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist seit langem anerkannt, dass auch außerhalb des Bereichs der Höchstpersönlichkeit von Ansprüchen in den Fällen der Zweckbindung ein Pfändungshindernis besteht, das den Gläubigerzugriff gemäß § 851 Abs. 1 ZPO in den Fällen ausschließt, in denen dieser mit dem Anspruchszweck unvereinbar wäre.¹⁰⁶ So ist bei Aufbaudarlehen weder der Anspruch auf Auszahlung noch der Anspruch auf Rückzahlung abtretbar.¹⁰⁷ So ist auch eine Pfändung in einen treuhänderisch zweckgebundenen Kaufpreis unzulässig,¹⁰⁸ wie darüber hinaus in zahlreichen anderen Entscheidungen des BGH die Zweckgebundenheit des Anspruchs zur Unpfändbarkeit geführt hat.¹⁰⁹ Das Pfändungshindernis der Zweckbindung eines Anspruchs bedarf wie die Höchstpersönlichkeit nicht stets der ausdrücklichen Verankerung im Gesetz, sondern kann sich u. a. auch aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergeben.¹¹⁰ Andererseits ist es nach Ansicht des X. Zivilsenates nicht gerechtfertigt aus einer Qualifikation des Anspruchs als "höchstpersönlich" Folgerungen für den Rechtsübergang auf Dritte zu ziehen.¹¹¹ Dies gilt nach Ansicht des Gerichts insbesondere dann, wenn das Gesetz einen Anspruch nicht als höchstpersönlichen qualifiziert, womit aus einer solchen Quali-

¹⁰⁴ Briefgrundschulden können gem. § 857 Abs. 6 ZPO nach den für die Pfändung einer Hypothekenforderung maßgeblichen Regeln des § 830 ZPO ebenso wie Buchgrundschulden selbst Gegenstand der Pfändung und Überweisung sein.

¹⁰⁵ Nach Abs. 2 der Norm kann eine nach § 399 BGB nicht übertragbare Forderung insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist.

¹⁰⁶ BGH WM 2005, 181, 182.

¹⁰⁷ Vgl. auch BGHZ 25, 211 (keine Aufrechnung mit Aufbaudarlehen).

¹⁰⁸ BGH WM 2000, 264.

¹⁰⁹ Der BGH (WM 2000, 264, 265) nennt selbst folgende Fälle: BGH, LM ZPO § 549 Nr. 81 - keine Abtretung von Hamburger Flutschadenbeihilfe; BGH, LM ZPO § 851 Nr. 3 - keine Pfändbarkeit zweckgebundener Honorarvorschüsse; BGHZ 94, 316, 322 - keine Aufrechnung gegen zweckgebundenen Anspruch auf Prozesskostenvorschuss; BGHZ 113, 90 - keine Aufrechnung gegen den zweckgebundenen Anspruch auf Auskehrung beigetriebenen Kindesunterhalts; BGH, ZIP 1998, 655, 656 - Aussonderungsanspruch auf treuhänderisch verwahrte Sozialplanmittel.

¹¹⁰ BGH WM 2005, 181, 182.

¹¹¹ BGH WM 2001, 1388 f. unter Hinweis auf BGHZ 127, 354, 357.

fikation nicht Beschränkungen der Übertragbarkeit abgeleitet werden dürfen, deren Bestehen es überhaupt erst rechtfertigen könnte, den Anspruch als höchstpersönlichen anzusehen.¹¹² Das ist sicher zutreffend, weil ansonsten die Charakterisierung wechselseitig und zirkelhaft erfolgen würde. Zudem sind schlichte Geldforderungen selbst dann grundsätzlich übertragbar und pfändbar, wenn das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis als Dienstleistungsvertrag einzuordnen wäre.¹¹³ Bei einer vereinbarten Zweckbindung, mit der die Zahlung an den ursprünglichen Gläubiger zum Leistungszweck gemacht wird, § 399 1. Halbs. BGB, ist die Forderung trotz des weitergehenden Wortlautes des § 851 Abs. 2 ZPO ebenfalls dann unpfändbar, wenn die Bindung treuhänderischen Charakter hat.¹¹⁴ So liegt es, wie bereits soeben dargestellt wurde, bei typischen Baufinanzierungs- und Sanierungskrediten. Diese werden streng unter Zweckbindung vergeben, womit entsprechende Forderungen unpfändbar sind.¹¹⁵

5.2.1.2 Treuhandcharakter der Sicherung

Dass dies nicht nur das Verhältnis des Kreditnehmers gegenüber der Bank betrifft, ist offensichtlich und bestimmt auch den Inhalt des Sicherungsvertrages eines üblichen Immobiliarkredits. Der Sicherungszweck ist auf die am Sicherungsvertrag unmittelbar und in Drittsicherungsfällen mittelbar betroffenen Personen abgestellt und daher für den Sicherungsnehmer und Treuhänder keine ohne Weiteres verschiebbare Position.¹¹⁶ Zwar ist es zutreffend, dass das Treugut selbst, also die gestellten Sicherheiten, in jedermanns Hand im Prinzip dieselbe Rechtsstellung begründen,¹¹⁷ aber nur dem Grundsatz nach. Schon Pfandbriefbanken unterliegen

¹¹² BGH WM 2001, 1388.

¹¹³ BGH WM 2003, 1891 f.; BGHZ 84, 325, 329 ff.

¹¹⁴ BGH NJW 2001, 1938 unter Hinweis auf BGHZ 94, 316, 322; BGH LM ZPO § 851 Nr. 3; BGH WM 2000, 264, 265.

¹¹⁵ Siehe für zweckgebundene Baudarlehen *Staudinger-Hopt/Mülbert*, 12. Aufl., § 607 Rn. 183 m. w. N.

¹¹⁶ *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 5 I.

¹¹⁷ *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, ebd.

als Kreditinstitute gerade bezüglich der gestellten Sicherheiten besonderen Regelungen wie etwa in Bezug auf die Ausgabe gedeckter Schuldverschreibungen auf Grund erworbener Hypotheken unter der Bezeichnung Pfandbriefe oder Hypothekenspfandbriefe. Dabei stehen nach § 18 PfandBG den Hypotheken die Grundschulden und solche ausländische Sicherungsrechte gleich, die eine vergleichbare Sicherheit bieten und den Gläubiger berechtigen, seine Forderung auch durch Verwertung des belasteten Grundstücks¹¹⁸ zu befriedigen.

Wenn bei der Sicherheitenbestellung die üblichen Beleihungsvorschriften eingehalten werden, stellt bereits diese Sicherung eine im ökonomischen Sinne "vollständige" Sicherheit dar, da sich der Gläubiger nach Untersuchungen des Deutschen Hypothekenbank Verbandes in diesen Fall bereits nahezu ohne jedes Ausfallrisiko gesichert hat.¹¹⁹ Mittels des Sicherungsvertrages und der darin enthaltenen so genannten weiten Sicherungsabrede, wonach sich die Haftung des Grundstücks auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Kreditnehmers gegen die Bank erstreckt, erlangt der Gläubiger sofortigen Zugriff auf das Grundstück, weil die Grundschuld regelmäßig sofort fällig gestellt wird. Diese Klauseln bilden dabei einen Teil der üblicherweise in den Grundschuldformularen vorhandenen so genannten dinglichen Unterwerfungserklärung, wonach sich der Kreditschuldner in einer notariellen Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück und in das sonstige Vermögen, insbesondere auch in das angesparte Nettokapital, unterwirft. Ist die Rechtsmacht des Gläubigers schon mehr als

¹¹⁸ Oder Rechts im Sinne des § 13 Abs. 1 Satz 1 PfandBG.

¹¹⁹ Der Kapitalverlust eines grundpfandlich gesicherten Kredits ist bei Einhaltung der üblichen Beleihungsgrenzen kaum messbar; er liegt bei unter 0,2 % des Kreditvolumens für gewerbliche und wohnungswirtschaftliche Zwecke, bei anderer Verwendung unter 0,4 %. Im europäischen Vergleich weist nur Portugal eine noch niedrigere Ausfallquote bezogen auf alle Arten der Hypothekarsicherung auf (Siehe das Schaubild bei *Rauch/Zimmermann*, a. a. O., S. 10 und auch *Dübel/Pfeiffer*, Risikogewichtete Eigenkapitalanforderungen und die Risiken des gewerblichen Hypothekarkredits in Europa, 1996, S. 34 f.).

umfassend gesichert, wird durch das Sicherungspaket bei grundpfandlich gesicherten Darlehen noch ein weiterer Titel geschaffen. Der Kreditnehmer muss zudem die persönliche Haftung für die Zahlung des Grundschuldbetrages übernehmen, worin ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis nach § 780 oder 781 BGB liegt, so dass der Kreditgeber neben der gesicherten Forderung und dem Zugriff auf die Grundsuld noch eine weitere, zusätzliche Forderung erhält, mit Hilfe derer er ohne Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe in das persönliche Vermögen des Kreditnehmers vollstrecken kann. Da ihm regelmäßig auch bereits bei Bestellung vom Notar eine vollstreckbare Urkunde ausgehändigt wird, hat der Gläubiger ganz regelmäßig bevor der Kreditnehmer auch nur einen Cent der Darlehensvaluta erhalten hat, einen sofort vollstreckbaren Titel gegen den Kreditnehmer, der allein darauf vertrauen muss, dass sein Vertragspartner die weit überschießende Rechtsmacht nicht zu seinem Vorteil oder ungerechtfertigt nutzt. Das dem Kreditnehmer dadurch abverlangte Vertrauen ist überaus groß, da der Kreditgeber ohne Weiteres und sofort sowohl in das persönliche Vermögen des Schuldners, als auch in dessen Grundstück als dem regelmäßig werthaltigsten Gegenstand überhaupt, vollstrecken kann. Mit der Abtretung wird das gegebene Vertrauen, das der Kreditnehmer an den Kreditgeber erbracht hat, aufgehoben und das besondere Verhältnis, das sich insbesondere auch in dem Treuhandcharakter der Rechtübertragung juristisch fassbar niederschlägt, wird beseitigt.¹²⁰ Es kommt auf die Verlässlichkeit und Bonität, vor allem auf das Vertrauen in den Sicherungsnehmer als Person an. Dies gilt nicht etwa weil der Sicherungsvertrag keine Hauptleistungspflicht der berechtigten Person kennt, und nur der Sicherungsgeber leisten muss, sondern eben weil der Sicherungsnehmer nach außen deutlich mehr Rechtsmacht erhält, als er, gebunden durch den Sicherungsvertrag, aus-

¹²⁰ Zwar unterliegt der neue Gläubiger gegebenenfalls deutschem Recht, jedoch ist die im Dauerschuldverhältnis des Darlehensvertrages angelegte Vertrauensbasis zwischen diesem Schuldner und diesem Gläubiger nicht mehr existent.

üben darf.¹²¹ So kann er jederzeit sowohl aus der Grundschuld die Zwangsverwaltung und Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben, das oftmals den einzigen Gegenstand des Kreditnehmers von echtem Wert darstellt und zugleich die Summe des angesparten Nettokapitals beinhaltet, als auch in das persönliche Vermögen, die Lohnansprüche und Kontoguthaben des Sicherungsgebers mittels der persönlichen Haftungsübernahme nebst Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung vollstrecken und zwar vollkommen losgelöst davon, ob die gesicherte Forderung, fällig und durchsetzbar ist und nicht befriedigt wurde. Einen derartigen Vorschuss gibt eine Person einer anderen nur dann, wenn sie dieser Person ein überragendes Maß an Vertrauen entgegenbringt.¹²²

5.2.2 Zerstörung des Vertrauensverhältnisses

Dieses Vertrauen und das darauf gegründete personale Verhältnis zwischen dem Kreditgeber und dem Kunden wird durch die Zession an einen unbekanntem Dritten, schlimmstenfalls anonyme Fonds im Ausland, die oftmals noch nicht einmal über eine Internetpräsenz mit Benennung der verantwortlichen Personen verfügen, aufgehoben und beseitigt. Dies muss ein Kreditnehmer im laufenden Darlehensverhältnis, das immerhin regelmäßig auf Zeiträume von 25 – 30 Jahren angelegt ist,

¹²¹ BGH WM 1989, 210.

