

Univ.-Prof. Dr. Peter O. Mülbert
Direktor des Instituts für deutsches und internationales
Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens

An den Vorsitzenden des
Finanzausschusses des
Deutschen Bundestages
Herrn Eduard Oswald, MdB
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Mainz, den 20.01.2008

**Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) – Drs. 16/7438 –
Hier: Diskussionspunkte zur Einführung erweiterter Schuldnerschutzmöglichkeiten bei Forderungsverkäufen durch Banken**

Sehr geehrter Herr Oswald,

mit den folgenden Anmerkungen zu ausgewählten Diskussionspunkten bezüglich erweiterter Schuldnerschutzmöglichkeiten bei Forderungsverkäufen durch Banken darf ich meine Stellungnahme vom 16. Januar 2008 betreffend die im Regierungsentwurf eines Risikobegrenzungsgesetzes enthaltenen Regelungsvorschläge wie folgt ergänzen.

I. Sonderkündigungsrecht des Darlehensnehmers ohne Vorfälligkeitsentschädigung

Mit einem Sonderkündigungsrecht des Darlehensnehmers unter Befreiung von einer Vorfälligkeitsentschädigung bei grund- oder schiffspfandrechtsbesicherten Darlehen (§ 490 Abs. 3 BGB-E) wird die Rechtsposition des Darlehensgebers nachhaltig verschlechtert. Aus rechtlichen (2.) ökonomischen (3.) und europarechtlichen (4.) Überlegungen ist von einem solchen Eingriff dringend Abstand zu nehmen. Dies wird noch deutlicher, wenn man sich zunächst den Kerngehalt

der angedachten Regelung und einige auf der Hand liegende Auslegungsprobleme vergegenwärtigt.

1. Rechtsprobleme des angedachten § 490 Abs. 3 BGB-E

Das Sonderkündigungsrecht wird in zwei unterschiedlich weit gehenden Varianten erwogen: für den Fall eines Wechsels in der Person des Darlehensgebers ohne Zustimmung des Darlehensnehmers (kleine Lösung) sowie für den Fall des Personenwechsels und bei einer Abtretung der Forderung an einen Dritten (große Lösung).

a. Grundfragen

Das vorgeschlagene Sonderkündigungsrecht ist wohl als zwingende Kündigungsregelung gedacht. Unklar bleibt aber, ob der Darlehensgeber eine Zustimmung des Darlehensnehmers zum Übergang des Vertragsverhältnisses – und, im Falle der großen Lösung, zur Abtretung der Forderung – mit der Folge einholen kann, dass das Kündigungsrecht entfällt. Für diese Möglichkeit spricht die Passage des Formulierungsvorschlags „... und der Darlehensnehmer nicht zugestimmt hat“. Ist eine kündigungsausschließende Zustimmung möglich, stellt sich sodann die Anschlussfrage, ob der Darlehensnehmer seine Zustimmung auch antizipiert, etwa bei Vertragsschluss, erteilen kann und welche Anforderungen an eine wirksam antizipierte Zustimmung gegebenenfalls zu stellen wären: Benennung einer bzw. mehrerer bestimmter Personen oder jedenfalls eines bestimmbaren Personenkreises?

Unabhängig davon würde die angedachte Formulierung alle Fälle der Gesamtrechtsnachfolge und nicht allein diejenigen des UmwG erfassen, also auch beim Tode eines Darlehensgebers (§§ 1922, 1967 BGB) oder etwa für den Fall zum Tragen kommen, dass bei einer Ein-Personen-GmbH & Co. KG die KG aufgrund des Wegfalls der GmbH erlischt und das Vermögen auf den Komplementär übergeht oder dass bei einer Personengesellschaft alle Gesellschafter bis auf einen wegfallen. Es ist schlechterdings nicht zu erkennen, dass der zur Rechtfertigung des § 490 Abs. 3 BGB-E bemühte Topos des Vertrauens in die Person des Vertragspartners die Zubilligung eines Sonderkündigungsrechts für solche Fälle rechtfertigen könnte.

