

Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft
Priv.-Doz. Dr. Markus Artz, Van't-Hoff-Straße 8 – D-14195 Berlin

Priv.-Doz. Dr. Markus Artz
(Lehrstuhlvertreter)
Van't-Hoff-Straße 8
14195 Berlin

An den
Vorsitzenden des Finanzausschusses
des Deutschen Bundestags
Herrn Eduard Oswald
Platz der Republik 1

Telefon +49 30 838 52174
Fax +49 30 838 52190

Berlin, 18. Jan. 2008

11011 Berlin

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz)“ - Drucksache 16/7438 -

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren,

haben Sie herzlichen Dank für die Einladung zur Anhörung des Finanzausschusses. Gerne nehme ich zu dem vorliegenden Gesetzentwurf Stellung. Die wesentlichen Ergebnisse meiner Einschätzung finden Sie im Anschluss an die Vorbemerkung auf der folgenden Seite zusammengefasst.

I. Vorbemerkung

Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich auf den Teil des Gesetzentwurfs, der nicht unmittelbar das Risikobegrenzungsgesetz, sondern das Vorhaben der Bundesregierung betrifft, Vorschläge für gesetzgeberische Maßnahmen zur Verbesserung der Transparenz bei Verkäufen von Kreditforderungen einzubringen (Drucksache 763/07, Begründung A. III. 1.). Im Kern geht es dabei um Änderungen des Verbraucherdarlehensrechts.

Es soll darauf verzichtet werden, die wirtschaftlichen Hintergründe des Regelungsbedarfs (zunehmende Praxis, Kreditforderungen zu veräußern) und die rechtlichen Rahmenbedingungen (intensive Diskussion über die Abtretbarkeit von Darlehensforderungen nach dem Urteil des OLG Frankfurt, WM 2004, 1386 und Klärung der Rechtslage durch das Urteil des XI. Zivilsenats des BGH vom 27.2.2007, XI ZR 195/05, WM 2007, 643) noch einmal darzustellen.

Die Bundesregierung hat in diesem Zusammenhang eine Reihe von Regelungsvorschlägen unterbreitet, zu denen im Folgenden Stellung genommen wird. Vorab sei bereits festgestellt, dass die vorgesehenen Maßnahmen durchweg positiv bewertet werden. Durch die vorgesehenen Änderungen, insbesondere des Verbraucherdarlehensrechts, wird notwendiger und effizienter Schutz des privaten Darlehensnehmers gewährleistet. Teilweise bedarf es über die vorliegenden Vorschläge hinausgehenden Schutzes.

II. Wesentliche Ergebnisse der Stellungnahme

- Es ist gerechtfertigt, Kreditinstitute zu verpflichten, auch abtretungsresistente Darlehensverträge anzubieten. Die Vorschrift (§ 16 KWG-E) sollte auf den Darlehensvertrag zugeschnitten werden (s. Formulierungsvorschlag).
- § 492 a Abs. 2 BGB-E ist durch einen Satz 3 zu erweitern, in dem auf das Bestehen des Widerrufsrechts aus § 495 BGB hingewiesen wird (s. Formulierungsvorschlag).
- Das Sonderkündigungsrecht bei Übertragung der Darlehensforderung (§ 490 Abs. 3 BGB-E) sollte nicht nur in Umwandlungsfällen, sondern auch bei Verkauf und Abtretung der Darlehensforderung bestehen. Ebenso bedarf es der Unterrichtung des Darlehensnehmers bei der Abtretung der Forderung (§ 496 Abs. 1 a BGB-E).
- Es sind Überlegungen anzustellen, dem Zessionar eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde, in der sich der Darlehensnehmer gegenüber dem Zedenten der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hatte, nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen zu erteilen oder die Verkehrsfähigkeit einer solchen Urkunde einzuschränken.

III. Stellungnahme zu den einzelnen Regelungsvorschlägen

1. Angebot abtretungsresistenter Kreditverträge, § 16 KWG-E; Ergänzung von § 354 a HGB

— Mit der Abtretung einer Darlehensforderung können für den Darlehensnehmer erhebliche Nachteile einhergehen. Diese liegen oftmals nicht unmittelbar auf einer rechtlichen Ebene, sondern wirken sich wirtschaftlich dadurch aus, dass der Zessionar im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten in anderer Weise mit dem Schuldner umgeht. Virulent wird dies zum Beispiel im Zeitpunkt auslaufender Zinsbindung oder in dem Fall, dass der Kredit notleidend wird. Hier sieht sich der Darlehensnehmer womöglich aggressiv betriebenen Vollstreckungsmaßnahmen ausgeliefert, die er von seinem ursprünglichen Vertragspartner unter Umständen nicht hätte befürchten müssen.

