



infobrief 22/06

Freitag, 15. September 2006

UR/MK/ AT

Stichwörter

Die verkauften Verbraucher - Heuschreckenfonds, Hintermänner, Belohnungen und Rechtsbruch

A Sachverhalt

In der Presse und insbesondere durch den *Spiegel* und das Magazin *Kontraste* wurde der Skandal über den Verkauf von Hypothekenforderungen, die die Hypo Vereinsbank ursprünglich mit Kunden abgeschlossen hatte, an einen amerikanischen Fonds mit schlimmen Konsequenzen für die Kunden diskutiert. Wie sehr häufig in Finanzdienstleistungsgeschäften schwirrt es nur so von Fantasie-Namen neu gegründeter und alter Firmen. Dahinter stehen aber häufig Personennamen, die für solche Geschäfte spezialisiert sind und immer wieder an entsprechenden Stellen auftauchen, so wie zum Beispiel Herr Turgut, über den wir im Zusammenhang mit dessen Täuschungsmanöver durch die Verwendung des Kürzels IFF berichtet haben.

So ist jetzt auch von Claus Nolting eine Kontinuitätsgeschichte in der Presse erschienen. Er war es, der zunächst in der Hypo Vereinsbank als Jurist diente, zuletzt im Vorstandsrang. Als Chef der HVB Real Estate war er für den Deal zuständig, dass die Hypo Vereinsbank geschätzte dreieinhalb Milliarden an Hypothekenkrediten, die als wackelig eingestuft wurden, in die HVB Real Estate auslagerte, was durch die Identität mit der Vereinsbank und dem Bankstatus der Real Estate zunächst noch keine Folgen für die Kunden hatten. Dies war aber erst der erste Teil des wirklichen Geschäfts. Diese Forderungen wurden dann von der HVB Real Estate einschließlich der Kunden und wohl auch der Verträge an den amerikanischen Lone Star Fonds verkauft, der selber weder Bank ist noch Hypothekenkredite vergibt oder Qualifikationen in der Kundenbetreuung hat. Solche Fonds, die Müntefering als Heuschreckenfonds bezeichnete, leben davon, dass sie in kürzester Zeit möglichst viel Geld aus Vermögenswerten herauspressen.

Aus der Presse war zu hören, dass nicht nur Forderungen, sondern die Kunden selbst an den Private-Equity-Fonds Lone Star verkauft wurden, weil sich nämlich der Fonds an die Kunden wandte und mit ihnen Verhandlungen führen wollte, ihnen horrende Fortsetzungszinsen anbot, keinerlei Entgegenkommen zeigte und rigoros die ihm zugefallenen Grundschulden zu verwerfen drohte.

B Stellungnahme

B.I Vertragsfreiheit

Dabei ist das Bürgerliche Recht eindeutig: Zum verfassungsmäßig geschützten Grundsatz der Vertragsfreiheit gehört es, dass man sich seine Vertragspartner aussuchen darf. Die Kunden hatten sich (was sie bitter bereut haben dürften) einstmals die Hypo Vereinsbank ausgesucht. Die Hypo Vereinsbank entzieht sich dieser Pflicht und bricht damit die Verträge, in dem sie zunächst auf die HVB Real Estate und dann nach einer Schamfrist auf den Lone Star Fonds überträgt. Dabei gibt es selbst ausweislich einer im Internet vorhandenen Präsentation des Chefs von Lone Star keinen Zweifel daran, dass laufende Verträge nicht ohne Zustimmung der Kunden, die sich die Bank ausgewählt hatten, übertragen werden können. Sonst könnte ja auch jeder Kreditnehmer seine Schulden ohne weiteres auf seine Großmutter oder irgendjemand anderes übertragen und damit schuldenfrei werden.