¹²² Mithin folgt aus der Sicherungsabrede in aller Regel ein treuhänderisches Rechtsverhältnis zwischen dem Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer. Zwar kann der Sicherungsnehmer die Sicherheit verwerten oder abtreten, er darf dies aber nur, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist. Dazu hat er sich in der Sicherungsabrede entweder ausdrücklich oder aber stillschweigend verpflichtet. Dies gilt sowohl in Eigensicherungsfällen, erst recht aber, wenn ein Dritte dem Gläubiger vertraut und für den Darlehensnehmer eine Sicherheit bestellt. Wie bei der Bürgschaft schenkt der Drittsicherungsgeber doppeltes Vertrauen. Einmal vertraut er wie der Gläubiger in die Rückzahlungsfähigkeit des Hauptschuldners,¹²² andererseits darauf dass dieser Gläubiger als Person und dieser Gläubiger als (deutsche) Bank nicht abredewidrig¹²² oder missbräuchlich mit der Sicherheit umgeht. Beides darf nicht enttäuscht werden und zwar gläubigerseits weder durch die Abtretung an einen Dritten ohne Eintritt des Sicherungsfalls, noch in der Krise durch Abtretung der Sicherheit an eine Nichtbank. In der Verfügung der Abtretung an einen Dritten bzw. an eine Nichtbank liegt daher bereits selbst eine Vertragsverletzung, wodurch sich der Sicherungsnehmer bereits grundsätzlich schadensersatzpflichtig macht, auch wenn die Verfügung selbst nicht unwirksam wäre.

nicht hinnehmen. Dem Kreditgeber ist daher nach § 242 BGB eine umfassende Zession seiner Ansprüche an Dritte insbesondere in ungestörten Kreditverhältnissen verwehrt. Das persönliche Band zwischen Schuldner und Gläubiger ist mittels der Zession nur deswegen gelockert worden, um die Verkehrsfähigkeit einer Forderung zu ermöglichen. Die Abtretung soll hingegen nicht ermöglichen, dass sich der Vertragspartner aus seiner Vertrauensstellung insgesamt stiehlt und gegen den Willen seines Vertragspartners oder ohne dessen Zustimmung das zwischen diesen bestehende Vertrauensverhältnis aufbricht und auf einen Dritten überträgt, zu dem der Vertragspartner eben kein Vertrauen hat. Der Verlust besteht einerseits darin, dass mit diesem Gläubiger mangels Kontakt gerade keine Basis vorhanden ist, an die angeknüpft werden könnte. Ohne die Zulassung als Bank, die einer Kontrolle unterworfen ist, kann er dem Zessionar nicht einmal institutionelles Vertrauen entgegen bringen. Zessionen in derart personal geprägten Vertragsverhältnissen kann die Rechtsordnung nicht zulassen, weil sie fast zur völligen Beseitigung des persönlichen Vertrauens zum einen, und des Vertrauens in die Institution des Bankensystems zum anderen führen würde. Derartige Transaktionen an "Heuschrecken"-Fonds überschreiten die Grenze dessen was sozial tolerabel, vor allem aber auch rechtlich möglich ist, was sich insbesondere aus den gesetzlichen Bestimmungen und aus der Intention des Gesetzgebers bei Zulassung der Zession ergibt. Historisch, systematisch und teleologisch sind daher der Zession Grenzen gesetzt, die in § 399 1. Alternative BGB nur undeutlich Ausdruck gefunden haben. Dort ist lediglich von Veränderung des Inhalts die Rede, was allerdings dahingehend gedeutet werden kann, dass zum Inhalt des Vertragsverhältnisses auch das zu Grunde liegende Vertrauen der Vertragspartner gezählt werden muss, womit sich über eine entsprechende Auslegung der genannten Norm ein Verbot derartiger Transaktionen begründen lässt. Die Freiheit der Vertragspartnerwahl wird zwar durch die Zession nicht aufgehoben, weil der bisherige Kreditnehmer dem Darle-

hensnehmer weiter verpflichtet bleibt. Das Verhältnis der Partner ist aber beim typischen Hauskredit insgesamt derart von Vertrauen getragen, dass Zessionen der genannten Art und Weise nicht zulässig sind. Ein Wertungswiderspruch zu anderen Zessionen ergibt sich daraus nicht. Immobiliarkreditverhältnisse weisen vielmehr eine besondere Interessenlage auf. Wenn schon bei der Überlassung einer Mietsache eine Zession nicht möglich ist, gilt dies erst recht, wenn sich diejenige Person aus einem Vertragsverhältnis gläubigerseits zugunsten eines Dritten verabschieden will, der mittels besonders großen Vertrauens eine einmalige Rechtsposition eingeräumt wird. Die treuhänderische Bindung selbst bedingt in diesem Fall auch ein pactum de non petendo zu Gunsten des Schuldners nach § 399 2. Halbs. BGB. Anders als bei der Weiterabtretung von Sicherungsabtretungen, die gegen das Innenverhältnis verstoßen und wirksam bleiben, führt der Verstoß gegen § 399 2. Alternative BGB zur Unwirksamkeit der Abtretung selbst.¹²³

5.2.3 Stillschweigender Abtretungsausschluss

Die Abtretbarkeit von Immobiliarkreditforderungen kann zudem an § 399 2. Halbs. BGB scheitern. Danach sind solche Abtretungen nicht wirksam, die durch Vereinbarung mit dem

¹²³ Dieser Befund wird durch einen Vergleich zu § 404 BGB bestätigt. Kann der Schuldner dem Zessionar zwar grundsätzlich die Einwendungen entgegenzusetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den Zedenten begründet waren, betrifft dies nach ganz herrschender Auffassung gerade nicht diejenigen Umstände, die auf die Person des Altgläubigers zurückgehen.¹²³ Die Anwendung des § 404 BGB ist mithin wegen des höchstpersönlichen Charakters der Einwendung ausgeschlossen. Hinsichtlich der Abtretung selbst muss dann auch Geltung beanspruchen, dass der Gläubiger allein dann auf eine Zession verzichten muss, wenn die Vertragsumstände auf seine Person zurückgehen. Denn, so ist zu Gunsten des Schuldners anzunehmen, hätte dieser den Vertrag überhaupt nicht geschlossen. Dies gilt in allen Fällen, in denen typischerweise angenommen werden kann, dass der eine Teil mit dem anderen Teil keinen Vertrag geschlossen hätte, wenn letztgenannter nicht eine besondere Vertrauensstellung von vorneherein innehat wie bei Ärzten, Anwälten oder eben auch Banken, oder aber die Position als Vertragspartei etwa vom Geschäftstyp aus betrachtet typischerweise besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt wie beim Immobiliarkredit der Sicherungsnehmer, und zwar als Person und in seiner Rolle (als Bank) zugleich.

Schuldner ausgeschlossen sind.¹²⁴ Dabei ist der historische Gesetzgeber davon ausgegangen, dass der Schuldner die Möglichkeit hat, wenn er die Zession der Forderung verhindern will, diese im Verhandlungswege mit dem Gläubiger durch Vereinbarung auszuschließen. Dies beruhte auf der Vorstellung, Vertragspartner seien nicht nur formal, sondern auch im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Potenz gleich mächtige Vertragspartner und dabei wurde übersehen, dass es bis heute regelmäßig der wirtschaftlich stärkere Vertragspartner ist, der dem anderen seine Bedingungen durch allgemeine Geschäftsbedingungen oktroyiert. So wird in der Bankpraxis oft einseitig zu Gunsten des Kreditgebers eine Abtretungsbefugnis vereinbart, eine solche aber für den Darlehensnehmer nicht vorgesehen. Daraus folgt für sich genommen zwar noch keine unangemessene Benachteiligung des Kreditnehmers, weil er grundsätzlich seinen Anspruch auf Auszahlung der Valuta abtreten und verpfänden kann.¹²⁵ Anders ist es aber, wenn der Kreditgeber nicht nur die Darlehensforderung, sondern das gesamte Sicherungspaket, das er sich vom Kreditnehmer hat einräumen lassen, an einen Dritten zediert. Zum einen widerspricht eine so umfassende Zession den Vertragsbestimmungen, die regelmäßig nur eine Abtretung der Darlehensforderung vorsehen, zum anderen konnte der Kreditnehmer von Anfang an nicht erkennen, dass die Bank auch befugt sein sollte, sich derart weit aus der Vertragsbindung zu lösen. Da bekanntlich auch die unvollständige Benennung von wesentlichen Vertragsbestimmungen zur Intransparenz der vertraglichen Bestimmungen führen kann, ist eine Befugnis zur Zession im tatsächlichen Umfang kaum auf die genannte Klausel zu stützen. Vielmehr wird davon auszugehen sein, dass es dem Willen beider Parteien bei Vertragsbegründung entsprach, den

¹²⁴ Solche ergeben sich in Arbeitsverträgen vielfach aus den ihnen zu Grunde liegenden Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen (s. *Wagner*, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, S. 493 m.w.N.). Zu § 354a HGB eingehend *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 3 VII.

¹²⁵ Vgl. *Derleder/Knops/Bamberger-Derleder*, § 9 Rn. 75.

Kontrakt in der personalen Besetzung auf Gläubiger- und Schuldnerseite bis zum vorgesehenen Ende durchzuführen und nicht einseitig fast die gesamte Rechtsposition einer Seite auf einen Dritten zu verlagern. Zwar kann die Bank an der Abtretbarkeit der Kreditforderung zum Zwecke der Refinanzierung oder der Risiko- und Eigenkapitalentlastung interessiert sein.¹²⁶ Das kann aber nicht bedeuten, dass sie sich aus der Gläubigerstellung insgesamt verabschiedet, sondern nur, dass sie die Forderung im Sinne einer wirtschaftlichen Verwertbarkeit an Dritte abtritt. Von dem Verwertungsinteresse des Kreditgebers nicht umfasst sind damit Vertragspositionen, die ihr nur deswegen übertragen worden sind, weil sie persönliches wie auch institutionelles Vertrauen in Anspruch genommen hat. Aus einem solchen Vertrauen resultiert insbesondere die Bestellung der Grundsuld, vor allem aber die Abgabe der persönlichen Haftungsübernahme und zwar als Titel, der vorab zu ihren Gunsten errichtet wird und ihr einen Zugriff auf das Vermögen, d. h. das gesamte persönliche sowie das Sachvermögen des Schuldners eröffnet. Vielmehr entspricht es hier der Interessenlage beider Parteien von einem stillschweigenden Abtretungsausschluss im Sinne des § 399 2. Halbs. BGB auszugehen. Die Sicherungsabrede ist das entscheidende Faktum. Diese besagt, dass die gegebenen Sicherheiten, also der Zugriff auf das persönliche Vermögen wie auch die jederzeitige Möglichkeit in das Grundstück zu vollstrecken, nur für die Person des Gläubigers der dadurch gesicherten Forderung bestellt wurde, nicht aber für einen Dritten.¹²⁷

5.2.4 Gefahr der mehrfachen Inanspruchnahme

Nicht selten kommt es vor, dass die Abtretung von Forderung und Sicherheit an verschiedene Neugläubiger erfolgt, oder später die zunächst einheitliche Übertragung auf einen Zessionar durch dessen weitere Verfügungen auseinander fällt, so

¹²⁶ Siehe BGH VuR 2007, 148, 149 m.zahlr.w.N.

¹²⁷ Siehe allgemein zu einem pactum de non petendo OLG Nürnberg OLGZ 83, 481.

dass die Kreditforderung, die Grundschuldsicherheit sowie die anderen beim Immobiliarkredit üblichen Sicherungen bei einem oder mehreren anderen Dritten landen. So könnte etwa auch der Gläubiger die Darlehensforderung an den Neugläubiger A, die Ansprüche aus der dafür bestellten Grundschuld an den Neugläubiger B und die Forderung aus der persönlichen Haftungsübernahme nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung an den Neugläubiger C übertragen.