— Hinzu kommt, dass der Kreditgeber oftmals über eine Urkunde verfügt, in der sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Aus einer solchen Urkunde kann nach Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung die Zwangsvollstreckung betrieben wird, ohne dass der Kredit notleidend geworden wäre. In einem solchen Fall trifft den Darlehensnehmer die Last, klageweise gegen die Vollstreckungsmaßnahme vorzugehen. Er kommt vollkommen unverschuldet in die Lage, gerichtlich initiativ werden zu müssen und hat die Kosten des Verfahrens vorzufinanzieren, die etwa bei einem dem Hausbau dienenden Darlehen infolge des beträchtlichen Streitwerts hoch sein können.

Schließlich kann der Darlehensnehmer, insbesondere, nicht aber nur als privat handelnder Bankkunde, ein zu respektierendes Interesse daran haben, das Darlehensverhältnis mit der Bank/Sparkasse seines Vertrauens nicht nur einzugehen, sondern auch zum Abschluss zu bringen. Dem Kreditgeschäft kann insoweit ein emotionaler Aspekt nicht abgesprochen werden. Gerade im Fall von Darlehen, die Privatkunden aufnehmen, um den Bau eines Eigenheims zu finanzieren, spielen nicht nur die gewährten bzw. im Vorfeld des Vertragsabschlusses angebotenen

Vertragsbedingungen eine Rolle, sondern kann auch eine Vertrauensbasis Einfluss auf die Auswahl des Vertragspartners haben. Das ausgewählte Kreditinstitut später nicht als Vertragspartner resp. Gläubiger zu verlieren, ist dem Darlehensnehmer wichtig. Anders gewendet kann ein veritables Interesse des Schuldners daran bestehen, einem bestimmten Kreditinstitut, mit dem er bereits schlechte Erfahrungen gemacht hat, nicht mehr als Vertragspartner zu begegnen.

Die vorgeschlagene Regelung (§ 16 KWG-E) ist geeignet, die berechtigten Interessen des Darlehensnehmers zu wahren. Anders als bei zahlreichen im Verbraucherdarlehensrecht in dem vorliegenden Zusammenhang vorgeschlagenen Neuerungen trifft die Pflicht zum Angebot von Verträgen mit nicht abtretbaren Forderungen auch Geschäfte mit professionell handelnden Kunden. Insoweit bedarf es zwingend der vorgesehenen Änderung von § 354 a HGB.

Die in § 16 KWG-E vorgesehene aufsichtrechtliche Pflicht bringt freilich eine erhebliche Einschränkung der Privatautonomie der Bank in Gestalt der Abschlussfreiheit mit sich. Der Kreditgeber wird verpflichtet, einen Vertrag zu gesetzlich bestimmten Rahmenbedingungen anzubieten bzw. abzuschließen, um die Möglichkeit zu bewahren, am Kreditgeschäft teilzunehmen. Diese Einschränkung der Privatautonomie ist aber zur Wahrung der benannten Interessen des Kreditnehmers hinzunehmen.

Bezugspunkt der Regelung ist nicht das gesamte Kreditgeschäft, sondern das Gelddarlehen. Die Formulierung sollte daher auf den Begriff des Darlehens zugeschnitten sein.

Zustimmung erfährt die Einschätzung, dass einzelne Banken einen Wettbewerbsvorteil daraus ziehen können, Verträge mit nicht abtretbaren Forderungen ohne Aufpreis, also zu üblichen Bedingungen anzubieten.

Formulierungsvorschlag:

„Ein Institut, das das Kreditgeschäft betreibt, hat beim Angebot eines Kredits in Form eines Darlehens auch Kredite anzubieten, deren Forderungen nicht veräußert werden dürfen. Das Institut hat seine Kreditinteressenten vor Abschluss eines Darlehensvertrages unaufgefordert auf dieses Angebot sowie die besonderen Voraussetzungen und Konditionen hinzuweisen.“

2. Unterrichtungspflichten des Darlehensgebers während des Vertragsverhältnisses, § 492a BGB-E

— Die vorgeschlagene Regelung verpflichtet den Darlehensgeber zur Unterrichtung des Darlehensnehmers in zwei unterschiedlichen Situationen: im Zeitpunkt des Auslaufens der vereinbarten Zinsbindung und am Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit. Der Anwendungsbereich der Regelung beschränkt sich auf einen Teil des Verbraucherkreditrechts, das Verbraucherdarlehensrecht, also den Kreditvertrag über ein Gelddarlehen, § 491 BGB. Die Ausweitung auf sonstige Finanzierungshilfen (§§ 499 ff. BGB), z. B. den Anzahlungskauf, erscheint nicht sinnvoll, da hier in der Regel weder eine beschränkte Zinsbindung noch eine bestimmte, den Tilgungszeitpunkt unterschreitende Vertragslaufzeit vereinbart wird. Die gekaufte Ware wird zu einem Teilzahlungspreis verkauft, der für das Geschäft als solches Geltung hat.