An den Vertrauensgedanken anknüpfend stellt sich zudem die Frage, ob ein Darlehensgeber nicht sogar einen Anspruch auf Zustimmung des Darlehensnehmers zur Übertragung des Vertragsverhältnisses/der Forderung haben könnte und sogar müsste, wenn der neue Vertragspartner/Gläubiger das gleiche oder jedenfalls ein ähnliches Maß an Seriosität in Anspruch nehmen kann. Wäre es unter dem Aspekt „Vertrauen in die Seriosität des Darlehensgebers“

wirklich denkbar, dass ein Darlehensnehmer die Zustimmung zur Übertragung des Vertragsverhältnisses/der Darlehensforderung zwischen einer Landesbank und einer Sparkasse oder zwischen der Dresdner Bank AG und der Commerzbank AG verweigern könnte? Soweit aber der Darlehensnehmer kein schützenswertes Interesse an der Zustimmungsverweigerung hat, wäre genau gegenläufig der Darlehensgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund mit der Folge eines Schadensersatzanspruchs berechtigt.

Schwierigkeiten bereitet schließlich, ob § 490 Abs. 3 BGB-E auch dann zur Anwendung kommen soll, wenn der Darlehensvertrag ausländischem Recht untersteht. Angesichts ihres problematischen Normzwecks (sogleich unter 2.) wird man Zweifel haben, diese Bestimmung als international zwingende Norm i.S. des Art. 34 EGBGB einzuordnen.

b. Sonderfragen der Einbeziehung auch der Abtretung

Wollte man das Sonderkündigungsrecht auch auf die Fälle des Gläubigerwechsels kraft Abtretung ausdehnen, stünde die Ausdehnung auf die Fälle eines gesetzlichen Gläubigerwechsels (sog. *cessio legis*) im Raum. Wird etwa ein Darlehen durch eine Bürgschaft und eine Hypothek gesichert und zahlt der Bürge auf die Darlehensforderung, gehen kraft Gesetzes Darlehensforderung und Hypothek auf den Bürgen zumindest teilweise über. Auch in diesen Fällen erhält der Darlehensschuldner also einen neuen Gläubiger, so dass die Ausdehnung des § 490 Abs. 3 BGB-E selbst auf diese Fälle zu gewärtigen wäre.

2. „Vertrauen in die Person des Darlehensgebers“ als zweifelhafte Rechtfertigung eines Sonderkündigungsrechts

Das angedachte Sonderkündigungsrecht wird von der Begründung zur kleinen Lösung mit dem Vertrauen des Darlehensnehmers gegenüber dem Darlehensgeber auf einen sorgsamem und angemessenen Umgang gerechtfertigt und dieser Gedanke soll wohl auch für das Sonderkündigungsrecht im Falle einer bloßen Abtretung gelten. Überzeugen kann dies freilich ganz und gar nicht.

Rationale Kreditgeber pflegen Kreditsicherheiten zu verlangen und Kreditinstitute im Besonderen müssen schon deswegen auf eine adäquate Besicherung der von ihnen ausgereichten Kredite achten, weil sich die Mitglieder ihrer Verwaltungsorgane andernfalls dem Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB) schuldig machen können. Wer als Darlehensnehmer eine grundpfandrechtliche Kreditsicherung bestellt, tut dies nicht im Vertrauen auf die Geschäftspolitik des Darlehensgebers, sondern um einen andernfalls nicht zu erlangenden Kredit zu erhalten. Wie sehr der Begründungstopos „Vertrauen“ neben der Sache liegt, zeigt schon das Ergebnis des angedachten § 490 Abs. 3 BGB-E: nur der Be-

steller eines Grundpfandrechts, nicht aber der sogar persönlich haftende Bürge soll vom Risiko eines Personenwechsels auf Gläubigerseite geschützt werden.