Gegen die Abtretung ist nichts einzuwenden, solange der Kreditgeber das Darlehen und die dafür bestellten Sicherheiten zugleich an denselben Zessionar abtritt und dies von Anfang an vorgesehen war. Zwar ist bei getrennter Abtretung an verschiedene Personen dem Sicherungsvertrag kein wirksames Abtretungsverbot im Sinne des § 399 BGB zu entnehmen.¹²⁸ Aber der Kreditnehmer läuft in diesem Fall Gefahr doppelt¹²⁹ und bei separater Abtretung auch der persönlichen Haftungsübernahme dreifach in Anspruch genommen zu werden. Nicht nur die Grundschuld kann ohne die Forderung und die Forderung ohne die Grundschuld auf einen Dritten übertragen werden, weil § 1152 BGB für die Grundschuld keine Geltung beansprucht.¹³⁰ Vielmehr begründet auch das Schuldversprechen eine selbstständige, vom zu Grunde liegenden Kausalgeschäft des Darlehens losgelöste Verpflichtung, womit der Gläubiger über beide Forderungen getrennt verfügen,¹³¹ etwa die abstrakte Forderung aus dem Schuldversprechen ohne die kausale aus dem Darlehensvertrag abtreten kann.¹³² Allerdings kann der Gläubiger nur einmal Erfüllung verlangen. Wird die abstrakte Verbindlichkeit erfüllt, so erlischt zugleich die kausale Forderung. Umgekehrt berührt die Tilgung der kausalen Schuld die abstrakte Forderung nicht unmittelbar; sie unter-

¹²⁸ BGH NJW 1982, 2768, 2769; BGH NJW-RR 1991, 305.

¹²⁹ Siehe nur *Wolfsteiner*, in: *Kersten/Bühling*, § 75 II 1. X Rn. 617.

¹³⁰ Siehe *MünchKommBGB-Eickmann*, § 1153 Rn. 15.

¹³¹ *Staudinger-Marburger*, § 780 Rn. 16.

¹³² Vgl. *Planck-Landois*, § 780 Anm. 3b; v. *Tuhr*, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, S. 126.

liegt aber der Rückforderung oder der Einrede nach den §§ 812 Abs. 2, 821 BGB.¹³³ So klar liegt es bei dem Auseinanderfallen von Forderung und Grundschuld sicherheit nicht. Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der aus der Grundschuld befriedigte Sicherungsnehmer die gesicherte Forderung nicht mehr geltend machen, wenn dadurch eine doppelte Befriedigung eintreten würde.¹³⁴ Allerdings hat der BGH die aus § 242 BGB hergeleitete Einwendung der „Doppelbefriedigung“ bislang nur auf solche Fälle bezogen, in denen der persönliche Schuldner der Forderung nicht identisch mit dem Eigentümer des Grundstücks und dem Sicherungsgeber war. Diese Einrede muss auch für den Fall gelten, dass Eigentümer und Schuldner ein und dieselbe Person sind, also der Kreditnehmer der Bank an seinem Grundstück eine Grundschuld bestellt hat.¹³⁵

Zwar ist aus diesen Gründen, entgegen einer teilweise in der Literatur vertretenen Rechtsansicht, eine isolierte Weiterübertragung der Forderung wie auch des Sicherungsmittels selbst nicht zulässig,¹³⁶ weswegen für etwaig eintretende Nachteile beim Sicherungsgeber der Zedent als ursprünglicher Sicherungsnehmer einzutreten hat. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf Klauseln, die früher durch die AGB-Banken Nr. 21 § 3 S. 2 Vertragsbestandteil geworden sind, wonach das Kreditinstitut Grund- und Rentenschulden nur zusammen mit der gesicherten Forderung verkaufen durfte und sich regelmäßig schadenersatzpflichtig machte, wenn es gegen diese schuldrechtliche Verpflichtung, die allerdings keine dingliche Wirkung wie im Falle des § 399 BGB erreichte, verstieß.¹³⁷ Ein gesicherter Rechtsstand ist aber im Trias der Forderungen aus Darlehen, Grundschuld und persönlicher Haftungsübernahme

¹³³ *Staudinger-Marburger*, § 780 Rn. 16.

¹³⁴ BGHZ 105, 154, 158 = NJW 1988, 2730, 2731.

¹³⁵ Siehe *Knops*, Verbraucherschutz bei der Begründung, Beendigung und Übernahme von Immobiliarkreditverhältnissen, S. 169 f.

¹³⁶ Siehe dazu ausführlich *Derleder/Knops/Bamberger-Otten*, § 17 Rn. 43 ff. mw.N.

¹³⁷ BGH NJW 1972, 1464; BGH KTS 1982, 678; *Soergel-Zeiss*, § 399 Rn. 6

nicht erreicht, was insgesamt darauf hinweist, dass das Sicherungspaket rund um die Kreditgewährung sowohl sachlich als auch personell so stark an den Gläubiger gebunden ist, dass eine Abtretung an einen Zessionar oder mehrere Dritte zwar sachenrechtlich möglich ist, wegen der dadurch heraufbeschworenen Gefahr der Dreifachinanspruchnahme einem Verbraucherschuldner aber nicht zugemutet werden kann, der sich unter Umständen gegen alle drei mit entsprechenden Klagen wehren muss.

6. Forderungsübergang durch Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz¹³⁸

Neben der Abtretungskonstruktion haben deutsche Banken bei der Auslagerung von Krediten nicht selten auf das für gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungsprozesse zugeschnittene Umwandlungsgesetz zurückgegriffen, um eine Mitwirkung der betroffenen Kreditnehmer auszuschalten. Insbesondere der Weg der Kreditübertragung mittels der Ausgliederung wird von vielen Bankvertretern und solchen der Hedge-Fonds als unangreifbar angesehen.

Unter Ausgliederung wird nach § 123 Abs. 3 UmwG ein Rechtsvorgang verstanden, durch den ein Teil (oder mehrere Teile) eines Rechtsträgers zur Aufnahme oder zur Neugründung jeweils als Gesamtheit auf entweder einen (oder mehrere) bestehende(n) Rechtsträger oder von ihm dadurch gegründete(n) neue(n) Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen (oder Mitgliedschaften) dieses(r) Rechtsträger(s) an den übertragenen Rechtsträger übertragen werden. Wie auch die anderen Arten der Spaltung wird auch die Ausgliederung durch das Prinzip der partiellen Universalsukzession gekennzeichnet, weil das Vermögen nicht vollständig auf einen über-

¹³⁸ Nochmals sei an dieser Stelle auf die ausführl. Darstellung verwiesen bei *Knops*, Die Personalität des Schuldverhältnisses, Habilitationsschrift, (erscheint 2008).

nehmenden Rechtsträger übertragen wird, sondern nur teilweise. So kann sich ein Rechtsträger etwa im Krisenfall mittels Abspaltung von Verlust bringenden Unternehmensteilen trennen, wie andererseits erfolgreiche Unternehmensteile abgespalten und veräußert werden können.¹³⁹ Mit der Ausführung des Spaltungsvertrages oder des Spaltungsplans, dem Bericht und dessen Prüfung und den entsprechend zu fassenden Beschlüssen tritt mit Eintragung der Spaltung der Übergang des dort bestimmten Vermögens von dem übertragenden Rechtsträger auf den oder die übernehmenden Rechtsträger als partielle Gesamtrechtsfolge ein. Bei Aufspaltung erlischt der übertragende Rechtsträger nach Maßgabe des § 131 Abs. 1 UmwG, wobei auch Mängel der Spaltung die Eintragungswirkungen gem. Abs. 2 der Norm nicht hindern.¹⁴⁰

Widerspruchsrechte und Genehmigungen Drittbeteiligter sind den Normen des UmwG fremd, obwohl die Folgen für die Vertragspartner trotz (zeitlich begrenzter) Nachhaftung und Sicherheitsleistung krass sein können.¹⁴¹ Insbesondere stellt das Umwandlungsrecht einen der Grundpfeiler der Privatautonomie in Frage, nämlich die Freiheit der Wahl des Vertragspartners im fortlaufenden (Dauer-)Schuldverhältnis.¹⁴² Trotz eines bestehenden Vertragsverhältnisses gibt das Gesetz dem Kun-

¹³⁹ Siehe *Häuser*, in: Knops/Bamberger/Maier-Reimer, Sanierungsfinanzierung, § 12 Rn. 48 f.

¹⁴⁰ Siehe im Einzelnen *Kuhlmann/Ahnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, Rn. 975 ff.

¹⁴¹ So kann nach der h. M. eine Kapitalgesellschaft mit einem hohen Garantiekapital (Bsp.: 1 Mio. €) im Rahmen einer Aufspaltung zur Neugründung ihr Vermögen auf zwei neu gegründete GmbH übertragen, die lediglich mit einem Stammkapital, das den gesetzlichen Mindestanforderungen entspricht, ausgestattet sind. Das Verbot des § 30 GmbHG, wonach das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden darf, gilt hier nach h. M. nicht, so dass das Garantiekapital abzüglich der Mindesteinlagenverpflichtung ausgeschüttet werden könnte. Zum Ganzen *Petersen*, Der Gläubigerschutz im System des Umwandlungsrechts, Der Konzern 2004, 185, 190 f. und *Simon*, Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, Der Konzern 2004, 191 ff.

¹⁴² Eine Zustimmung als Parteien zu einem Parteiwechsel ist grundsätzlich auch wegen der Relativität des Schuldverhältnisses erforderlich (siehe *MünchKommBGB-Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 14 ff.; *Eusani*, Auswirkungen der Verschmelzung auf Bürgschaftsverpflichtungen für Dauerschuldverhältnisse am Beispiel der Mietbürgschaft, WM 2004, 866, 867.

den eines umwandelnden Unternehmens als Rechtsträger keine Möglichkeit, an dem bisherigen Vertragspartner festzuhalten. Die im UmwG genannte (partielle) Gesamtrechtsnachfolge ändert nichts daran, dass dies den Vertrag auf den Austausch von Leistungen reduziert. Dies entpersonalisiert jedes Vertragsverhältnis, selbst wenn es dem anderen Teil bei Vertragsschluss und -durchführung auf die „personale“ Erbringung durch den bestimmten Vertragspartner ankommt, er beispielsweise bewusst mit einem bestimmten Unternehmen kontrahiert hat oder er auf keinen Fall wollte, Vertragsbeziehungen zu einem der Verschmelzungsunternehmen zu unterhalten. Nach § 132 UmwG a.F. blieben die allgemeinen Vorschriften, welche die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes ausschlossen, an bestimmte Voraussetzungen knüpften oder nach denen die Übertragung eines Gegenstandes einer staatlichen Genehmigung bedurfte, durch die Wirkungen der Eintragung nach § 131 UmwG unberührt. Hinsichtlich der Aufspaltung war in § 132 Satz 2 UmwG a.F. bestimmt, dass § 399 BGB der Aufspaltung nicht entgegenstehe. Ergänzend war in § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UmwG a.F. normiert, dass Gegenstände, die nicht durch ein Rechtsgeschäft übertragen werden können, bei einer Abspaltung und Ausgliederung dem übertragenden Rechtsträger verbleiben sollten. Nach intensiver Kritik von Teilen des Schrifttums, wonach insbesondere § 132 UmwG a.F. eine „Spaltungsbremse“ darstelle, weil sie die freie Verfügbarkeit von Gegenständen, worunter nach allgemeiner Meinung auch Forderungen und ganze Verträge verstanden wurden, durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.4.2007 ersatzlos gestrichen. Die Begründung des Gesetzgebers liest sich eindeutig.¹⁴³ Wegen erheblicher Schwierigkeiten bei der praktischen Anwendung der Regelung des § 132 UmwG a.F. seien Versuche, diesen durch Auslegung zu begegnen, vielfach ohne Erfolg geblieben, was letztlich zu einer Rechtsunsicherheit geführt

¹⁴³ RegE, BT-Drs. 16/2919 S. 19.

habe. Wissenschaft und Praxis hätten die Regelung des § 132 UmwG als „Spaltungsbremse“ angesehen, weswegen die Norm aufzuheben und damit die Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzung und Spaltung denselben Grundsätzen zu unterwerfen sei. Danach bleiben von der Rechtsnachfolge nur höchstpersönliche Rechte und Pflichten ausgenommen. Ob und inwieweit ein durch den Rechtsübergang betroffener Dritter, der sich durch die Gesamtrechtsnachfolge einem neuen Vertragspartner gegenüber sieht, diesen Zustand akzeptieren müsse oder sich dagegen durch Kündigung, Rücktritt, Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder auf ähnliche Weise wehren könne, ergebe sich aus den insoweit geltenden allgemeinen Vorschriften.¹⁴⁴ Die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts bestimmen danach, ob Gegenstände und die ihnen zuzuordnenden Hilfsrechte bei der Zuweisung getrennt werden können, ob etwa bestimmte Rechte bei der Spaltung erlöschen oder ob sie bei einer Abspaltung oder Ausgliederung übergeleitet werden können. Personal geprägte Rechte und Pflichten und höchstpersönliche Rechte und Pflichten, die zivilrechtlich nicht übertragbar sind, können auch umwandlungsrechtlich nicht ohne weiteres übertragen werden, womit sich ein betroffener Vertragspartner diesbezüglich auch nicht auf die bloße Möglichkeit der Kündigung oder sonstigen Beendigung verweisen lassen muss.