Die Einführung einer solchen Unterrichtungspflicht wird befürwortet. Der vorgesehene Zeitraum von drei Monaten erscheint angemessen. Wie der Begründung des Vorschlags zu entnehmen ist, ergeben sich die Rechtsfolgen einer unterlassenen Unterrichtung des Darlehensnehmers aus den allgemeinen Vorschriften, also insbesondere aus § 280 BGB. Auch dem ist zuzustimmen.

Zu beachten ist die Frage, ob dem Darlehensnehmer in Folge der Einigung über eine erneute Zinsbindung bzw. bei Fortführung des Vertrags das Widerrufsrecht aus § 495 BGB zusteht, worüber er im gegebenen Fall zu belehren wäre. Anders als bei der Vereinbarung einer erneuten Zinsbindung (BGH WM 2004, 2306 zu II. 3. mit Anm. *Bülow* WuB I E 2. - § 494 BGB – 1.05) erwächst im Falle der Ver-

tragsverlängerung (§ 492 a Abs. 2 BGB-E) das Widerrufsrecht, da sich die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers nicht von der Situation beim ursprünglichen Vertragsabschluss unterscheidet. Der Verbraucher bindet sich für einen bestimmten Zeitraum erneut und zu u. U. geänderten Bedingungen an den Darlehensgeber resp. den Zessionar (Abs. 3). Es wird dem Darlehensnehmer erneut ein Kapitalnutzungsrecht eingeräumt (sog. echte Abschnittsfinanzierung). In der Abschnittsfinanzierung liegt ein neuer Kreditvertrag, der nicht nur qualifiziert formbedürftig, sondern auch widerruflich ist (*Bülow/Artz*, Heidelberger Kommentar zum Verbraucherkreditrecht, 6. Auflage 2006, § 491 BGB Rn. 149). Daher sollte in § 492 a Abs. 2 BGB-E neben § 492 BGB auch auf § 495 BGB hingewiesen werden.

Formulierungsvorschlag:

§ 492 a Abs. 2 Satz 3 BGB-E:

„Vereinbaren die Vertragsparteien die Fortführung des Vertrags, steht dem Darlehensnehmer das Widerrufsrecht aus § 495 Abs. 1 BGB zu.“

3. Offenlegung der Zession und Sonderkündigungsrecht (§§ 490 Abs. 3, 496 Abs. 1 a BGB-E)

Zunächst ist die Verpflichtung zur Offenlegung der Zession zu begrüßen. Dem Darlehensnehmer ist bei grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen ein Sonderkündigungsrecht ohne Vorfälligkeitsentschädigung einzuräumen. Hier sieht der Entwurf zwei Varianten vor, wobei die Tendenz der Regierung zur Beschränkung auf Übernahmefälle, in denen der Darlehensnehmer der Übernahme nicht zugestimmt hat, nicht zu übersehen ist.

Dabei erscheint die Beschränkung des Sonderkündigungsrechts auf solche Fallkonstellationen weder zwingend noch sachgerecht. Zwar findet bei der Abtretung keine vollständige Auswechslung der Vertragsparteien statt und der Zessionar

wird nur Forderungsinhaber. Dem Schuldner stehen alsdann die Schutzvorschriften der §§ 404 ff. BGB zur Seite. Nicht zu bestreiten ist aber, dass sich die Schutzbedürftigkeit des Darlehensnehmers nicht allein aus rechtlichen Kategorien ergibt, sondern auf dem Bruch des besonderen Vertrauensverhältnisses zu dem ausgewählten Vertragspartner beruht. Zu Recht weist die Bundesregierung darauf hin, dass es für den Darlehensnehmer als Kunden nicht nur von Bedeutung ist, zu welchem Preis die Leistung angeboten wird, sondern es auch darauf ankommt, „wie der Darlehensgeber sein Kreditgeschäft betreibt“. Dieses Vertrauen wird dem Kunden aber auch in dem Fall der Zession genommen. Auch hier besteht die Gefahr, dass der neue Gläubiger zu einem anderen, aggressiveren Umgang mit der Forderung neigt und insbesondere ein Interesse daran hat, die hinter der Forderung stehende Sicherheit zu verwirklichen. Besondere Gefahr geht dabei aus der Übertragung der Rechte aus der Vollstreckungsunterwerfung an den Zessionar aus, wodurch er nach Erteilung der Klausel (§ 727 ZPO) formal zur Einleitung der Zwangsvollstreckung fähig ist, ohne dass die materiellen Vollstreckungsvoraussetzungen vorlägen. Die virulenten Fälle, in denen sich auch Schuldner nicht notleidend gewordener Verträge Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des neuen Gläubigers ausgesetzt sehen, treten gerade bei dem schlichten Verkauf der Forderung nebst Abtretung und nicht nur in Übernahmefällen auf.