Hinzu kommt gerade bei grundpfandrechtlich besicherten Darlehen, dass der Darlehensnehmer etwa bei Mietimmobilien oder gemischt genutzten Objekten ein Darlehen vielfach vor allem aus steuerlichen Gründen aufnimmt, so dass von einem auch nur abstrakten Vertrauen in die künftige Geschäftspolitik des Darlehensgebers keine Rede sein kann. Diese Darlehensnehmer treffen ihre Auswahl zwischen mehreren Darlehensgebern vielmehr allein auf der Basis eines Konditionenvergleichs und insbesondere des jeweiligen Effektivzinssatzes.

Insgesamt wird ein „Vertrauen in die künftige Geschäftspolitik des Darlehensgebers“ allein bei denjenigen Darlehensnehmern eine Rolle spielen, die schon bei der Darlehensaufnahme in ihre Überlegungen einbeziehen, dass sie ihre Darlehensverbindlichkeiten künftig nicht pünktlich bedienen könnten und deswegen ihre Auswahlentscheidung auch daran ausrichten, wie sie das Vorgehen eines Darlehensgebers in Fällen des Zahlungsverzugs einschätzen. Diese Einschätzung wird sich dabei wohlgerne nur darauf beziehen können, ob der Darlehensgeber von seinen Rechten mehr oder minder konsequent Gebrauch macht oder ob er hierbei eine rechtlich nicht gebotene Zurückhaltung übt.

Vor diesem Hintergrund kann ein Sonderkündigungsrecht mit dem Inhalt des § 490 Abs. 3 BGB-E nicht überzeugen. Es ist schon nicht zu erkennen, dass diejenigen Darlehensnehmer einen Kündigungsschutz verdienen, die für den Fall eigenen vertragswidrigen Verhaltens (Zahlungsverzug) darauf gebaut haben, dass der Darlehensgeber seine Rechtsposition weniger konsequent wahren würde als dies rechtlich an sich zulässig ist. Erst recht ist es nicht veranlasst, allen Darlehensnehmern ein solches Kündigungsrecht ganz unabhängig davon zuzubilligen, ob es ihnen über die Darlehenskonditionen hinaus auch auf die Person des Darlehensgebers im Übrigen ankommt. Gläubiger-insensitiven Darlehensnehmern würde mit dem Sonderkündigungsrecht ohne Vorfälligkeitsentschädigung die Möglichkeit eröffnet, im Falle eines gesunkenen Zinsniveaus einen Wechsel in der Person des Vertragspartners/Gläubigers zur Umschuldung zu nutzen und so einen windfall-profit zu erzielen.

3. Ökonomische Erwägungen

Das Sonderkündigungsrecht soll eine Immobilisierung der Darlehensforderung bewirken, indem potentielle Erwerber abgeschreckt werden. Müssten Interessenten mit einer breiten Kündigungswelle der vorhandenen Darlehensnehmer rechnen, würde sich der finanzielle Aufwand für den Erwerb eines Portfolios nicht lohnen. Der hiermit einhergehende Verklumpungseffekt erhöht das Liquiditätsrisiko von Kreditinstituten in Krisensituationen. Zur Kompensation werden

Kreditinstitute, wovon auch die Begründung für Kredite mit vereinbartem Abtretungsausschluss ausgeht, einen höheren Vertragszinssatz verlangen.

Diese Zusammenhänge erhellen zunächst, dass ein zwingendes Sonderkündigungsrecht in Sanierungssituationen auf keinen Fall eingreifen kann. Offensichtlich ist dies im Fall des § 32 PfandBG, der es dem im Insolvenzverfahren bestellten Sachwalter gestattet, mit Zustimmung der BaFin Vermögenswerte zu übertragen. Angesichts der zentralen Funktion der Kreditwirtschaft in unserer Wirtschaftsordnung muss es Kreditinstituten jedoch auch schon im Vorfeld einer Krise zur Krisenvermeidung möglich sein, Vermögenswerte zu liquidieren

Ineffizienzen schafft ein zwingendes Sonderkündigungsrecht ferner, weil und soweit es sogar konzerninterne Umstrukturierungsmaßnahmen verhindert. Wer der Überzeugung ist, dass die Bundesrepublik zukünftig eine geringere Zahl noch leistungsfähigerer Kreditinstitute benötigt, um den großen Instituten aus anderen europäischen Staaten – Frankreich, Spanien, Italien, UK – erfolgreich Konkurrenz machen zu können, muss einem Sonderkündigungsrecht ablehnend gegenüberstehen.