B.II Keine genehmigte Schuldübernahme

Denn nicht nur der Kreditnehmer schuldet der Bank die Rückzahlung der Darlehensforderung bei Fälligkeit, sondern auch die Bank ist dem Kreditnehmer gegenüber zur Leistung verpflichtet: Sie hat ihm das Darlehenskonto zu führen, die Abrechnungen und Kontoauszüge zu erstellen, ihm bei unechten Abschnittsfinanzierungen ein Angebot auf Folgefinanzierung zu üblichen Konditionen zu machen und gegebenenfalls Sondertilgungen entgegenzunehmen oder, wenn dies vertraglich vereinbart ist, Tilgungsänderungen zuzulassen und die entsprechende Rate danach neu zu berechnen. Bei Verträgen mit variabler Verzinsung hat sie den Zins anzupassen. Weiter hat sie den Kunden zu betreuen und ihm im Rahmen der Geschäftsverbindung Auskunft zu erteilen. Damit ist eine Bank nicht nur Gläubiger in Bezug auf die Darlehensforde, sondern gleichzeitig auch Schuldner in Bezug auf die oben genannten Pflichten dem Kunden gegenüber.

Diese Pflichten können ohne die Zustimmung des Kreditnehmers nicht einfach durch die Bank im Wege der Schuldübernahme auf eine andere Bank übertragen werden. Dies ordnet § 415 BGB eindeutig an, wo es heißt: „Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner der Forderung vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung durch den Gläubiger ab.“ Der Kreditnehmer müsste also genehmigen. Anderes kann nur dann gelten, wenn die übertragende Bank mit der übernehmenden rechtlich identisch ist (so bei Namensänderung), oder das Gesetz trotz unterschiedlicher Rechtspersönlichkeit etwas anderes anordnet, wie dies etwa bei Erbschaften oder im Umwandlungsgesetz bei Fusionen der Fall ist. Zu diesen Sonderfällen der Generalsukzession hatten wir bereits in unseren Infobriefen 23/2005 und 07/2004 berichtet.

B.III Verstoß gegen Bilanzrechtliche Vorschriften

Wenn Herr Nolting einfach alle laufenden Verträge verkauft hätte, hätte sogar die Chance bestanden, dass einmal die Finanzaufsicht eingreift. Schließlich sind ja die Bilanzen einer Bank falsch und auch die Anwendung der Eigenkapitalvorschriften ist falsch, wenn aufgrund nichtiger Geschäfte in Milliardenhöhe Verträge übertragen werden, die in Wirklichkeit weiter bei der ursprünglichen Bank zu bilanzieren wären.

Die Beteiligten benutzten jedoch einen Trick. Sie mischten offensichtlich laufende Verträge mit bereits gekündigten Verträgen.

B.IV „Übernahme“ von gekündigten Verträgen

Ist ein Vertrag gekündigt, dann ist er beendet. Damit entfällt auch das Recht des ehemaligen Vertragspartners auf seinen Vertragspartner zu bestehen. In diesen Fällen kann man also nicht mehr von einer Vertragsübernahme sprechen, weil es nur noch um die fällig gestellte Forderung der Bank geht. Das Dauerschuldverhältnis ist durch die Kündigung beendet. Die Forderungsinhaberin, also die Bank, heißt dann nur noch Gläubiger und darf ihre Forderungen, wie es im Inkassowesen üblich ist, zur Einziehung oder überhaupt auch zur Inhaberschaft an ein anderes Unternehmen übertragen. Davon leben das Factoringgeschäft und das Inkassogeschäft. Hier hat der Schuldner allerdings die Rechte aus dem Gesetz, wie insbesondere die Deckelung der Verzugszinsen und auch den Pfändungsschutz. Schließlich nimmt das Gesetz (sehr zweifelhaft) an, der Schuldner sei selbst schuld, wenn er nicht mehr pünktlich gezahlt habe.

Solche Forderungen hätte aber Lone Star nicht gerne gekauft. So gut kennen sie sich im Inkassowesen in Deutschlands nun auch nicht aus. Da sind andere besser. Man mischt solche Forderungen zusammen mit Forderungen aus laufenden Verträgen.

B.V Übernahme laufender Verträge

Hier kommt dabei ein gravierender Unterschied zum Tragen. Bei noch laufenden Verträgen bedarf es zu dessen Übernahme eines Vertrags zwischen den Beteiligten. Dies folgt daraus, dass die Vertragsparteien zugleich Schuldner und Gläubiger einer Vielzahl vertraglicher Pflichten sind, wie bereits oben ausgeführt. In einer Vertragsübernahme sind daher sowohl Abtretungen als auch Schuldübernahmen enthalten. (Bülow, in Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, § 491 Rn 88). Für die Übernahme von Pflichten im Wege einer Schuldübernahme ordnet das Gesetz die Zustimmung des Gläubigers an.