Daher sollte auch bei der Abtretung der Darlehensforderung an einen neuen Gläubiger dem Darlehensschuldner ein Sonderkündigungsrecht ohne Vorfälligkeitsentschädigung zustehen. Die Beschränkung auf den Fall des „Wechsels in der Person des Darlehensnehmers“ (Variante 1) wird abgelehnt. Die Formulierung des § 490 Abs. 3 BGB-E in Variante 2 ist vorzugswürdig.

Daraus ergibt sich, dass in § 496 Abs. 1 a BGB-E auch über das Kündigungsrecht aus § 490 Abs. 3 BGB-E unterrichtet werden muss.

4. Aufhebung von § 498 Abs. 3 BGB

Der Vorschlag, § 498 Abs. 3 BGB aufzuheben, ist zu begrüßen. Schon unter Geltung des VerbrKrG (§ 3 Abs. 2 Nr. 2) war nicht einzusehen, warum der Darlehensnehmer den besonderen Kündigungsschutz des Verbraucherkreditrechts (jetzt § 498 BGB) bei grundpfandrechtlich abgesicherten Kreditverträgen (heute „Immobilienkreditverträge“, § 492 Abs. 1 a Satz 2 BGB) nicht genoss.

5. Änderung von § 795 ZPO

Die Erstreckung des Schadensersatzanspruchs auf die Vollstreckung aus einer für vorläufig vollstreckbar erklärten Urkunde ist zwingend geboten.

Darüber hinaus wird angeregt, den aus der Weitergabe der Urkunde, in der sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), erwachsenden Gefahren zu begegnen. Nach § 727 ZPO wird auch dem Zessionar eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt, soweit er nur den Forderungserwerb nachweist. Dazu genügt die Vorlage der einer Abtretungserklärung des Zedenten (*Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn. 46.80).

Es ist nicht zu verkennen, dass in den bekannt gewordenen Fällen der unberechtigten Vollstreckungsmaßnahmen von Zessionaren gegenüber vertragstreuen Darlehensnehmern das Interesse der Gläubiger nicht primär in der Realisierung der Forderung als solcher, sondern in der Verwertung der diese absichernden Immobilie lag. Der Schuldner sieht sich unvermittelt einer Vollstreckungsmaßnahme ausgesetzt und gerät in die unangenehme Situation, sich mittels einer Abwehrklage gegen das Vorgehen des Zessionars zur Wehr zu setzen. Dabei trifft den vertragstreuen Darlehensnehmer die Pflicht, den zu führenden Prozess zu finanzieren, was angesichts erheblicher Streitwerte nicht unterschätzt werden darf.

Insofern sind Überlegungen anzustellen, die Klauselerteilung in solchen Fällen einzuschränken. Anzusetzen ist etwa dabei, in den Fällen des § 496 Abs. 1 a BGB-E die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung davon abhängig zu machen, dass der Gläubiger die materiellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung

nachweist. Diese bestehen im Kern in den Verzugsvoraussetzungen. Wird die vollstreckbare Ausfertigung durch den Notar dem Zessionar nur unter diesen Bedingungen erteilt, ist der Gefahr vorgebeugt, dass gegen den vertragstreuen Darlehensschuldner aus der Urkunde vollstreckt wird.

Andererseits ist in Erwägung zu ziehen, die freie Übertragbarkeit einer solchen Urkunde grundsätzlich zu beschränken. Führt man sich vor Augen, dass die Abtretbarkeit derartiger Darlehensforderungen in Frage gestellt wird, muss dies für die Übertragung der vollstreckbaren Urkunde erst Recht gelten.

Für die Möglichkeit, dem Finanzausschuss diese Anmerkungen überbringen zu dürfen, danke ich nochmals und verbleibe mit freundlichen Grüßen

PD Dr. Markus Artz
