

## Der Verkauf von ordnungsgemäß bedienten Baufinanzierungskrediten

Deutsche Kreditinstitute haben Portfolios mit notleidenden Krediten (Non-performing Loans, abgekürzt NPL) in zweistelliger Milliardenhöhe an Private Equity-Fonds oder Investmentbanken verkauft. Deren Dienstleistern (Special Servicer) wird nachgesagt, dass sie mit erheblichem Druck die rückständigen Forderungen bei den Schuldern eintreiben. Hierzu sind sie im Prinzip berechtigt, da bei rückständigen, gekündigten Darlehen die Voraussetzungen für die Zwangsversteigerung vorliegen. Problematisch können Fälle sein, in denen die NPL-Portfolios auch ordnungsgemäß bediente Kredite enthalten, die dann – wie NPL – möglicherweise zwangsverwertet werden.

### Missbräuchliche Zwangsversteigerung gegen Häuslebauer?

Wie das ARD-Magazin „Plusminus“ am 20. November 2007 berichtete, soll ein Dienstleister unter anderem für einen Finanzinvestor aus der von ihm angekauften Grundschuld 470 000 Euro vollstreckt haben, obwohl der Darlehensnehmer aus dem Darlehen nur 250 000 Euro schuldet und angeblich seine Raten pünktlich gezahlt hat. Dieser Sachverhalt klingt in der Tat beunruhigend. Er hat zu vielen besorgten Anfragen vertragstreuer Darlehensnehmer bei ihren Banken geführt, ob sie nun beim Verkauf ihres Darlehens mit der Vollstreckung ihres Hauses rechnen müssen. An dem Wahrheitsgehalt des Berichts sind indessen Zweifel erlaubt. Lagen tatsächlich keine Zahlungsrückstände vor? Wurde tatsächlich ein zu hoher Betrag vollstreckt?

Auch die auf den einschlägigen Betroffenen-Webseiten geschilderten NPL-Fälle lassen durchweg erkennen, dass es sich dort um „echte“ leistungsgestörte Kredite handelt, die oft bereits Jahre in der

Zwangsverwertungsabteilung der Bank zu gebracht haben, bevor sie an einen Investor verkauft wurden. Dass ein Investor umgehend mit der Verwertung beginnen kann, indiziert nicht – gleichsam als Regelfall – deren Rechtswidrigkeit.

Rechtlich problematische Einzelfälle lassen sich aber selbstverständlich nicht immer ausschließen, wenn NPL-Portfolios in Milliardenhöhe in engem Zeitrahmen abgewickelt werden. Der zu Unrecht belangte Darlehensnehmer muss sich gegen rechtswidrige Vollstreckungshandlungen mit den Rechtsbehelfen des Zwangsversteigerungs- und Vollstreckungsrechts zur Wehr setzen. Ein solcher Fernsehbericht rechtfertigt nicht den – reflexartigen – Ruf nach dem Gesetzgeber, Kreditverkäufe an Investoren oder Banken zu verbieten.

Die Kritik an Investoren und Servicern darf auch nicht unzulässig verallgemeinert wer-

*Dr. Klaus Schubäus, Rechtsanwalt, Frankfurt am Main*

*Nicht zuletzt in seiner Verbindung mit der Immobilienfinanzierung wird das auf den ersten Blick sehr juristisch und spröde erscheinende und damit als schwer vermittelbar geltende Thema des (Weiter-)Verkaufs von Kreditforderungen durch Banken oder Investoren längst in der breiten Öffentlichkeit diskutiert. Und als Bestandteil des sogenannten Risikobegrenzungsgesetzes wird es dieser Tage zum Gegenstand einer Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages. Ausgehend von den öffentlichkeitswirksamen Darstellung in den Medien erläutert der Autor die rechtlichen Hintergründe und mündet in seiner persönlichen Einschätzung, dass das kolportierte „Schreckensszenario“ wenig mit der Wirklichkeit zu tun hat. (Red.)*

den. Häufig bieten sie den Schuldnern konstruktive Problemlösungen an, zum Beispiel Teilverzichte auf die Darlehensforderung bei der Ablösung des Darlehens oder dem freihändigen Verkauf der Immobilie.