B.V.a Abtretbarkeit der Darlehensforderung

Ohne einen solchen Vertrag kann auch bei laufenden Kreditverträgen nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur wohl die Forderung der Bank ohne die Zustimmung des Darlehensnehmers gesondert abgetreten werden, der Vertrag läuft aber mit der ursprünglichen Bank weiter. (vgl. hierzu nur Bülow, in: Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 6.A. § 491 Rn 77ff.) Allerdings hat die Rechtsprechung bisher zum Thema der Abtretbarkeit von Darlehensforderungen noch nicht abschließend Stellung genommen. Das OLG Frankfurt a.M. hat festgestellt, dass die Abtretung einer Darlehensforderung wegen eines aus dem Bankgeheimnis folgenden stillschweigenden Abtretungsverbots unwirksam sei (OLG Frankfurt, WM 2004, 1386ff). Auch dort ging es um eine Abtretung an Lone Star. Das LG Frankfurt a.M. ist demgegenüber der Auffassung, das Bankgeheimnis stehe einer wirksamen Abtretung nicht entgegen (LG Frankfurt a.M., ZIP 2005, 115ff). Das OLG Frankfurt begründet seine Auffassung damit, dass sich aus dem Bankgeheimnis ein stillschweigender Ausschluss der Abtretbarkeit einer Forderung gem. § 399 2. Alt. BGB ergebe. Dies hat die Literatur mit unterschiedlichen Begründungen überwiegend abgelehnt. (Siehe bei Theewen, WM 2004, 105, 113). Nach der überwiegenden Meinung in der

Literatur stellt das Bankgeheimnis weder ein gesetzliches Verbot gem § 134 BGB dar, noch lässt sich damit ein stillschweigendes Abtretungsverbot konstruieren. Die Literatur lehnt darüber hinaus auch einen Abtretungsausschluss wegen eines Verstoßes gegen das Bundesdatenschutzgesetz ab. *Nobbe* vertritt in seinem Aufsatz „Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen“ (WM 2005, 1537, 1543) die Auffassung, aus § 4 i.V.m. § 28 BDSG lasse sich kein Abtretungsverbot ableiten, weil es anderenfalls zu „untragbaren Wertungswidersprüchen“ käme. Der Gesetzgeber habe sich für die grundsätzliche Abtretbarkeit von Forderungen entschieden, wie sich aus § 399 BGB ergäbe.

Folgt man der Auffassung der Literatur, dann steht der reinen Abtretung der Forderung der Bank gegen den Verbraucher nichts im Wege.

B.V.b Kein Wechsel des Vertragspartners

Bei der ursprünglichen Bank bleiben dann allerdings alle ursprünglichen Pflichten aus dem Vertrag. Auch Gestaltungsrechte, wie Kündigung oder die Pflichten zur Verlängerung eines Vertrages mit angemessenem Zinssatz können nicht an Lone Star übertragen werden. Vielmehr hätte der Heuschreckenfonds alles über die ursprüngliche Bank abwickeln müssen. Die wäre weiter mit ihrem Namen im Vertragsgeschehen. Dass sich in diesen Fällen der Fonds an die Kunden gewandt hat, über die Information hinaus, dass sie, für den Fall, dass diese Forderungen dann einmal fällig werden, Inhaber der Forderungen sind, ähnelt den unbestellten Anrufern der Werbeindustrie. Die Bankaufsicht hätte hier längst einschreiten müssen und die angemäßen Bankgeschäfte von Lone Star verbieten müssen. Aber auch hier war nichts zu hören.