¹⁴⁴ Siehe RegE, BT-Drs. 16/2919 S. 19.

6.1 Höchstpersönliche Rechte und personale Vertragsbeziehungen

Von vornherein von einer Übertragbarkeit ausgenommen sind höchstpersönliche Rechte.¹⁴⁵ Diese gehen grundsätzlich nicht auf den Rechtsnachfolger über und zwar weder bei der Verschmelzung noch bei der Spaltung. Hierzu gehören exemplarisch folgende Schuld- bzw. Rechtsverhältnisse:

- Auftrag (§ 664 BGB)
- Hinterlegung (§ 691 BGB)
- Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713 BGB)
- Geschäftsführung des Vorstands (§ 27 III BGB)
- Verträge über künstlerische und wissenschaftliche Leistungen¹⁴⁶
- (vertragliche) Unterlassungsansprüche, soweit sie nur durch den Schuldner selbst erfüllt werden können¹⁴⁷
- Werkverträge und alle Verträge mit Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens
- Miet- und Darlehensverträge.¹⁴⁸

Betroffen sind somit sämtliche persönlich geprägten Schuldverhältnisse. Für einzelne von ihnen gelten allerdings auch schon zivilrechtliche Sondervorschriften wie § 613 a BGB mit dem Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers für den Fall des Betriebsübergangs. Vor allem aber ist die Unabtretbarkeit nach § 399 BGB zu beachten.¹⁴⁹

6.2 Anwendbarkeit und Schutz des § 399 BGB

Nach ganz herrschender und zutreffender Auffassung kommt §

¹⁴⁵ Nach *Müller*, Neues zur Spaltung: Die geplante Streichung von § 131 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 132 UmwG, NZG 2006, 491, 493 war die Nichtübertragbarkeit derartige Rechte „noch nie die Hauptsorge bei Unternehmensstrukturierungen“.

¹⁴⁶ AK-BGB-*Dubischar*, § 267 Rn. 1; *Soergel-Wolf*, 12. Aufl., § 267 Rn. 5.

¹⁴⁷ *Soergel-Wolf*, 12. Aufl., § 267 Rn. 5.

¹⁴⁸ Dazu eingehend m. zahlr. W. N. *Knops*, Die Personalität des Schuldverhältnisses, passim.

¹⁴⁹ *Stratz*, in: *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, § 20 Rn. 84.

399 BGB über § 412 BGB auf die Gesamtrechtsnachfolge auch im Rahmen des § 20 UmwG zur Anwendung.¹⁵⁰ Hinsichtlich der für Gläubiger weitaus gefährlicheren Spaltung, wonach Vermögensmassen im Wesentlichen frei verteilt werden können, bedurfte es angesichts der expliziten Regelung des § 132 UmwG bisher keiner Stellungnahme zur Anwendbarkeit der Norm. Dies ist aber ohne weiteres anzunehmen. Nach § 412 BGB finden die Vorschriften der §§ 399 bis 406 BGB und §§ 406 bis 410 BGB entsprechende Anwendung, wenn die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes erfolgt. Zwar spricht weder § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG noch § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG davon, dass eine Forderung übertragen wird. Implizit setzen sowohl der Wortlaut als auch der Sinn und Zweck beider Normen dies aber voraus, indem bestimmt wird, dass beim Übertrag von dem einen auf den anderen Rechtsträger auch die Verbindlichkeiten übergehen, womit zugleich die Anordnung einer Forderungsübertragung verbunden ist. Angesichts des Vergleichs der Gesetzesformulierungen kann eigentlich nicht in Frage gestellt werden, dass über § 412 BGB die Schutzvorschriften der §§ 399 ff. BGB zur Anwendung kommen, womit wiederum auf die obigen Ausführungen zu Unübertragbarkeit von Kreditverbindlichkeiten zu verweisen ist.

6.3 Unteilbarkeit von Vertragsverhältnissen

Streitig bleiben wird, ob nach einer richtig verstandenen Zuordnungsfreiheit, Vertragsverhältnisse aufgeteilt werden können.¹⁵¹ Abermals wird hier wiederum nur mit einem angeblich aner kennenswerten praktischen Bedürfnis operiert, wonach etwa bei langfristigen Lieferverträgen deren Gegenstände auf die gespaltenen Unternehmen sollen verteilt werden kön-

¹⁵⁰ *Staudinger-Busche*, § 398 Rn. 193; *Soergel-Zeiss* § 412 Rn. 1; *Erman-Westermann*, § 412 Rn. 2; *Palandt-Grüneberg*, § 412 Rn. 1; *Prütting/Wegen/Weinreich-Müller*, § 412 Rn. 4; differenzierend, aber die Anwendung des § 399 BGB nicht ausschließend, *MünchKommBGB-Roth*, § 412 Rn. 15.

¹⁵¹ Zum Streitstand *Teichmann*, in: Lutter (Hrsg.), § 132 Rn. 39 ff.; *Engel-mayer*, Spaltung, S. 49 ff.

nen.¹⁵² Nach wohl überwiegender Ansicht kommt auch bei der Teilung von Forderungen § 399 BGB zur Anwendung,¹⁵³ wenn auch mit Einschränkungen.¹⁵⁴ Doch erscheint es gerade bei Dauerschuldverhältnissen unzumutbar, wenn Leistung und Gegenleistung auseinander gerissen oder sogar der Partner des Rechtsträgers zu Teilleistungen, einmal an die Gesellschaft A, zum anderen an die Gesellschaft B, vielleicht sogar auch noch an dritte oder vierte Gesellschaften, die aus der Spaltung hervorgegangen sind, verpflichtet werden soll. Zwar kann der übernehmende Rechtsträger durch eine Zession seine Ansprüche abtreten, eine Aufteilung seiner Verbindlichkeiten ist hingegen ohne Zustimmung des Gläubigers nicht möglich. Richtig ist aber, dass eine Teilung zuzulassen ist, wenn der Vertragspartner zustimmt.¹⁵⁵ Der Gläubiger muss es in der Hand haben, eine Zersplitterung des Schuldverhältnisses zu verhindern, auch wenn er im Zuge der Schuldübernahme auch den übernehmenden Rechtsträger als solchen mangels Anwendbarkeit des § 415 BGB hinnehmen muss.

Allerdings wird auch für den Fall, dass der übernehmende Rechtsträger Gläubiger ist, der Grundsatz postuliert, die Gegenstände der Spaltung unterlägen freier Teilbarkeit. Dies ist für Forderungsrechte im Prinzip sicher richtig, wie die Regeln zur Teilzession zeigen. Doch sind auch hier schuldnerschützende Regeln zu beachten, die sich aus einer analogen Anwendung der einschlägigen zessionsrechtlichen Vorschriften ergeben müssen, da eine Spaltung von Forderungen im Ergebnis nichts anders ist als eine Teilabtretung von Forderungen, womit der Schuldner nicht rechtlos gestellt werden darf, wohingegen ihm im Zessionsfall die Regeln der §§ 399 ff. BGB zugute kommen. Denn die Gefahren liegen nicht in der Über-

¹⁵² *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften § 49 Rn. 26.

¹⁵³ Siehe *Priester*, in: Lutter (Hrsg.), UmwG, § 126 Rn. 62; *Rieble*, ZIP 1997, 301, 310 f.

¹⁵⁴ Siehe MünchKommBGB-*Roth*, § 412 Rn. 15.

¹⁵⁵ *Priester*, in: Lutter (Hrsg.), § 126 Rn. 64; *Maier*, in: Widmann, UmwG, § 126 Rn. 228; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 49 Rn. 26; *Heidenhain*, NJW 1995, 2873.

tragung auf einen Dritten, sondern in der Teilung selbst.

Bei anderen Verbindlichkeiten liegt es zum Teil auch ganz anders, wenn etwa Ansprüche aus Arbeits- oder Dienstleistungen gar nicht geteilt werden können. Hier wird ohne Weiteres auch die Geltung des § 399 Halbs. 1 BGB anerkannt, und zwar i. V. m. § 613 Satz 2 BGB.¹⁵⁶ Gleichfalls sind akzessorische Rechte von vornherein von einer Teilung ausgenommen, weil ihre Konnexität dadurch verloren gehen würde. Dies ist für die wichtigste Personalsicherheit, die Bürgschaft, ebenso geklärt wie hinsichtlich der Hypothek.¹⁵⁷ So liegt es regelmäßig auch bei der Sicherungsgrundschuld, bei der – im Gegensatz zu der im Gesetz genannten isolierten Grundschuld nach § 1191 BGB – mittels der Verknüpfung des Grundpfandrechts mit der Forderung durch den Sicherungsvertrag eine „Quasi-Akzessorietät“ vorliegt.¹⁵⁸ Auch Anfechtungs-, Kündigungs- oder Rücktrittsrechte können nicht ohne das zugrundeliegende Schuldverhältnis, zu dem sie gehören, übertragen werden.¹⁵⁹ Die Vermögensaufteilung im Spaltungsvertrag und Spaltungsplan unterliegt daher den zivilrechtlichen Restriktionen wie jede andere Zuordnung auch.¹⁶⁰ Unternehmen stehen mit ihren Interessen innerhalb, nicht außerhalb des Zivilrechtssystems.

6.4 Zustimmungsvorbehalt und Widerspruchsrecht

Nach den Regelungen des UmwG muss ein externer Gläubiger wie ein Kreditnehmer gegenüber der Bank - keinem der im Gesetz genannten Umwandlungsvorgänge zustimmen. Ein Widerspruchsrecht gegen eine erfolgte Umwandlung steht ihm

¹⁵⁶ *Kuhlmann/Ahnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, Rn. 1010.

¹⁵⁷ Siehe *MünchKommBGB-Reuter*, § 41 Rn. 60 und *Staudinger-Wolfsteiner*, § 1154 Rn. 1 ff.

¹⁵⁸ So *Kessal-Wulf*, in: *Staudinger/Eckpfeiler*, 2005, S. 443; *AK-BGB-Reich*, 1983, § 1191 Rn. 5: „mittelbare Akzessorietät“; *Knops*, S. 174 Fn. 15: „einseitige Akzessorietät“.

¹⁵⁹ *Kallmeyer*, in: *Kallmeyer*, UmwG, § 126 Rn. 24; *Kuhlmann/Ahnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, Rn. 1010.

¹⁶⁰ Vgl. *MünchKommBGB-Reuter*, § 41 Rn. 60.

ebenfalls nicht zu. Dennoch wird ihm im Falle der Verschmelzung und der Spaltung ein neuer Vertragspartner zugemutet. Nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches kann ein Schuldner nach den §§ 414 ff. BGB eine Forderung nur mit dem Einverständnis, niemals gegen den Willen des Gläubigers auf einen Dritten übertragen. Auch scheitert zwingend eine Vertragsübernahme, wenn ein Vertragspartner nicht zustimmt. Der Grundsatz der freien Vertragspartnerwahl gilt bei einmal eingegangenen Schuldverhältnissen fast unbeschränkt. Selbst ein Kontrahierungszwang kann nicht in laufende Verträge eingreifen, sondern nur eine Pflicht begründen, mit einem anderen überhaupt einen Vertrag zu schließen. Lediglich bei gesetzlich angeordneten Vertragsübernahmen, wie etwa nach den §§ 563 ff. und 613a BGB ist ein Wechsel der Vertragsparteien hinzunehmen.¹⁶¹ In diesen Fällen dienen die Einschnitte in die Vertragspartnerwahlfreiheit auf Gläubigerseite dem Schutz der schwächeren Vertragspartei, was bei einer Unternehmensumwandlung gegenüber normalen Gläubigern – wie insbesondere bei Verbrauchern – nicht der Fall ist, sondern umgekehrt der Vertragspartner des Unternehmens in aller Regel in der wirtschaftlich schlechteren Lage ist, wenn es sich nicht seinerseits um ein Unternehmen mit gleicher oder größerer Marktmacht handelt. Verfassungsrechtlich ist es auch bei einem gesetzlich angeordneten Kontrahierungszwang zu beanstanden, wenn eine umfassende Abwägung der berührten Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Gesetzes zu dem Ergebnis führt, dass die Interessen des Kontrahierungsverpflichteten diejenigen des anderen Teil überwiegen.¹⁶² Dadurch, dass die §§ 20, 133 UmwG eine Auswechslung des Vertragspartners ohne und auch gegen den Willen des anderen Vertragspartners vorsehen, könnte mithin ein Verstoß gegen den Verfassungsgrundsatz der Vertragspartnerwahlfreiheit als besondere Ausprägung der Privatautonomie gegeben sein, wie sie als Teilstück der durch Art. 2 Abs.