### Portfolioverkäufe „gesunder“ Baudarlehen

Durch skandalisierende Presseberichte geraten zu Unrecht auch Portfolioverkäufe „gesunder“ (ordnungsgemäß bedienter) Baudarlehen in die Schusslinie der öffentlichen Kritik. Die Verkäufe dieser so genannten „Performing Loans“ (PL) finden auf einem anderen Markt als die der NPL statt, mit anderen Käufergruppen, anderen gesetzlichen Vorgaben und anderen Vertragsmodellen. Die Motive der Verkäuferbanken sind nachvollziehbar: sie wollen durch den Darlehensverkauf Eigen- und Fremdmittel freisetzen für neue Geschäfte, sie wollen Kreditrisiken abbauen oder die Geschäftssparte der Privaten Baufinanzierung aufgeben.

Nachfrager von „gesunden“ Baudarlehen am deutschen Markt sind zumeist deutsche oder europäische Kreditinstitute. Sie erwerben langfristige Darlehensbeziehungen, um daraus Zinserträge und Cross-Selling-Potenzial zu gewinnen. Die Kaufverträge schließen deshalb zahlungsrückständige Darlehen ausdrücklich aus.

Die Käuferbanken haben also ein Eigeninteresse daran, pfleglich mit den Darlehensnehmern umzugehen. Darüber hinaus bietet die Rechtsordnung dem vertragstreuen Darlehensnehmer stärkeren Schutz als dem rückständigen Zahler, dem die Zwangsversteigerung ins Haus steht. Im Folgenden werden die vertraglichen und gesetzlichen Schutzmechanismen für die Darlehensnehmer beim Verkauf ihrer nicht-leistungsgestörten Darlehen dargestellt.

Wenn im Übrigen Banken bei Kreditportfolioverkäufen gegen die Gesetze verstoßen, kann die Bankenaufsicht gegen sie einschreiten („Missstände im Kreditgewerbe, die die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte beeinträchtigen“, § 6 Abs. 2 KWG).

Die zu schützenden Belange der Darlehensnehmer im Verkaufsprozess und der Verkaufsdokumentation teilen sich in zwei Gruppen ein, die Wahrung von Bankgeheimnis und Datenschutz einerseits und den Schutz der vertraglichen Rechtsstellung des Darlehensnehmers andererseits. Bei den großen Portfolioverkäufen hat sich dabei in den letzten Jahren eine „Best Practice“ entwickelt, zu der die Beratung durch spezialisierte Anwaltskanzleien beigetragen hat.

### Umfassender Darlehensnehmerschutz bei „gesunden“ Krediten

In der Kernfrage, ob die Weitergabe personenbezogener Daten an die Käuferbank die Einwilligung des Darlehensnehmers erfordert, setzt sich eine strenge, am Datenschutz und Bankgeheimnis orientierte Praxis durch: das Einwilligungserfordernis wird bejaht. Die Meinung einzelner Banken, die Einwilligung der Kunden sei entbehrlich, weil die Interessenabwägung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zwischen Bank und Bankkunden beim Verkauf von Kreditportfolios zugunsten des Verkaufsinteresses der Bank ausfalle, hat sich nicht durchgesetzt.

Gegen diese Ansicht spricht, dass es ein Verfahren zum Portfolioverkauf gibt, das erwiesenermaßen mit dem Einholen der Einwilligung der Darlehensnehmer funktioniert. Da also ein weniger belastendes Verfahren möglich ist, wäre der Verzicht auf die Einwilligung des Bankkunden im Rahmen der Interessenabwägung nicht erforderlich<sup>1)</sup> und somit unverhältnismäßig.