B.VI Übernahme von Problemkrediten („non performing loans“)

Nun ist der Lone Star Chef, ausweislich seines Vortrags, der Meinung, er könne auch eine Grauzone bedienen. Kredite, die nicht mehr ordentlich bedient wurden, aber noch nicht gekündigt seien, könne er auch mit erwerben. Dies ist juristisch Unsinn. Denn solange vertragliche Verpflichtungen der Bank bestehen, bedarf deren Übertragung, wie oben (unter B.II) bereits gezeigt, der Zustimmung des Gläubigers. Es gibt nur eine klare Trennung, das ist die Kündigung und die muss rechtmäßig sein und so etwas lässt sich gerichtlich überprüfen. Lone Star würde zum Obersten Gericht, wenn es selbst entscheiden könnte, wann Kredite so zu behandeln sind, als ob sie gekündigt worden wären. Die klare Grenze der Kündigung, die nur die ursprüngliche Bank aussprechen darf, muss gewahrt bleiben.

Aus der Presse war darüber hinaus zu hören, dass nicht nur solche angeblich wackeligen Kredite, sondern überhaupt ein großes Portofolio auch an vollständig sauber bedienten Krediten übertragen wurde. Damit handelt es sich um einen Kundenverkauf. Die gesamte Weitergabe von Daten über diese Kunden, die Lone Star offensichtlich übernommen hat, ist rechtswidrig, weil sie keinerlei vertragliche Grundlage mit dem Kunden hat, wie oben bereits gezeigt wurde (siehe oben unter B.IV).

B.VII Schadensersatzpflicht wegen Verletzung des Bankgeheimnis

Unabhängig von der Frage, ob die Verletzung des Bankgeheimnis zur Nichtigkeit einer Abtretung führt (siehe hierzu ausführlich oben unter B.V.a), kann sich ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 ergeben. Danach kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Darlehensvertrag verletzt.

B.VII.a Bei Vertragsübernahme

Bei der Übertragung des gesamten Vertrags ist regelmäßig von einer Verletzung auszugehen. Hier geht es nicht um die Frage, inwieweit sich das Bankgeheimnis auf singuläre Abtretungen einzelner Forderungen auswirkt. Es geht vielmehr um die mit der Vertragsübernahme verbundene Überlassung sämtlicher Kundendaten. Dass der Vorsitzende des Bankensenats beim Bundesgerichtshof, aus wie aus immer gearteten Gründen meinte, bevor die Sache an den Bundesgerichtshof kommt, schon einmal in den Wertpapiermitteilungen 2005 seine Meinung dazu zu äußern, die ja bekanntlich seit Jahren von der Angst getragen ist, den Banken könne durch den Schutz der Verbraucher ein Schaden erwachsen, und der darin meinte, das Bankgeheimnis sei durch solche Übertragungen nicht verletzt, schadet letztlich nicht. Es sei denn, man kommt in letzter Instanz doch zu seinem Senat. Er hat nämlich darin ausgeführt, dass ja nur die Forderung abgetreten werde und nicht der Vertrag übertragen werde, wohl in Unkenntnis der wirklichen Verhältnisse. Er geht nämlich davon aus, dass Lone Star auch nur die Informationen bekommen hat, die es als Forderungsinhaber brauche, nicht aber die ein Kreditgeber braucht, um mit den Kunden zu verhandeln. Aufsichtsamt, Bundesgerichtshof, Großbanken scheinen hier eine fest gefügte Gruppe zu bilden, so wie schon bei den Schrott-Immobilienfällen, um die Hypo Vereinsbank nach Nachfolgerin der Bayerischen Hypotheken und Wechselbank vor den Folgen ihrer jahrelangen krummen Geschäfte zu schützen.