¹⁶¹ Siehe oben § 2 C IV 2.

¹⁶² BVerfG GRUR 2000, 266, 270 f.

1 GG geschützten freien Entfaltung der Persönlichkeit garantiert wird.¹⁶³ Sie genießt als elementares Mittel zur freien Entfaltung der Persönlichkeit verfassungsrechtlichen Schutz.¹⁶⁴ Inhaltlich entspricht die Privatautonomie dem im Zivilrecht üblichen Begriff der Handlungsfreiheit,¹⁶⁵ die so als unbenanntes Freiheitsrecht mit quasi verselbstständigtem Inhalt durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet und geschützt wird¹⁶⁶. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet damit vor allem als klassisches Abwehrrecht das grundrechtlich verbriefte Recht des Einzelnen, grundsätzlich ohne hoheitliche Vorgaben und Einschränkungen in freier Selbstbestimmung über die eigenen Rechtsbeziehungen zu privaten Dritten zu entscheiden.¹⁶⁷ Hierzu gehört auch die Garantie des Bestands eines abgeschlossenen Vertrags.¹⁶⁸ Durch die Umgestaltung eines bestehenden Schuldverhältnisses im Wege des Forderungsübergangs und damit durch das Auswechseln des Vertragspartners ohne oder gar gegen den Willen des Betroffenen wird der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG unzulässig verkürzt.¹⁶⁹

Ein fakultatives, zeitlich unter Umständen eng begrenztes Widerspruchsrecht des durch eine Umwandlung betroffenen Vertragspartners hinsichtlich seiner Forderung, insbesondere aus Dauerschuldverhältnissen erscheint daher verfassungsrechtlich geboten, aber auch ausreichend, um einen sachgerechten Ausgleich herbeizuführen. In diesem Fall würden zwar Verbindlichkeiten bei dem übertragenden Rechtsträger ver-

¹⁶³ BVerfGE 8, 274, 328 = JZ 1959, 355 ff.; BVerfGE 12, 341, 347; BVerfGE 60, 329, 339 = JZ 1982, 553 ff.; BVerfGE 65, 196, 210 = ZIP 1984, 94 ff.; BVerfGE 70, 115, 123; BVerfGE 72, 155, 170 = NJW 1986, 1859 ff.; BVerfGE 89, 214, 231 = NJW 1994, 36, 38; BVerfGE 95, 267, 303 = NJW 1997, 1975 ff.; BVerfGE 103, 197, 215 = FamRZ 2001, 614; BVerwGE 1, 321, 323 = NJW 1955, 962 ff.; BVerwGE 2, 114, 115; BVerwGE 2, 118, 120; BVerwGE 3, 303, 304; BGHZ 137, 220 f.; BGHZ 130, 376; BGHZ 70, 324.

¹⁶⁴ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 101 m.w.Nachw.

¹⁶⁵ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 101.

¹⁶⁶ *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 183 ff.; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 101; *Dreier*, in: ders., GG, Bd. I, 2. Aufl. (2004), Art. 2 Rn 38.

¹⁶⁷ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 102 m.w.Nachw.

¹⁶⁸ BVerfGE 95, 267, 303 f.; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 102.

¹⁶⁹ Im Einzelnen *Knops*, a.a.O.

bleiben, der dann nicht – wie im UmwG vorgesehen – sofort gelöscht werden könnte. Doch das ist hinzunehmen, weil auch höchstpersönliche Rechte nicht übertragen werden können und ebenfalls diese Rechtsfolge auslösen. Sie ist zwingend, wenn vermögensrechtliche Positionen betroffen sind¹⁷⁰ und praktisch häufig bei Arbeitsverträgen, wo dem Arbeitnehmer – gerade bei Verschmelzungen¹⁷¹ und Spaltungen¹⁷² – nach § 613 a Abs. 6 BGB ein unabdingbares Widerspruchsrecht zusteht,¹⁷³ um den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu verhindern und dies auch zur Folge hat, dass der Vertrag mit dem übertragenden Unternehmen bestehen bleibt.¹⁷⁴ Der Bestand des Unternehmens bis zur vollständigen Abwicklung ist zudem ein seit Jahrzehnten praktizierter und außerhalb des UmwG gesellschaftsrechtlich zwingender Mechanismus, der weder gesellschaftliche Umstrukturierungen verhindert noch diese unzumutbar erschwert. Ein Widerspruchsrecht wahrt vor allem die personale Bindung und das sachliche Substrat der eingegangenen Vertragsbindung und ist somit nicht nur officium nobile unter Vertragspartnern, sondern notwendiges Kompensationsinstrument zur Erhaltung der Vertragsfreiheit und Relativität des Schuldverhältnisses. Dabei kann eine Zustimmung oft mit nur geringem Aufwand und ohne Probleme eingeholt werden

¹⁷⁰ Siehe abermals BVerfG WM 1999, 435 ff.

¹⁷¹ BAG ZIP 2000, 1630; BAG DB 1994, 1683 zum alten Recht.

¹⁷² Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 324 Rn. 2; siehe auch Stratz, ebd., § 20 Rn. 97 ff. mit Darstellung des Streitstandes.

¹⁷³ Siehe § 324 UmwG.

¹⁷⁴ Nach a.A. führt es bei der Verschmelzung gerade wegen Löschung des übertragenden Rechtsträgers zum Wegfall des Widerspruchsrechts (Stratz, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 20 Rn. 102, auch unter Hinweis auf LAG Düsseldorf, Az. 9 Sa 945/02 – unveröff. -). Bei der Aufspaltung soll hingegen der Widerspruch zum automatischen Entfall des Arbeitsverhältnisses führen (ArbG Münster DB 2000, 1182; Joost, in: Lutter (Hrsg.), UmwG, § 324 Rn. 66; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, § 131 Rn. 54 m.w.N.), und zwar vor allem, weil die Fortsetzung wegen der Löschung des übertragenden Rechtsträgers unmöglich sei und weil das Widerspruchsrecht allein bezwecke, dem Arbeitnehmer keinen neuen Vertragspartner aufzudrängen, nicht aber den Arbeitsplatz zu erhalten (a.A. überzeugend Gaul/Otto, DB 2002, 634, 636). Beides ist angesichts der Entscheidung des BVerfG WM 1999, 435 ff. unhaltbar, nur ist dann eben nicht Art. 14 GG, sondern Art. 12 Abs. 1 und 2, 2 Abs. 1 GG einschlägig. Auch steht diese Auffassung im Gegensatz zu EuGH NZA 1993, 169 und wendet im Fall der Aufspaltung die allein dem Schutz des Arbeitnehmers dienende Vorschrift des § 613 a BGB gegen diesen selbst, nur um den Untergang des übertragenden Unternehmens zu bewahren und zeigt darin seine ganze Schwäche.

und auch durch konkludentes Handeln erklärt werden. Eine Ausgestaltung wie in § 416 Abs. 1 Satz 2 BGB, wo ein Schweigen ausnahmsweise als Zustimmung konstruiert wird, wäre möglich. Die notwendige Rechtssicherheit würde nach Ablauf einer angemessenen Frist eintreten.

7. Verkauf Not leidender Forderungen

Wird das Darlehen nicht bedient, kann der Kreditgeber die Darlehensforderung nicht schon deshalb auf einen Dritten übertragen. Vielmehr muss eine berechtigte Kündigung und Fälligkeit bestehen, die es erst ermöglicht, Daten über den Kreditnehmer an die SCHUFA oder eine andere Auskunftstelle zu melden, sofern dies vorab vereinbart wurde. Den Verwertungsvorgang kann eine Bank dann auch mittels Verhandlungen unter Datenweitergabe mit Dritten führen, die keine Banklizenz innehaben. Dabei sind an derartige Personen aber ebenfalls Anforderungen zu stellen. So muss es sich um seriöse Dritte handeln, die dem deutschen oder einem vergleichbaren Datenschutzrecht unterliegen.¹⁷⁵ Die Kündigungsreife ist noch kein geeigneter Anknüpfungspunkt, wie in dem genannten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck kommt, insbesondere wenn erkennbar ist, dass dem Kunden Gegenansprüche zustehen und er nicht gewillt ist, in eine Datenweitergabe einzuwilligen.¹⁷⁶ Regelmäßig ist daher vor Übertragung personenbezogener Daten dessen Einwilligung einzuholen. Soweit die Kündigung gerechtfertigt ist, kann die Forderung aber abgetreten werden.

7.1 Beachtung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Nicht unter § 399 BGB, sondern unter § 134 BGB fallen die Abtretungsverbote wegen der Verletzung der Schweigepflicht.

¹⁷⁵ Siehe im Einzelnen *Derleder*, Das Outsourcing notleidender Bankkredite und seine rechtlichen Grenzen, VuR 2007, 81, 87 f.

¹⁷⁶ Siehe BVerfG WM 2003, 1023 f.

Zusammengefasst werden hier insbesondere Abtretungsverbote derjenigen Berufsgruppen, die besonderes Vertrauen in Anspruch nehmen. Dazu gehören Ärzte,¹⁷⁷ Zahnärzte,¹⁷⁸ Rechtsanwälte,¹⁷⁹ Rechtsbeistände,¹⁸⁰ Verfahrenspfleger,¹⁸¹ Steuerberater,¹⁸² unter Umständen Tierärzte,¹⁸³ wie auch wegen der Vorhaltung sensibler Daten Mobilfunkanbieter.¹⁸⁴ Nicht hierunter fallen sollen Banken,¹⁸⁵ obwohl ihnen von der Bevölkerung wegen zahlreicher Anstößigkeiten zwar nicht mehr in dem Maße wie früher, aber immer noch erhebliches Vertrauen entgegen gebracht wird.

Die hierzu in Rechtsprechung und Literatur vorherrschende Auffassung hat der Bundesgerichtshof jüngst bestätigt und bei der Zession von Darlehensforderungen sowohl einen Verstoß gegen das Bankgeheimnis als auch gegen die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes¹⁸⁶ verneint.¹⁸⁷ Die gegen diese Entscheidung gerichtete Verfassungsbeschwerde hat die erste Kammer des ersten Senates des Bundesverfassungsgerichts nicht zur Entscheidung angenommen, weil durch die Abtretung einer nach Kündigung des Darlehens entstandenen Rückzahlungsforderung das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art.1 Abs. 1 GG folgende Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht verletzt sei.¹⁸⁸ Zu betonen ist, dass in dem von beiden Gerichten entschiedenen Fall die Berechtigung der Kündigung nicht streitig war.

¹⁷⁷ BGH NJW 2005 1505; BGH NJW 1996, 775.

¹⁷⁸ OLG Karlsruhe, NJW 1998, 831.

¹⁷⁹ BGHZ 122, 117.

¹⁸⁰ LG München NJW-RR 1994, 437.

¹⁸¹ OLG Dresden NJW 2004, 1464.

¹⁸² BGH NJW 1996, 2087; OLG Frankfurt DB 2006, 1839.

¹⁸³ LG Dortmund NJW-RR 2006, 779; a.A. OLG Celle NJW 1995, 786; LG Lüneburg NJW 1993, 2994.

¹⁸⁴ OLG München NJW-RR 1998, 758.