Für das Erfordernis der Einwilligung spricht auch ein gesetzessystematisches Argument. Gegenüber dem Datenschutz (§§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 BDSG) ist das Bankgeheimnis die speziellere und weiter reichende Schutznorm im Sinne der Subsidiaritätsregel des § 1 Abs. 3 BDSG,<sup>2)</sup> und das Bankgeheimnis entzieht sich nach herrschender Rechtsansicht einer Interessenabwägung zwischen Bank und Bank-

kunde. Es besteht (bei nicht leistungsge störten Kreditverhältnissen), solange nicht der Kunde die Bank davon befreit.<sup>3)</sup>

### Vorab-Zustimmung der Darlehensnehmer als beste Lösung

Klare Verhältnisse bestehen von vorne herein, wenn sich die Verkäuferbank vom Darlehensnehmer bereits in der Darlehensvereinbarung die Zustimmung zur Weitergabe seiner persönlichen Daten an die Käuferbank hat geben lassen. In den seit etwa dem Jahr 2000 gebräuchlichen Klauseln im Rahmen der Allgemeinen Darlehensbedingungen der Baufinanzierer stimmt der Bankkunde der Weitergabe seiner persönlichen Daten im Falle von Verbriefungen und anderen Refinanzierungsgeschäften zu.

Gleichzeitig erklärt er sein Einverständnis mit der Übertragung des Darlehensverhältnisses auf die Käuferbank. Dies bedeutet rechtlich seine Zustimmung zu der Vertragsübernahme<sup>4)</sup> des Darlehens, die ein dreiseitiges Rechtsgeschäft – zwischen der Verkäuferbank, der Käuferbank und dem Darlehensnehmer – ist. Die Klauseln variieren von Bank zu Bank und sind im Einzelfall auf ihre Tauglichkeit für den Verkauf von Darlehensportfolios zu prüfen.

Die Klauseln enthalten eine Vorab-Zustimmung im Rahmen von AGB, müssen daher dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)<sup>5)</sup> gerecht werden. Als Einwilligung im Sinne der §§ 4 Abs. 1, 4a Abs. 1 BDSG müssen die AGB-Klauseln darüber hinaus dem Kunden bestimmte Informationen liefern und im Rahmen der AGB besonders hervorgehoben sein (§ 4a Abs. 1 BDSG).<sup>6)</sup>

Ein späterer Widerruf der klauselmäßig erteilten Zustimmungserklärung ist möglich, jedoch nur bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts (§ 183 BGB), hier der Vertragsübernahme, die mit dem Abschluss des Forderungskaufvertrages zwischen Verkäufer- und Käuferbank zustande kommt. Entsprechendes gilt für die Datenweitergabe als tatsächliche Handlung. Ein verspäteter Widerruf ist wirkungslos.

Ein häufiges Missverständnis von Darlehensnehmern ist, dass auch die Abtretung der Darlehensforderung von der Verkäuferbank an die Käuferbank ihrer Zustimmung bedarf. Hier gilt das Prinzip des § 398 BGB, dass grundsätzlich alle Forde-

rungen abtretbar sind, sofern kein gesetzliches (§ 400 BGB) oder vertraglich vereinbartes (§ 399 BGB) Abtretungsverbot greift oder soweit die Abtretung den Inhalt der Leistung nicht verändert (§ 399 BGB).

Der BGH hat in seinem Grundsatzurteil vom 27. Februar 2007 (XI ZR 195/05)<sup>7)</sup> klargestellt, dass im Regelfall bei den Darlehensforderungen von Banken kein stillschweigender Abtretungsausschluss anzunehmen ist; sie seien erkennbar an der freien Abtretbarkeit der Kreditforderungen zum Zwecke der Refinanzierung oder der Risiko- und Eigenkapitalentlastung interessiert. Ebenso wenig schließt das Bankgeheimnis die Abtretung aus.

Bei den hier dargestellten PL-Portfolioverkäufen verpflichtet sich der Käufer im Kaufvertrag, alle Verpflichtungen des Verkäufers aus dem Darlehensverhältnis einzuhalten. Es besteht daher kein tatsächlicher Anknüpfungspunkt für die Auffassung, die Abtretung der Darlehensvereinbarung ändere den Leistungsinhalt des Darlehens mit der Folge des § 399 BGB.<sup>8)</sup>

### Nachträgliche Zustimmung des Darlehensnehmers

Fehlt die Vorab-Zustimmung des Darlehensnehmers, so können die Darlehensforderungen zwar abgetreten werden. Indessen erreichen die Verkäuferbank und die Käuferbank nicht die Ziele des Portfolioverkaufs. Die Käuferbank darf die persönlichen Daten der Kunden nicht erhalten, kann also keine Kundenbeziehung zu ihnen aufbauen. Die Verkäuferbank bleibt Darlehensgeberin im Rahmen des Darlehensvertrages, da mangels Zustimmung der Kunden der Vertrag nicht auf die Käuferbank übergeht.