B.VII.b Bei bloßer Forderungsabtretung

In Literatur und Rechtsprechung wird teilweise kontrovers diskutiert, unter welchen Voraussetzungen die Übertragung von Daten vom Zedenten auf den Zessionar als Verstoß gegen das Bankgeheimnis und damit als Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis zu sehen ist. Im Ergebnis kommen alle Ansichten zu dem Ergebnis, dass die Weitergabe von relevanten Kundendaten im Rahmen einer Abtretung bei leistungsgestörten Krediten keinen Verstoß gegen das Bankgeheimnis darstellt. Begründet wird dies teilweise mit der analogen Anwendung des § 193 StGB („Wahrnehmung berechtigter Interessen“, *Theewen*, a.a.O., S. 113), mit der direkten oder analogen Anwendung des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG („Interesse der Bank überwiegt Schutzinteresse des Kunden“, *Hoffmann/Walter*, WM 2004, 1566, 1574), mit der Ansicht, das Bankgeheimnis gehe grundsätzlich der Auskunftspflichtung des § 402 BGB nach (Rinze/Heeda, WM 2004, 1557, 1565) oder damit, dass sich derjenige, der sich nicht vertragstreu verhalte, seinerseits nicht mehr auf das Bankgeheimnis als Schutz vor seinem Vertragspartner zurückgreifen dürfe (*Bruchner*, Bankrechtshandbuch, § 39 Rn 42).

Folgt man dieser Ansichten, dann verletzt die Übertragung von Daten eines Kreditnehmers, der sich bislang vertragstreu verhalten hat, das Bankgeheimnis. Deshalb wird den Banken in der

Literatur die Verwendung von Klauseln empfohlen, in denen der Kreditnehmer sich mit der Mitteilung von Informationen an ein anderes Kreditinstitut einverstanden erklärt (Theewen, a.a.O., S. 113).

Entsteht diesem als Folge ein ersatzfähiger Schaden, dann ist dieser zu ersetzen. Ein solcher Schaden liegt etwa dann vor, wenn die neue Bank dem Kunden eine Folgefinanzierung zu überhöhten Konditionen anbietet.

B.VIII Strohmann Eigengeschäft

Die Sache ist aber noch nicht zu Ende. Der Vater dieser Geschäfte, der Bankier Claus Nolting, kommt in gefährliche Nähe zu einer Strohmann-Eigenschaft. Im Jahre 2002 schied er für Branchenkenner überraschend aus der Hypo Vereinsbank aus und wurde als Berater und Anwalt tätig. Für wen und was er dabei verdient hat in diesen Milliarden-Transaktionen ist unbekannt. Jetzt aber ist er wieder eingestiegen und zwar als Geschäftsführer der AHBR, die Karsten von Köller, dem Chef von Lone Star in Deutschland, weil Lone Star sie vorher gekauft hat. Das Vorstandsmitglied der Hypo Vereinsbank wechselt also zum Käufer Lone Star. Aber damit noch nicht genug der Transaktionen. Kurz vor seinem Amtsantritt übernimmt die HVB Real Estate wiederum einen Teil der Geschäfte der AHBR. Fast der gesamte Kreditbestand der AHBR ist vorher auch verkauft worden. Und zwar private Immobilienfinanzierungen im Werte von 2,7 Milliarden Euro. Nun saniert Claus Nolting die AHBR für Lone Star. Das wird einem Drittel der Mitarbeiter zunächst ihren Job kosten. Die Süddeutsche Zeitung vom 22.08.2006, die darüber berichtet, spricht hier auch von gerichtlichen Auseinandersetzungen des rabiaten Köller, meint aber, Claus Nolting würde nun den Ruf wieder aufpolieren. Man fragt sich nach den ganzen Transaktionen, welchen Ruf denn Claus Nolting eigentlich hat.

B.IX Factoring oder Darlehensgeber

Ein weiterer Ansatz ist es zu sagen, dass sich ein Aufkäufer von Darlehens-Forderungen dann zu einem „Darlehensgeber“ wird, wenn er aktiv in die Vertragsgestaltung eingreift, also Vertragsverhandlungen mit dem Darlehensnehmer beginnt. In diesem Moment überschreitet ein Finanzunternehmen seine Rolle, die lediglich in einem Kauf von Forderungen besteht. Die (Um-) Gestaltung von Darlehensverträgen ist originäre Aufgabe von Kreditinstituten, die einer Banklizenz bedürfen.

Für den Erwerb von Geldforderungen wie z.B. beim Factoring von Forderungen wird im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. 2 KWG lediglich eine Lizenz als Finanzunternehmen gefordert (Boos, Fischer Schulte-Maatler KWG-Kommentar 2004, § 1 Rz. 51 u. 154 ff.). Lediglich beim unechten Factoring wird zunehmend von einem Darlehen (im Verhältnis Factoring-Unternehmen und Factor-Kunde) ausgegangen (Kümpel Bank- und kapitalmarktrecht, 3. Aufl. Rz. 5.459 ff (5.465)), so dass eine Banklizenz in diesen Fällen notwendig ist.