¹⁸⁵ Siehe den Überblick bei *Palandt-Heinrichs*, § 134 Rn. 22 a.

¹⁸⁶ Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl. I S. 66), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. August 2006 (BGBl. I S. 1970).

¹⁸⁷ BGH VuR 2007, 148.

¹⁸⁸ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senates), Beschl. v. 11.6.07, Az. 1 BvR 1025/07 – WM 2007, 1694 ff.

Anders liegt es hingegen bei Forderungen aus ungekündigten Krediten oder wenn die Kündigungsberechtigung zweifelhaft ist. Mit Beschluss vom 14.12.2001 hat das Bundesverfassungsgericht einer jahrzehntelang geübten Praxis der Versicherungsbranche ein Ende bereitet, bei der diese Informationen über Beitragsrückstände hinsichtlich Lebensversicherungen, die zur Darlehenssicherung abgetreten waren, an die kreditgebenden Banken weitergeleitet haben.¹⁸⁹ In dieser Entscheidung bestätigt das Verfassungsgericht zunächst den Grundsatz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und betont, dass grundsätzlich jedermann selbst entscheiden kann, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, der Einzelne habe aber grundsätzliche Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinzunehmen. Insbesondere bei Eingehung privatrechtlicher Verträge sei aber ein letztlich unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung betroffen, in welchen auch schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit keine Eingriffe rechtfertigen können. Das Gericht betont, dass eine mutmaßliche Einwilligung nicht in Betracht kommt, wenn Anhaltspunkte vorliegen, die gegen ein Interesse an der Weitergabe der betreffenden Informationen sprechen. Im Übrigen setze eine mutmaßliche Einwilligung voraus, dass der Betroffene nicht rechtzeitig einwilligen könne,¹⁹⁰ was hingegen bei Verkäufen von Darlehen immer der Fall ist und – wie bereits in der Einleitung betont – den Banken seit langem in der Literatur empfohlen wird. Mithin können nach Ansicht des erkennenden Senates des Bundesverfassungsgerichts selbst Informationen über Not leidende Kredite nicht ohne Zustimmung des Betroffenen weitergegeben werden, wenn der Verzug umstritten ist oder

¹⁸⁹ Siehe zum Folgenden den Sachverhalt und die Entscheidungsgründe bei BVerfG WM 2003, 1023 f.

¹⁹⁰ BVerfG WM 2003, 1023 f. unter Hinweis auf *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. II, 1985, Vor § 32 Rn. 136; *Lackner/Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, Vor § 32 Rn. 21; *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, Vor § 32 Rn. 4; OLG Frankfurt, MDR 1970, 694, 695.

die Kündigungsberechtigung Anlass zu Zweifeln bietet. Dies gilt schon dann, wenn der Informationsgeber damit vermeintliche Interessen gerade desjenigen wahrnehmen will, den es angeht und über ihn Informationen erteilt. Denn auch dann steht die Datenweitergabe unter dem Zustimmungsvorbehalt des Betroffenen und ist andernfalls nur vermeintlich eine Interessenwahrnehmung zu seinen Gunsten, tatsächlich aber zu seinem Nachteil. Erst recht muss dies aber gelten, wenn die Bank lediglich im eigenen Interesse Forderungen abtreten will, um sie selbst wirtschaftlich zu verwerten. Sie darf dann erst recht keine kreditnehmerbezogenen Daten weitergeben, ohne dass zuvor der Betroffene eingewilligt hat. Das gilt für ungestörte Vertragsverhältnisse uneingeschränkt und ist selbst in der Krise zu beachten. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob der Schutz des Betroffenen von den Regeln zum Bankgeheimnis oder des Bundesdatenschutzes überhaupt erfasst ist,¹⁹¹ da eine derartige Restriktion unmittelbar aus dem Grundrechtsschutz zur informationellen Selbstbestimmung folgt. In ungestörten Vertragsverhältnissen darf die Bank auf keinen Fall Daten ihres Vertragspartners ohne dessen Zustimmung preisgeben.

7.2 Missbräuchliches Gläubigerverhalten

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes kann eine Zession nicht bereits deshalb für unzulässig erklärt werden, wenn die Forderungen aus einem gegenseitigen Vertrag in einem engen Zusammenhang stehen, wie dies bei komplexen Rechtsverhältnissen der Fall sein kann, weil andernfalls die Bedeutung des § 398 BGB weitgehend ausgehöhlt würde.¹⁹² Bloße Änderungen der Gläubigermentalität genügen ebenfalls nicht.¹⁹³ Die Grenze

¹⁹¹ Darüber hinaus begründet sich der Ausschluss der Abtretung auch in Anwendung des § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB, hilfsweise aus § 399 2. Alternative BGB wegen Verstoßes gegen den Datenschutz, s. im Einzelnen *Derleder*, Das Outsourcing notleidender Bankkredite und seine rechtlichen Grenzen, *VuR* 2007, 81, 84 ff.

¹⁹² BGH WM 2003, 2191, 2192 im Anschluss an *MünchKommBGB-Roth*, § 398 Rn. 91.

¹⁹³ BGH NJW 1972, 2036.

ist aber überschritten, wenn sich das Verhalten des Zedenten vor der Abtretung derart rechtlich verdichtet hat, dass der Schuldner darauf auch für die Zukunft vertrauen durfte, er also eine Änderung beim Zessionar nicht hinnehmen muss. Exemplarisch sind hierfür immer wiederkehrende Stundungsabreden, auf die der Schuldner auch für einen weiteren Zeitraum vertraut hat, aber der Zessionar nicht zu gewähren bereit ist. Dies ist nur ein Beispiel, wonach die Geltendmachung der abgetretenen Forderung durch den Zessionar nach Treu und Glauben unzulässig sein kann.¹⁹⁴ Zum anderen kann auch außerhalb der Regelungsnorm des § 399 BGB die Abtretung selbst unwirksam sein, wenn sie den Schuldner unzumutbar belastet, insbesondere wenn die Ausübung der Abtretungsbefugnis durch den Zedenten gegen § 242 BGB verstößt.¹⁹⁵

7.3 Abtretung an eine Nichtbank

So liegt es, wenn sich eine Bank auf nicht bankübliche Weise von einem Dritten Forderungen abtreten lässt, um ihm Deckung aus der nicht voll beanspruchten Sicherheit zu verschaffen,¹⁹⁶ es kann nicht anders entschieden werden, wenn sich eine Bank Forderungsrechten zu entledigen versucht, indem sie in nicht banküblicher Weise Kreditgeschäfte, die in ihrer Entstehung klar an ihre Eigenschaft als Bank knüpfen, an Nichtbanken veräußert. Der Schuldnerschutz hat hier Vorrang vor der "Verkehrsfähigkeit". Dies gilt umso mehr, als der BGH selbst davon spricht,¹⁹⁷ dass eine Abtretbarkeit von Kreditforderungen zur Refinanzierung üblich ist, aber nur innerhalb und nicht außerhalb des Banksystems. Dann ist außerhalb der Wertungen der §§ 399, 400 BGB eben nicht die Abtretung an

¹⁹⁴ Vgl. dazu allgemein RGZ 146, 398, 402 f.

¹⁹⁵ *Baumgärtel*, Die Unzumutbarkeit der Forderungsabtretung, AcP 156 (1957), 265, 268 ff. m.w.N.

¹⁹⁶ Siehe BGH NJW 1991, 1946 m.w.N.

¹⁹⁷ BGH VuR 2007, 148, 149 m.zahlr.w.N.

jede Person unzulässig, sondern nur an bestimmte Personen oder Gruppen.

Hinzu kommt, dass regelmäßig ein stillschweigender Ausschluss der Abtretbarkeit von Ansprüchen aus Immobiliarkreditverhältnissen anzunehmen ist, wenn der Darlehensgeber die Zession an einen Rechtsträger ohne Bankerlaubnis vornehmen will. Der Vertrag ist auf Basis der bankseitigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Stande gekommen. Der Kunde darf mithin darauf vertrauen, dass bei planmäßiger Vertragsdurchführung stets eine Bank sein Partner sein wird, er also nicht nur mit dem Service einer Bank, deren professionellen Einrichtungen und Methoden und mit der durch die Bankenaufsicht abgesicherten Mindestseriösität rechnen darf, sondern auch damit, dass sein Gläubiger plötzlich ein bankenfremdes Unternehmen ist; dies gilt insbesondere dann, wenn – wie beim langfristigen Immobiliarkredit ganz regelmäßig der Fall – nach Auslaufen der Zinsbindungsfrist die Konditionen zum Zwecke der Prolongation neu verhandelt werden müssen, dies aber einer Nichtbank gar nicht möglich ist.¹⁹⁸

Eine Abtretung ist vor allem dann ausgeschlossen, wenn es sich beim Darlehensgeber um ein spezielles Kreditinstitut handelt. So kann nach § 13 PachtkreditG¹⁹⁹ die gesicherte Forderung nur an ein Kreditinstitut abgetreten werden und soll dem zuständigen Gericht angezeigt werden. Auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Festlegung würden die Forderungen von Pfandbriefbanken oder Bausparkassen so zu behandeln sein. Deren Geschäfts- und Finanzierungsmodelle basieren auf den speziellen Regelungen des Pfandbrief- oder Bausparkassengesetzes, die wenigstens auch dem Schutz des Kreditnehmers dienen, so dass eine Verlagerung des Engagements auf

¹⁹⁸ *Derleder*, Das Outsourcing nötleidender Bankkredite und seine rechtlichen Grenzen, *VuR* 2007, 81, 86 f. insbes. gegen *Nobbe*, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, *WM* 2005, 1537 ff.

¹⁹⁹ Pachtkreditgesetz v. 8. November 1985 (BGBl. I S. 2065 - bereinigte Fassung).

Banken, die nicht diesen Regeln unterworfen sind, nicht möglich erscheint. Beide Typen von Banken müssen darauf achten, dass die Darlehensmittel ihrem Portfolio zufließen und nicht etwa dem von Dritten. Pfandbriefbanken unterliegen als Spezialinstitute einem besonderen Aufsichtsrecht, was regelmäßig als Geschäftsgrundlage des gesamten Vertrages anzusehen ist, womit eine Auslagerung der Gläubigerrolle auf Dritte nicht in Betracht kommen kann. Bei Bausparkrediten stammen die Darlehensvaluten aus der dort angesammelten Zuteilungsmasse und sind für wohnungswirtschaftliche Maßnahmen gewährt worden. Eine Rückführung außerhalb des Bausparkassensystems kann schon im Verhältnis zu den anderen Anwärtern nicht gerechtfertigt werden, handelt es sich zudem um ein besonderes Rechtsverhältnis, das dem Kreditnehmer bei Zuteilungsreife einen Rechtsanspruch auf Kreditgewährung gibt. Dieses System würde erschwert oder ganz zu Fall gebracht werden, wenn die Rückzahlungsbeträge nicht oder durch den beim Verkauf vorzunehmenden Abschlag in großem Stil nicht vollwertig in das Finanzierungssystem zurückgeführt würden.