Es liegt auf der Hand, dass dieses auf Dauer bestehende Dreiecksverhältnis weder den Banken noch den Kunden nützt. Daher hat sich bei Portfolioverkäufen bewährt, dass die Verkäuferbank nach Abschluss des Kaufvertrages über die Darlehen die betroffenen Kunden anspricht und ihre Zustimmung zum Übergang des Darlehensverhältnisses auf die Käuferbank und zur Weitergabe der persönlichen Daten der Kunden an diese erbittet.

Die von der Bank vorformulierten Zustimmungsschreiben der Kunden sind ihrerseits



AGB und müssen deshalb die dargestellten Anforderungen an Inhalt und Form erfüllen. Der vermeintlich bequeme Weg, in dem Bankbrief an den Kunden zu bestimmen, dass die Bank von seiner Zustimmung ausgeht, wenn er nicht widerspricht, dürfte rechtlich nicht zum Ziel führen: Diese fingierte Erklärung riskiert Nichtigkeit nach § 125 BGB wegen Verstoßes gegen § 4a BDSG, der zwingend Schriftform für die datenschutzrechtliche Einwilligung zur Datenweitergabe vorschreibt.<sup>9)</sup>

### **Bankgeheimnis und Datenschutz im Verkaufsprozess gewahrt**

Sorgfalt beim Entwerfen der Briefe an die Kunden zahlt sich für die Banken durch hohe Zustimmungsquoten aus, die je nach Reputation der Käuferbank bis zu 90 Prozent betragen können. Der Briefinhalt muss rechtlich korrekt, zugleich aber verständlich für den Laien formuliert sein. Er muss vor allem um Verständnis bei den Kunden für den Verkauf ihres Darlehens werben: Nicht wenige fühlen sich von ihrer Bank „verkauft“, noch mehr befürchten Nachteile von der neuen Bank (höhere Zinsen, Kündigung).

Die üblichen Vorab-Zustimmungsklauseln in den AGB der Banken für die Datenweitergabe bei Verbriefungen und Refinanzierungstransaktionen sind auf einen konkreten Käufer des Darlehens bezogen, setzen folglich voraus, dass der Verkauf vollzogen ist. Bis zum Vollzug des Verkaufs gibt es keine Rechtsgrundlage für die Datenweitergabe; sie ist unzulässig. Die Verkäuferbank muss mithin den Verkaufsprozess so gestalten, dass die Weitergabe der personenbezogenen Kundendaten ausgeschlossen ist.

Der bei allen Banken (als EDV-Datenverarbeiter) einzusetzende Beauftragte für den Datenschutz (§ 4f BDSG) hat laufend zu überwachen, dass die Banken das BDSG bei der Datenverarbeitung einhalten (§ 4g BDSG) und dass sie die hierzu erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen treffen (§ 9 BDSG).<sup>10)</sup> Ein Fall der Datenverarbeitung ist die Übermittlung personenbezogener Daten an Dritte, etwa beim Verkauf von Kreditportfolios. Eine hier eingreifende Maßnahme nach § 9 BDSG ist die interne Anweisung der Banken, dass Datenträger mit personenbezogenen Daten nur nach vorheriger Zustimmung des Datenschutzbeauftragten

an Stellen außerhalb der Bank herausgegeben werden dürfen.

### **Bietungsverfahren**

Die Verkäuferbanken verkaufen Kreditportfolios im beschränkten Bietungsverfahren. In der ersten Verfahrensphase erhalten in der Regel zwischen fünf und 15 Kaufinteressenten, nachdem sie eine Vertraulichkeitserklärung unterzeichnet haben, Verkaufsunterlagen. Das sogenannte Term Sheet, die Poolbeschreibung und die Bestandsdatei enthalten keinerlei personenbezogene Daten der Darlehensnehmer.