Wenn ein Finanzunternehmen sein Rolle als Factor-Unternehmen aber überschreitet, und anfängt, bestehende aufgekaufte Darlehensverträge umzugestalten - z.B. in Bezug auf Veränderungen der Konditionen im Falle variabler Zinsen oder einer Prolongation, Veränderungen der Rückzahlungsmodalitäten etc. - ist dieses als Kreditgeschäft anzusehen, weil die Vertragsges-

taltung von Darlehen vom Sinn und Zweck her als originäre Aufgabe der Banken bei der Kreditgewährung anzusehen ist und sich nicht unter den Kauf von Forderungen i.S.v. §§ 433, 398 BGB fassen lässt. So wird dieses in der Literatur bei Umschuldungen gesehen. Vertragsverhandlungen und das „Angebot“ von Konditionenänderungen beinhalten immer eine Diskussion über die „Gewährung“ des Darlehens für die Zukunft, denn es stellt die weitere Gewährung des bestehenden Darlehens nur zu bestimmten Bedingungen in Aussicht. Somit lassen sich Vertragsverhandlungen auch vom Wortlaut her unter den Begriff „Gewährung von Gelddarlehen“ gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG fassen. Der Gesetzestext spricht auch eindeutig nicht nur von „erstmaliger“ Gewährung. Der Forderungskauf beinhaltet dagegen lediglich die Eintreibung einer bestehenden und genau bestimmten Forderung, ohne dass der Forderungsaufkäufer in den bestehenden Vertrag aktiv eingreifen kann. Die Übertragung von Dauerschuldverhältnissen und die weitere Gestaltung des Vertrages ist nicht originärer Teil eines Forderungsaufkaufs. Das Factoring ist aus dem Bereich von Kaufverträgen entstanden und hat das Abwickeln klar umgrenzter bestehender (Kaufpreis-) Zahlungen zum Ziel.

In diesen Fällen ist daher auch von der Notwendigkeit einer Banklizenz im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG als Kreditinstitut auszugehen. Die Überprüfung und Einhaltung obliegt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).

C Fazit

Forderungen aus Darlehensverträgen dürfen zwar nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur abgetreten werden, die Bank als Vertragspartner kann jedoch vor Kündigung des Darlehens nicht sämtliche Rechte und Pflichten ohne Zustimmung des Verbrauchers auf einen Dritten (Lone Star Fonds) übertragen. Derartige Vereinbarungen sind ohne einen entsprechenden Vertrag mit dem Darlehensnehmer wegen eines Verstoßes gegen § 415 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB unwirksam. In der Weitergabe der Kundendaten liegt zudem eine Verletzung des Bankgeheimnis, die unter Umständen zu Schadensersatz verpflichtet, etwa wenn eine Folgefinanzierung durch den neuen Vertragspartner verweigert wird, die sonst möglich gewesen wäre.

Um eine konkludente Genehmigung von vornherein auszuschließen, sollte die Genehmigung ausdrücklich abgelehnt werden, nur mit dem ursprünglichen Darlehensnehmer verhandelt werden und wie bisher an diesen die Raten gezahlt werden (es sei denn, der Darlehensnehmer verlangt selbst ausdrücklich die Überweisung auf das Konto eines Dritten). Denn Ansprech- und Vertragspartner bleibt auch bei einer Abtretung immer der ursprüngliche Vertragspartner.

Soweit die Käufer der Forderungen versuchen, die bestehenden Darlehensverträge mit den Kunden neu zu gestalten, sollte die BaFin darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Finanzunternehmen ihre Rolle bei dem Factoring überschreiten und die Rolle eines Kreditgebers übernehmen, die Kreditinstituten vorbehalten ist.

Anders zu beurteilen sind Sonderfälle wie Fusionen, siehe dazu die Ausführungen in vorhergehenden Infobriefen 23/2005 und 07/2004.