Ist gegenüber Bausparkassen und Pfandbriefbanken durch die besondere Ausgestaltung der Bedingungen durch den Gesetzgeber bereits implizit vorgegeben, dass ein spezielles Verhältnis zwischen den Vertragsparteien vorliegt, ergibt sich dies gegenüber Geschäftsbanken und anderen Darlehensgebern nicht ohne Weiteres. Allerdings spielt hier vor allem das Vertrauen typischerweise eine ganz erhebliche Rolle. Kredite, gerade auch langfristiger Art, können neben den Spezialkreditinstituten heute sowohl bei Geschäftsbanken, Sparkassen oder auch privaten Darlehensgebern problemlos nachgefragt werden. Der Umstand, dass insbesondere die Kreditvergabe im Wohnungsbau fast ausschließlich über das Bankensystem abgewickelt wird, also Versicherungen wie auch private Geldgeber in nur sehr geringem Umfang als Darlehensgeber für die meisten Menschen in Betracht kommen, lässt darauf schließen, dass der Eigenschaft als Bank regelmäßig ein ganz erheb-

liches Vertrauensmoment zukommt. Dabei handelt es sich sicher um Institutionenvertrauen, das zwar enttäuscht werden darf als Vertrauen in eine konkrete Person, nicht aber als solches in die Rolle des Kreditgebers als Bank. Insoweit ist die Abtretung von Darlehensforderungen einer Bank an eine Nichtbank der Ratio des § 399 1. Halbs. BGB entsprechend als eine Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger mit Veränderung ihres Inhaltes anzusehen und daher nicht zulässig.²⁰⁰ Dies folgt auch aus der Laufzeit der Verträge von 20 - 35 Jahren. Nach Auslaufen der Zinsbindungsfrist, also dem regelmäßig 10, seltener 5 Jahre betragenden²⁰¹ Zeitraum in dem der Kreditnehmer nicht kündigen kann, müssen die Konditionen neu verhandelt werden, wobei der Vertrag aber im Übrigen bestehen bleibt. Eine Fortführung des Engagements ist Nichtbanken von vorneherein auch angesichts der Masse der übernommenen Kredite oftmals nicht möglich. Wenn dies doch der Fall sein sollte, können sie aber den Kunden aller Voraussicht nach nicht die für Immobiliarkredite marktüblichen Konditionen bieten, weil sie außerhalb des Bankensystems stehen und selbst nicht die im Interbankenverkehr üblichen Bedingungen erhalten, sondern die Darlehensmittel am freien Markt refinanzieren müssen. Zudem sind Nichtbanken auch angesichts ihrer Struktur kaum in der Lage die Kreditverträge in ihrer Masse entsprechend professionell und unter Aufsicht zu verwalten, wodurch mit der Zession die bisherige Geschäftsgrundlage verlassen wird. Dabei ist auch auf die Wertung zurückzugreifen, dass Banken im Gegensatz zu Nichtbanken nicht nur einem Aufsichtssystem unterliegen, sondern vor allem auch – über ein System der Einlagensicherung – ein praktisch zu vernachlässigendes Insolvenzrisiko bieten. Diese

²⁰⁰ Auch bei Darlehen mit besonderer Zweckbindung, wie bei Baudarlehen oder Sanierungskrediten durch Geschäftsbanken kann sich ein ähnliches Verhältnis einstellen, sodass die Abtretung nicht nur einzelner Forderungen, sondern fast aller Rechte aus dem Kreditverhältnis nicht hingenommen werden kann, weil sich ansonsten das Rechtsverhältnis insgesamt derart stark ändert, dass damit die Leistung nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes auf den Zessionar übergehen würde.

²⁰¹ Zinsbindungszeiträume, die darüber liegen, binden nur einseitig den Kreditgeber.

Kontroll- und Sicherungsmechanismen bestehen bei Hedge-Fonds nicht. Die Rechtsfolge dieser gravierenden Unterschiede ist nicht etwa, dass dem Kreditnehmer, insbesondere nach Auslaufen der ersten Zinsbindungsfrist, überlassen bleibt sich anderweitig um marktgerechte Hypothekarzinsen zu bemühen. Vielmehr ist der abgeschlossene Vertrag auch kreditgeberseits bis zum Ende durchzuführen und eine Übertragung auf Dritte unwirksam, weil die Abwägung zwischen Schuldnerschutz und Verkehrsbedürfnis eindeutig zu Gunsten des verbliebenen Vertragsteils ausfällt.

Wenn der Gläubiger eine deutsche Bank oder ein europäisches Kreditinstitut ist, erscheint das Risiko des Missbrauchs regelmäßig gering, wenn auch aus der Gerichtspraxis zahlreiche Fälle bekannt sind, in denen insbesondere Banken ihre Vollstreckungsmacht genutzt und ungerechtfertigte Forderungen etwa hinsichtlich Nichtabnahme- oder Vorfälligkeitsentschädigungen durchgesetzt haben. Allerdings hat sich in den so genannten Schrottimmobilienfällen oft ein Fehlverhalten deutscher Banken gezeigt, wenn ungerechtfertigte Forderungen trotz institutionalisierten Zusammenwirkens oder anderer Haftungstatbestände im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt wurden und die BaFin jedwede Kontrolle oder gar Eingriff in die unseriöse Praxis der Kreditvergabe oder der Durchsetzung daraus erlangter Rechtspositionen rundweg verweigert hat. Die bisherigen aufsichtsrechtlichen Vorschriften sind daher unzureichend und bieten keine Garantie für einen korrekten bankseitigen Umgang mit Häuslebauern. Gleichwohl wird der Großteil der Immobilienfinanzierung hingegen ordnungsgemäß gehandhabt, so dass ein Kreditnehmer darauf vertrauen darf, dass seine Bank die ihr eingeräumte rechtliche Stärke und damit das Treuhandverhältnis nicht missbraucht. Tritt nun diese Bank, die zudem einer Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen unterliegt, ihre Darlehensforderungen nebst Zinsen und Kündigungsmöglichkeiten an einen Dritten ab, wie dies in der Vergangenheit

im großen Stil bereits geschehen ist und ist der Zessionar – wie ebenfalls regelmäßig – keine Bank, sondern ein Private-Equity-Unternehmen, für das keine nationale Aufsicht besteht, weil diese Unternehmen regelmäßig im Ausland ansässig sind, ist keinesfalls sichergestellt, dass dieses mit der eingeräumten Sicherungsmacht ebenso sorgfältig umgehen wird. Vielfach ist das Gegenteil der Fall und es häufen sich Presseberichte darüber, dass amerikanische Inkassounternehmen von ihren Eignern beauftragt werden, Liquidationen selbst ordnungsgemäß laufender Darlehensengagements anzustreben.

7.4 Unzulässigkeit der Veräußerung von Krediten

Der Verkauf von Darlehen gegen den Willen des Kreditnehmers oder ohne dessen Zustimmung scheitert nicht nur an den Tatbeständen des § 399 BGB, sondern auch, weil ein Organismus des Schuldverhältnisses nicht einfach zerlegt werden kann, wenn ein Vertragsverhältnis personal geprägt ist oder es entscheidend auf die Rolle des Zedenten ankommt, die der Zessionar nicht auszufüllen vermag. Dann kann sich der Gläubiger nicht einfach als Zedent jedweder Forderungen durch die §§ 398, 413 BGB entledigen, indem er die Gläubigerposition aus dem Schuldverhältnis herauslöst und diese auf einen Dritten überträgt. Die Einheitlichkeit des Schuldverhältnisses als Organismus wird damit berührt, was zwar der (historische) Gesetzgeber für einzelne Forderungen durch die Zession für zulässig erachtet hat, aber was scheitern muss, wenn dadurch die Personalität des Vertrages, etwa durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, aufgebrochen wird. Mithin bleibt festzuhalten, dass die teilweise in der Bankenbranche gewählte Abtretungskonstruktion nach den §§ 398, 413 BGB nicht zulässig ist. Sie scheitert an den zwingenden Normen der §§ 399, 400 BGB und allgemeiner gesprochen, an dem besonderen personalen Verhältnis zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer, das auch im Falle der Übertragung durch Ausgliederung nach dem UmwG zu wahren

ist. Wenn zwischen den Vertragspartnern ein Vertrauensverhältnis besteht, kann sich der Gläubiger nicht entziehen und mittels Zession oder Umwandlung seine Zuständigkeit für den Schuldner auf einen Dritten verlagern. Unter keinen Umständen geht dies, wenn ein Treuhandverhältnis zwischen den Vertragsparteien begründet ist. Dann ist eine Übertragung unzulässig und zwar, weil der Treugeber dem Treunehmer – wie schon vom Wortsinn her zum Ausdruck kommt – eben besonderes Vertrauen entgegenbringt und dieses mit dem Dritten nicht besteht.

Zusammenfassung

Der Markt

Der Konsumentenkreditmarkt in Deutschland ist immer noch im Wachsen begriffen. Sein derzeitiger Bestand beläuft sich auf ein Volumen von ca. 1 Bio. EURO, wovon 793 Mrd. EURO auf private Baufinanzierungen entfallen. Zum überwiegenden Teil handelt es sich dabei um Kredite, die ordnungsgemäß bedient werden (Performing Loans). Ein Anteil von ca. 4% dieser Kredite ist Not leidend, wobei die privaten Baufinanzierungen im Vergleich zu den Konsumentenratenkrediten weit weniger häufig so leistungsgestört sind, dass sie von den Banken gekündigt werden können (Non Performing Loans). Ein weiterer Teil der Kredite ist zwar nach Einschätzung der Banken aufgrund des Verhaltens der Darlehensnehmer oder der Entwicklung der Sicherheiten besonders risikobehaftet, aber nicht kündbar (Subperforming Loans). Innerhalb der verschiedenen Bankengruppen sollen insbesondere die Sparkassen und die Genossenschaftsbanken die höchsten Anteile an Non Performing Loans in ihren Beständen haben.

Im Gegensatz zu den USA, wo es bereits seit den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts Erfahrungen mit dem Handel gebündelter Kreditforderungen und Kreditverträgen mittels öffentlich handelbarer Instrumente gibt, hat sich in Deutschland der Handel von Kreditportfolios auf dem Sekundärkreditmarkt erst seit dem Jahr 2003 entwickelt. Hier waren es insbesondere Banken in Sondersituationen, die mit dem Handel begannen, gefolgt von Privat- und Hypothekenbanken wie der HypoVereinsbank.

Gehandelt wurden seither Portfolien im Milliardenvolumen ebenso wie kleinere Portfolien im zweistelligen Millionenbereich bis hin zu einzelnen Forderungen. Die gehandelten Portfolien waren dabei häufig nach Kreditart, Kreditbesicherung und Kreditstatus gemischt; sie enthielten teilweise gleichzeitig leistungsgestörte wie auch solche Kredite, die ordnungsgemäß

bedient wurden. Das Volumen von Krediten an Konsumenten, die seit 2003 gehandelt wurde, beläuft sich auf schätzungsweise 15 Mrd. EURO. Hierunter waren ungekündigte Verträge in einem Gesamtnennvolumen von etwa 5 Mrd. EURO, was etwa 25.000 Verträgen entspricht.

Der Verkauf erfolgt entweder durch Abtretung der Darlehensrückforderung, der Darlehenssicherheiten und ggf. unter Einholung der Zustimmung der Verbraucher. Eine andere Strategie ist die Übertragung der Forderungen im Wege der Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz ohne Einholung der Zustimmung der betroffenen Verbraucher.

Situation in Deutschland

Zurzeit sind etwa 60 Käufer am deutschen Markt aktiv, wobei von einer Verdoppelung im nächsten Jahr ausgegangen wird. Als Käufer waren bisher überwiegend amerikanische Hedgefonds und amerikanische Investmentbanken in der Lage, Milliardenbeträge in Kreditportfolios zu investieren. Diese Investoren verfügten zudem auch über die größte Erfahrung beim Ankauf und bei der Bewertung von Kreditportfolios. Daneben betreten immer mehr kleinere Investoren den Markt auf der Suche nach speziellen Portfolios. Von den Deutschen Investoren ist insbesondere die Deutsche Bank zu nennen. Das Hauptinteresse der Käufer liegt an der erzielbaren Rendite, die zum einen durch einen möglichst niedrigen Kaufpreis und zum anderen dadurch erreicht werden soll, dass die Kredite möglichst effizient abgewickelt werden. Aufgrund der Fremdfinanzierung stehen die Käufer oftmals unter einem hohen Ertragsdruck.

Inzwischen treten Vertreter aller deutschen Bankengruppen von den Privatbanken bis hin zu den Sparkassen als Verkäufer von Kreditportfolios auf. Bisher überwiegen aber noch die Privatbanken, von denen etwa die Dresdner Bank besonders hervorzuheben ist. Die Gründe für einen Verkauf stehen häufig im Zusammenhang mit den eingegangenen Kreditrisiken,

derer sich die Bank aus unterschiedlichen Gründen entledigen will. Zu nennen sind hier die Vorschriften über die Eigenkapitalhinterlegung von Forderungen nach BASEL II, die Verbesserung der Wettbewerbsstellung durch Aufwertung durch externe Ratingagenturen, die Erschließung profitablerer Geschäftsfelder durch die Freisetzung von Eigenkapital und gewonnener Liquidität, die vollkommene Neuausrichtung der geschäftlichen Betätigung, die Vorbereitung von Übernahmen ganzer Banken durch Investoren und die Steigerung der unternehmensinternen Effizienz durch Einsparung ganzer Geschäftsbereiche.