In der zweiten Verfahrensphase erhalten im Rahmen der „Due Diligence“ (Sorgfaltsprüfung des Kreditportfolios) die zugelassenen Bieter selbst nur Zugang zum „Grünen Datenraum“, in dem die nicht personenbezogenen Kaufinformationen ausliegen (zum Beispiel Kreditrichtlinien und Beleihungsvorschriften der Verkäuferbank). Im „Roten Datenraum“ wird eine Stichprobe von Darlehensakten, mithin die Essenz der Kreditnehmerdaten, bereitgestellt. Der Zugang ist deshalb allein den sogenannten Berufsgeheimnisträgern nach § 203 StGB (Anwälte, Wirtschaftsprüfer) vorbehalten. Sie dürfen in ihren Prüfungsberichten für die Kaufinteressenten nur anonymisierte Kundendaten verwenden.

### **Forderungskaufvertrag und Abtretungsvertrag**

Bei großen Kreditportfolioverkäufen hat sich ein professioneller Standard der Vertragsdokumentation herausgebildet, der dem Datenschutz und dem Bankgeheimnis höchsten Stellenwert einräumt. Bereits in der Präambel wird klargestellt, dass die Käuferbank so lange nur anonymisierte Kundendaten erhält, bis die Kunden auf ein Anschreiben der Verkäuferin hin der Weitergabe ihrer Daten ausdrücklich zugestimmt haben. Diese Regelung entfällt, wenn alle Darlehensnehmer vorab in den Darlehensbedingungen bereits zugestimmt haben. Beide Parteien verpflichten sich, sicherzustellen, dass keine dem Bankgeheimnis und Datenschutz unterliegenden Daten offengelegt werden.

Die Vertragsgestaltung muss die Anonymisierung der Daten in Einklang bringen mit dem Gebot der Bestimmbarkeit der Kaufgegenstände (Darlehensforderungen und Grundschulden) in dem Kauf- und Ab-

tretungsvertrag. Dem Forderungs- und Grundschuldkaufvertrag werden anonymisierte Listen der Darlehen, Grundschulden und sonstigen Sicherheiten beigelegt. Dies kann, da kein Schriftformerfordernis besteht, in Form von Datenträgern geschehen. Durch Darlehensnummern bei der Verkäuferbank und Finanzdaten sind die Forderungen und Grundschulden eindeutig als Kaufgegenstände bestimmbar, auch wenn der Darlehensnehmer und die Grundbuchbezeichnung der Grundschulden nicht genannt werden.

Etwaigen Zweifeln an der Bestimmbarkeit der Darlehensforderungen und Grundschulden bei der Abtretung beugt die Vertragspraxis durch die Bestellung eines Datentreuhänders vor. Diese Konstruktion beruht auf dem Rundschreiben 4/97<sup>11)</sup> der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin, früher BAKred), das die Veräußerung von Kundenforderungen bei Verbriefungsgeschäften zum Gegenstand hat. Ziffer III dieses Rundschreibens sieht vor, dass Daten ohne Einwilligung des Schuldners in der Abtretungserklärung verschlüsselt angegeben werden dürfen, sofern sie zur „Einhaltung des sachrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes bei der Abtretung der Forderung und für eine eventuell später erforderlich werdende Rechtsverfolgung“ relevant sind. Die Entschlüsselung muss in diesem Fall bei einer „neutralen Stelle“ (Notar oder inländisches beziehungsweise EU/EWR-Kreditinstitut) verschlossen hinterlegt werden. Hierzu wird ein spezieller, dreiseitiger Datentreuhändlervertrag abgeschlossen.

Damit nicht durch die Übergabe der Grundschuldbriefe an die Käuferbank die Identität des Schuldners/Sicherungsgebers offengelegt wird, wird die Übergabe dadurch ersetzt, dass die Verkäuferbank oder ein Kreditverwaltungsunternehmen (Servicer) die Briefe für die Käuferbank in Verwahr nimmt (Besitzmittlungsverhältnis nach § 930 BGB).<sup>12)</sup>

Auch Buchgrundschulden lassen sich ohne Preisgabe persönlicher Daten des Schuldners/Sicherungsgebers übertragen. Die Käuferbank beauftragt einen Mitarbeiter des beglaubigenden Notars, die notwendigen grundbuchrechtlichen Erklärungen für sie abzugeben und die Umschreibung der Grundschuld auf sie zu veranlassen. Eine zweite Möglichkeit ist, dass die Käuferbank im Kaufvertrag die Verkäuferbank

unter Befreiung von § 181 BGB bevollmächtigt, als Vertreterin der Käuferbank mit sich selbst die Abtretungserklärung abzuschließen (sogenanntes Selbstkontrahieren).<sup>13)</sup> Als Empfangsbevollmächtigte für Mitteilungen über die Grundsuldabtretung werden dem Grundbuchamt die Verkäuferbank, ein Servicer oder der Notar benannt.