Bindeglied Servicer

Als Bindeglied zwischen Investoren und den Bankkunden treten Servicer auf, die die Kreditforderungen bearbeiten und das Inkasso für die Investoren betreiben. Auf dem deutschen Markt zeichnen sich bisher zwei Geschäftsmodelle ab. Dies sind einerseits die spezialisierten, im Zuge des NPL Marktes entstandenen und von außen hineingetragenen Servicer, die mit einzelnen Investoren kooperieren und andererseits die zentralisierten Servicing-Einheiten der Verbände von Genossenschaftsbanken und Sparkassen.

Der NPL Markt ist zyklischen Schwankungen unterworfen, die unter anderem vom Zinsniveau und den damit verbundenen Ratingänderungen der Agenturen abhängen. Der Ausblick deutet auf kleinere Volumina, kleinere Portfolios und ein nur langsames Wachstum des Marktes an Performing Loans hin. Auf der Käuferseite von Verbriefungen ist trotz US-Krise weiteres zunehmendes Interesse zu erwarten. Die strukturelle Verschiebung vom Banken- zum Disintermediationsmodell wird die Rechtsdebatte entscheidender beeinflussen als Verbriefungen.

Verbraucher

Die Fallbehandlungen haben gezeigt, dass von dem Handel mit Kreditportfolien betroffene Verbraucher teilweise erhebliche

Nachteile erleiden. Diese äußern sich in verschärften Zwangsversteigerungspraktiken ebenso wie in dem Bestreben der Investoren, die langfristig eingegangenen Verträge zum Nachteil der Verbraucher vorzeitig zu beenden. Dies zeigt sich sowohl für gekündigte wie auch ungekündigte Darlehen. Regelmäßig wird den Betroffenen gegenüber behauptet, dass eine Übertragung der Darlehensforderungen und der Sicherheiten unausweichlich sei und keine Erlaubnis erfordere.

Rechtliche Analyse

Derartige Behauptungen können unter einer grundständigen Rechtsanalyse nicht bestätigt werden. Sicher können fällig gestellte Forderungen aus Kreditforderungen wie andere Forderungen auch an Dritte abgetreten werden. Besonderheiten ergeben sich aber bei typischen Immobiliarkrediten, also solchen die durch eine Sicherungsgrundschuld, eine persönliche Haftungsübernahme nebst der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gesichert sind. Ohne Zustimmung des Sicherungsgebers, der zumeist zugleich der Kreditnehmer ist, können daraus folgende Ansprüche weder im Wege der Abtretung nach den § 398 ff. BGB noch im Wege der Ausgliederung auf einen Dritten übertragen werden. Das Treuhandverhältnis zwischen dem persönlich schuldenden Eigentümer und der Bank als seinem Vertragspartner ist nicht einseitig durch den Kreditgeber beseitigbar. Vertrauen hat der Kreditnehmer dieser Person und einem deutschen Bankinstitut geschenkt, nicht aber einem Dritten und Unbekannten. Durch die Übertragung der Sicherheiten bringt die Bank den Kreditnehmer auch in der Gefahr der mehrfachen Inanspruchnahme, wenn gleich zu Beginn oder ggf. auch erst nachträglich Forderung und Sicherheiten auseinander fallen. Nach Weggabe hat die Bank darauf keinen Einfluss mehr – auch wenn sich der neue Gläubiger zunächst dazu schuldrechtlich verpflichtet, beides nicht zu trennen. Dem Kreditnehmer kann darüber hinaus nicht zugemutet werden gegen Vollstreckungsgläubiger aus dem Ausland, ggf. aus Übersee vorzugehen, die u.U. anderen Rechtsordnungen unterliegen, um sich gegen eine unberechtigte

Inanspruchnahme zu wehren. Fallen Forderung und Sicherheiten auseinander sind hier sogar mehrere Klagen erforderlich.

Auch im Falle der Umwandlung durch Ausgliederung dürfen die Rechte des Kreditnehmers nicht verletzt werden. Eine Univeralsukzession ist dann ausgeschlossen, wenn personal bestimmte Vertragsbeziehungen betroffen sind. Dazu gehören auch Immobiliarkredite, die auf mehrere Jahrzehnte geschlossen sind und üblicherweise über den Dauerschuldcharakter eine Nähe- und Vertrauensbasis zwischen den Vertragspartnern begründen. Dann hindert auch hier § 399 BGB den Vertragsübergang und der Kreditnehmer muss sich keinen Vertragspartner mit wesentlich geänderter Struktur aufdrängen lassen. Auch bei Ansprüchen aus notleidenden Kreditverhältnissen ist eine Übertragung auf Nichtbanken oder unter Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ausgeschlossen. Der Organismus des Schuldverhältnisses darf nicht einfach zerlegt werden, wenn ein Vertragsverhältnis personal geprägt ist, weil ansonsten gegen die §§ 399, 400 BGB verstoßen wird.

Betroffen ist immer die Vertragsfreiheit, vor allem aber der Grundsatz der Vertragspartnerwahlfreiheit, der verfassungsrechtlich verbürgt ist. In der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung sind diese Erwägungen bislang nicht hinreichend berücksichtigt worden. Eine gesetzgeberische Klarstellung ist daher angezeigt, um Schaden von den zahlreichen betroffenen Menschen abzuwenden.

Verbraucherpolitische Stellungnahme:**"Verbraucher dürfen von Banken nicht verkauft werden"**

(1) Regierung, Bundestag, Aufsichtsamt und Bundesgerichtshof haben in den letzten Jahren ohne Analyse der gesellschaftspolitischen Folgen für in Not geratene Verbraucher die rechtlichen Möglichkeiten dafür erheblich erweitert, dass sich Kreditgeber von ihrem Engagement bei Verbrauchern lösen können, wenn diese in Not geraten sind. Damit wird ein alter Rechtsgrundsatz verletzt:

*"do jemand seinen glauben gelassen,
da muß er ihn widrumb suchen"²⁰²*

Dieser Satz auf das vorliegende Problem angewandt bedeutet: *„Wem jemand für einen Kredit sein Haus und zukünftiges Einkommen anvertraut hat, der darf damit nicht liederlich umgehen und es in der Not des Kunden an Personen weiterreichen, die ohne Kompetenz und Kundenvertrauen nur darauf aus sind, mehr und vor allem schneller Geld aus den Betroffenen zu erlösen.“*

Im Gesetz formuliert §414 BGB für alle Gläubiger, dass sie nur mit Zustimmung der Verbraucher sich ihrer Verpflichtungen aus dem Kreditverhältnis entledigen dürfen.

(2) Dies bedeutet aber nicht, dass die Bank nicht das Recht haben soll, ihr Vermögen und hierbei insbesondere Forderungen aus Kreditverträgen auch ohne Zustimmung auf einen anderen Marktteilnehmer zu übertragen. Versicherungs- (§14 VAG) und Gesellschaftsrecht (§20 ff UmwG) erkennen solche Ausnahmen an. Allein der Grund, Kreditnehmer los zu werden, die in Schwierigkeiten geraten sind, kann und darf aber nicht

²⁰² *Hillebrand*: Deutsche Rechtssprichwörter Zürich, Meyer & Zeller, 1858.

ausreichen. Sonst werden Banken, die in Werbung und Akquisition Vertrauen in Anspruch nehmen und sich skrupellos die Vorsorge für eigene Krisen oder Krisen ihrer Kunden sparen, dafür auch noch belohnt.

(3) Deshalb ist eine klare Trennung zwischen wirtschaftlich sinnvoller Abtretung von Forderungen an vertrauenswürdige Übernehmer einerseits und der grundsätzlichen Unabtretbarkeit aller Verpflichtungen, die eine Bank bei Vertragsschluss gegenüber dem Kunden übernommen hat, notwendig. Dazu gehören die Verpflichtungen,

- ▶ in der Not beizustehen,
- ▶ gemeinsame Lösungen zur Fortführung der Kredite zu erarbeiten (in § 498 Abs.2 BGB ausdrücklich angeordnet und vom Bundesgerichtshof beim Verbot der "Kündigung zur Unzeit" anerkannt),
- ▶ das Bankgeheimnis zu wahren,
- ▶ eine unnötige Überschuldung zu verhindern und
- ▶ dem Kunden weiterhin mit dem von ihm ausgesuchten bzw. vertrauensvollen und kompetenten Partnern zu bedienen.

(4) Wo das Gesetz im Interesse von Solvabilität, Effizienz und Kapitalbedarf zugunsten der Kreditgeber Ausnahmen zulässt oder wo Banken sich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen solche Rechte vorbehalten, müssen diese Ausnahmen deutlich begrenzt werden, von der Aufsicht überwacht sein und sichergestellt werden, dass die neuen Partner der Kreditkunden die Pflichten aus dem übernommenen Verhältnis fachlich und durch entsprechende Präsenz übernehmen können und wollen und der ursprüngliche Kreditgeber weiterhin dafür einzustehen hat. Bei welcher Bank ein Verbraucher seinen Glauben gelassen hat, dort muss er ihn auch in der Not noch finden können, d.h. Banken sollen die Freiheit haben, ihr Geschäft ökonomisch effizient zu gestalten, die vertragsschließende Bank bleibt jedoch in der Pflicht bis zur Rückzahlung.

Insbesondere darf die schwierige Situation der Verbraucher nicht dazu missbraucht werden, ihn unter Druck zu setzen und schlechtere Konditionen zu erreichen (z.B. willkürliche Erhöhung der Zinsen bei einer Anschlussfinanzierung).

(5) Das iff fordert daher im Einzelnen:

- ▶ Die Aufsicht hat sicherzustellen, dass das unstreitig geltende Verbot, ungekündigte Verträge insgesamt ohne Zustimmung der Kunden zu übertragen, eingehalten wird.
- ▶ Soweit nur die Geldforderungen der Banken aus laufenden d.h. ungekündigten Verträgen übertragen werden, bleibt für die Vertragsgestaltung die alte Bank zuständig.
 - Nur sie kann kündigen und nur von ihr muss der Verbraucher erwarten können, dass eine konstruktive Krisenbewältigung erfolgt.
 - Handelt der Übernehmer, so ist er nur Beauftragter oder Erfüllungsgehilfe der Bank. Sie muss das Verfahren weiterhin steuern und haftet.
- ▶ Treuhänderische Rechte, die der Verbraucher nur im Vertrauen auf den spezifischen Kreditgeber übertragen hat, sind nicht übertragbar. Dies gilt insbesondere für das Recht, Grundstücke ohne Anrufung der Gerichte zu versteigern. ("Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung")
- ▶ Was für ungekündigte Kredite gilt, muß ansatzweise auch für gekündigte Kredite gelten.²⁰³
 - Banken haben auch nach der Kreditkündigung die vertragliche Pflicht, sich um Restrukturierung und möglichen Erhalt der Wohnimmobilie zu kümmern.
 - Daher müssen sie bei der Abtretung dafür Sorge

²⁰³ Dies ist schon notwendig, um Banken nicht zur Kreditkündigung zu zwingen, nur um Kunden in Not endgültig schnell los werden zu können.

tragen, dass der Inkassoübernehmer sorgfältig ausgewählt, willens und in der Lage ist, diese Pflichten zu erfüllen.²⁰⁴

Spezialisierung und Servicing, Sanierung von Banken und Zusammenarbeit sollen nicht erschwert werden. Dies darf aber nicht auf Kosten der Verbraucher erfolgen, sondern muß, wie das der EU-Vertrag beispielhaft regelt, den Verbrauchern und zwar gerade auch den in Not geratenen Verbrauchern umgekehrt einen fairen Anteil dieser Vorteile verschaffen. Die Spielregeln hierzu stellt der Gesetzgeber auf. Nimmt er die Verantwortung wie bisher (im doppelten Sinne) "nicht wahr", so betreibt er damit umgekehrt Sozialpolitik zum Nachteil der Verbraucher.

²⁰⁴ In den USA wird in zwei Drittel der Fälle auch beim Übernehmer restrukturiert, in Deutschland zerschlägt man weit schneller. Dadurch wird soziales Elend programmiert, Vermögen der Verbraucher (in der Zwangsversteigerung) verschleudert und der Sozialstaat mit der Lösung belastet.