### Rechte des Darlehensnehmers beim Darlehensverkauf gewahrt

Professionell durchgeführte Portfolioverkäufe erreichen Zustimmungsqoten der Darlehensnehmer zwischen 75 und 90 Prozent. Die Zustimmung führt zur Vertragsübernahme des Darlehensverhältnisses durch die Käuferbank. Die bestehende Darlehensvereinbarung wird ohne inhaltliche Änderungen übernommen, mit anderen Worten, die Rechte und Pflichten des Darlehensnehmers bleiben unverändert.

Für die Minderheit der „Nicht-Zustimmer“ ergibt sich uneingeschränkt das gleiche Ergebnis: Die Käuferbank wird nicht Partei des Darlehensvertrages. Sie erwirbt aber durch Abtretung (§ 398 BGB) die Darlehensforderung und die Sicherheiten, so wie sie rechtlich bestehen und ohne inhaltliche Änderung. Nach § 404 BGB kann der Darlehensnehmer der Käuferbank alle Einwendungen entgegenhalten, die ihm aus dem Darlehensverhältnis gegen die Verkäuferbank zustehen.

Diese Einwendungen greifen bei den hier erörterten PL-Portfolioverkäufen auch, wenn die Käuferbank aus der abgetretenen Grundsuld gegen den Darlehensnehmer vorgeht. Es handelt sich um eine Sicherungsgrundsuld, der eine Sicherungsabrede<sup>14)</sup> in der Darlehensvereinbarung zugrunde liegt. Danach sichert die Grundsuld die Ansprüche aus dem Darlehen (und etwaigen anderen, auch künftigen Rechtsverhältnissen mit dem Bankkunden, sogenannte weite Zweckerklärung).<sup>15)</sup> Der Darlehensnehmer kann der Vollstreckung aus der Grundsuld aufgrund der Sicherungsabrede entgegenhalten, die Darlehensforderung sei durch Tilgung reduziert, sie sei mangels Zahlungsrückständen und Kündigung nicht fällig und so weiter.

Die Käuferbank als Zessionarin der Grundsuld kann sich diesem Schutz des Darlehensnehmers nicht entziehen, indem sie sich auf die Abstraktheit der Grundsuld,

das heißt, deren rechtliche Unabhängigkeit von der schuldrechtlichen Darlehensforderung beruft.<sup>16)</sup>

### Verträge zugunsten Dritter

Bei PL-Verkäufen ist Marktstandard eine Vereinbarung im Kaufvertrag, dass die Käuferbank im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter (hier des Darlehensnehmers) nach § 328 BGB<sup>17)</sup> die Pflicht übernimmt, Sicherungsabreden im Zusammenhang mit den gekauften Darlehen zu beachten. Dies gilt auch und gerade für die Zwangsversteigerung.

Fehlt ein solcher Vertrag zugunsten Dritter – oder eine entsprechende dreiseitige Vereinbarung mit dem Darlehensnehmer –, so tritt die Käuferbank nicht in die Sicherungsabrede ein und ist an deren Beschränkungen nicht gebunden. Die Rechtsprechung des BGH lehnt die Annahme einer stillschweigenden Übernahme der Verpflichtungen aus der Sicherungsabrede, allein aufgrund des Erwerbs der Darlehensforderung und der Grundsuld, ab.<sup>18)</sup>

Jedoch kann auch in diesem Fall der Darlehensnehmer seine Einreden, die ihm nach den §§ 1192, 1169 BGB gegen die Verkäuferbank zustehen, unter den Voraussetzungen der §§ 1192, 1157 BGB der Käuferbank entgegenhalten, wenn diese aus der Grundsuld vollstreckt.<sup>19)</sup> Der Darlehensnehmer verliert freilich seine Einreden gegenüber der Käuferbank, wenn sie als Erwerberin der Grundsuld im Abtretungszeitpunkt gutgläubig in Bezug darauf ist, dass keine Einreden aus der Sicherungsabrede bestehen (gutgläubiger, einredefreier Erwerb nach den §§ 1192, 1157 S. 2, 892 BGB).<sup>20)</sup>

Guter Glaube ist im Rahmen dieser Vorschriften nur ausgeschlossen, wenn der Erwerber der Grundsuld positive Kenntnis von den die Einrede begründenden Tatsachen, hier dem Bestehen der Sicherungsabrede und der Höhe der Darlehensschuld, hat. Grob fahrlässige Unkenntnis reicht für Bösgläubigkeit nach § 892 BGB, im Gegensatz zu § 932 Abs. 2 BGB, nicht aus.<sup>21)</sup> Die Maßstäbe der Rechtsprechung für das Bestehen der Kenntnis sind durchaus streng: sie besteht nicht schon deshalb, weil der Erwerber neben der Grundsuld auch die Darlehensforderung erwirbt<sup>22)</sup>, wohl aber, wenn der Erwerber den Sicherungscharakter

der Grundsuld und ihre teilweise Nichtvaluierung kennt.<sup>23)</sup>

Bei den hier erörterten PL-Portfolioverkäufen erwirbt die Käuferbank neben der Grundsuld auch die Darlehensforderung. Wie zuvor dargestellt, reicht dies allein nicht für eine Bösgläubigkeit der Erwerberin aus. Doch sind ihr die Restvaluta und der Zinssatz des Darlehens aus den Anlagen zum Forderungskaufvertrag bekannt. Die kompletten Finanzdaten des Darlehens erhält sie von der Verkäuferin auf einem Datenträger. Kenntnis vom Inhalt der Darlehensvereinbarungen – und damit von der Sicherungsabrede – hat die Käuferin durch die Sorgfaltsprüfung im Kaufprozess (Due Diligence) erlangt. Für sie ist unzweifelhaft, dass sie eine Sicherungsgrundsuld erwirbt. Dies schließt den gutgläubigen, einredefreien Erwerb der Grundsuld (in Bezug auf Darlehenshöhe und Sicherungsabrede) bei dieser Fallgruppe aus.

Ein Fall wie der in der Reportage berichtete kann also bei einem professionell durchgeführten Portfolioverkauf „gesunder“ Darlehen nicht vorkommen. Bei diesen Portfolioverkäufen bestehen nach geltendem Recht ausreichende rechtliche Schutzmechanismen für die Darlehensnehmer, wie vorstehend aus praktischer Erfahrung mit rund acht Milliarden Euro Transaktionsvolumen dargelegt wurde. Ein Bedürfnis für gesetzliche Einschränkungen der Portfolioverkäufe „gesunder“ Darlehen (Verbot von Kreditverkäufen, Vetorecht oder Kündigungsrecht des Bankkunden) ist nach Ansicht des Verfassers nicht nachgewiesen.

### Schutz der NPL-Darlehensnehmer vor der Vollstreckung

Bei NPL-Verkäufen ist es ebenfalls wie bei PL-Verkäufen Marktstandard, dass sowohl die Darlehensforderung als auch die Grundsuld verkauft werden. Ferner ist Standard, dass in der Due-Diligence-Prüfung alle oder ein großer Teil der Darlehensakten eingesehen werden. Dem Käufer ist daher die Sicherungsabrede ebenso bekannt wie die Höhe der Darlehensforderung, die sich aus den Anlagen zum Kaufvertrag ergibt. Diese „positive Kenntnis“ schließt aus, dass der Käufer die Grundsuld gutgläubig einredefrei erwirbt.

Gutgläubiger Erwerb wäre nur in einem Fall möglich, in dem der Käufer die Grund-



schuld erwirbt, ohne die Höhe der Darlehensforderung und den Inhalt der Sicherungsabrede zu kennen. Dieser Sachverhalt ist angesichts der Bankpraxis als realitätsfern einzuschätzen.

Einiges spricht also dafür, dass das eingangs erwähnte „Schreckensszenario“ wenig mit der Wirklichkeit zu tun hat. Wenn die in dem Beitrag gezeigten Darlehensnehmer tatsächlich ihre Raten gezahlt haben und aus ihren Darlehen weniger schulden, als der Finanzinvestor aus der Grundschuld vollstreckt, werden die Gerichte ihren Rechtsbehelfen gegen die Zwangsversteigerung stattgeben.

#### Fußnoten

<sup>1)</sup> Zur Erforderlichkeit: Gola-Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, § 28, Rn. 34.

<sup>2)</sup> Nobbe, Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen, in WM 2005, 1537 ff., S. 1544; zur Subsidiarität von § 1 Abs. 3 BDSG s. auch Gola-Schomerus, a.a.O., § 1, Rn. 25.

<sup>3)</sup> Nr. 2(1) AGB Banken; s. hierzu: Bunte, in: Schimanski/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 3. Aufl., Band I, § 7, Rn. 10–12; Nobbe, a.a.O., S. 1546, 1547.

<sup>4)</sup> S. hierzu: Palandt-Grüneberg, Kommentar zum BGB, 66. Aufl., 2007, § 398 Rn. 38.

<sup>5)</sup> Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 307 Rn. 16 ff. m.w.N.

<sup>6)</sup> Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 6. Aufl., 2006, § 4a, Rn. 40 u. 70 ff.

<sup>7)</sup> WM 2007, S. 643 ff.

<sup>8)</sup> In diesem Sinne für den Darlehensverkauf an eine Nicht-Bank: Clemente, Verwertung der nicht akzessorischen Grundschuld im Rahmen eines Forderungsverkaufs, in: ZfIR 2007, S. 737 ff., 739, 740.

<sup>9)</sup> Gola-Schomerus, a.a.O., § 4a, Rn. 13; Simitis, a.a.O., § 4a, Rn. 26.

<sup>10)</sup> Gola-Schomerus, a.a.O., § 9, Rn. 2, 3.

<sup>11)</sup> S. Webseite der BaFin, unter Bankenaufsicht, Rundschreiben, 1997.

<sup>12)</sup> Münchener Kommentar zum BGB/Quack, 4. Aufl., 2004, § 930, Rn. 9 ff. m.w.N.

<sup>13)</sup> Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 181, Rn. 16 ff.

<sup>14)</sup> Vgl. Epp, in: Schimanski/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, a.a.O., Band II, § 94, Rn. 294 ff.; Münchener Kommentar zum BGB/ Eichmann, a.a.O., § 1191, Rn. 14 ff. m.w.N.

<sup>15)</sup> Vgl. Epp, a.a.O., § 94, Rn. 309 ff.; Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, 7. Aufl., 2004, Rn. 668 ff.

<sup>16)</sup> So aber Clemente, ZfIR 2007, S. 737 ff., S. 740–742, für einen gebildeten Beispielsfall des gutgläubigen, einredefreien Erwerbs der Grundschuld.

<sup>17)</sup> Zu dieser Gestaltungsmöglichkeit s.: Clemente, Das Recht der Sicherungsgrundschuld, 3. Aufl., 1999, Rn. 623.

<sup>18)</sup> BGH, Urteil v. 21.2.1967-VI ZR 144/65, WM 1967, 567 unter III 1 b der Gründe; Urteil vom 25.10.1984-IX ZR 142/83, NJW 1985, 800, unter II 1 der Gründe 19 BGH, Urteil vom 25.10.1984-IX ZR 142/83, ebendort.

<sup>20)</sup> Siehe die Rechtsprechungsnachweise bei Clemente, ZfIR 2007), S. 742, Fn. 39 ff.

<sup>21)</sup> Gaberdiel, a.a.O., Rn. 792 m.w.N.

<sup>22)</sup> BGH, Urteil v. 15.1.1988, V ZR 183/86, NJW 1988, 1375, unter B.II.1.d. der Gründe.

<sup>23)</sup> BGH, Urteil v. 7.12.1989,-IX ZR 281/88, WM 1990, 305, unter II.2.a. der Gründe. ■■■■■