Abzulehnen ist ein zwingendes Sonderkündigungsrecht schließlich auch, weil es eine Quersubventionierung innerhalb der Darlehensnehmerpopulation bewirkt. Der damit verbundene Verteuerungseffekt belastet diejenigen Darlehensnehmer, die an sich das Produkt „abtretbarer Kredit“ mit den damit verbundenen niedrigeren Zinskosten wählen würden und entlastet diejenigen, die das Produkt „unabtretbarer Kredit“ wünschen. Eine solche gesetzlich erzwungene Quersubventionierung sollte sich in einer marktwirtschaftlichen Ordnung verbieten. Berechtigten Sozialschutzanliegen ist gegebenenfalls mit strengeren Regeln für das Vorgehen des Neugläubigers aus der Darlehensforderung oder/und der hierfür bestellten grundpfandrechtlichen Sicherheit (s. sogleich noch unter IV./V.) hinreichend Rechnung zu tragen.

4. Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Das Sonderkündigungsrecht würde die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung (Art. 49 ff. EGV) durch EU-ausländische Kreditinstitute bzw. deren Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV) offenkundig beschränken. Eine Rechtfertigung durch zwingende Allgemeininteressen ist nicht ersichtlich. Allerdings ist der Schutz der Darlehensnehmer als ein Allgemeininteresse anzusehen. In der undifferenzierten Ausgestaltung durch § 490 Abs. 3 BGB-E geht dieser Schutz aber auf breiter Front über das unabdingbar Erforderliche hinaus, so dass die Regelung einer Kontrolle anhand der Grundfreiheiten des EG-Vertrags mangels Verhältnismäßigkeit nicht standhält.

II. Pflicht zum Angebot von nicht abtretbaren Kreditforderungen

Die erwogene Ergänzung um einen § 16 KWG-E, wonach ein Kreditinstitut „auch Kredite anzubieten [hat], deren Forderungen nicht veräußert werden dürfen“, erscheint als ordnungspolitischer Irrweg und ist auch im praktischen Ergebnis unbehelflich. Als Alternative ist allenfalls die Verpflichtung von Kreditinstituten zu erwägen, Darlehensinteressenten als Variante auch einen Darlehensvertrag mit einem vereinbarten Sonderkündigungsrecht anzubieten, das inhaltlich der „großen“ Lösung des § 490 Abs. 3 BGB-E entspricht.

Ordnungspolitisch führt es in die Irre, Kreditinstituten die von ihnen anzubietenden Leistungen vorzuschreiben. Aufgrund des Sozialstaatsprinzips für notwendig erachtete Leistungen sollte der Staat selbst erbringen (und finanzieren), nicht aber einzelne Gruppen von Marktteilnehmern kraft Gesetzes hierzu verpflichten.

Praktisch würde § 16 KWG-E insofern zu kurz greifen, als das vertraglich vereinbarte Abtretungsverbot eine Forderungsübertragung mittels Gesamtrechtsnachfolge unter Nutzung der Vorschriften der Vorschriften des UmwG, insbesondere § 123 UmwG, nicht hindern könnte.

Als am ehesten marktwirtschaftlichen Vorstellungen konforme Alternative bliebe, in § 16 S. 1 KWG-E die Pflicht zum Angebot eines Darlehens mit vereinbartem Sonderkündigungsrecht vorzusehen:

„Ein Institut, das auch das Kreditgeschäft betreibt, hat auch Kredite anzubieten, **bei denen der Darlehensnehmer den Darlehensvertrag ohne Einhaltung einer Frist kündigen kann, wenn der Darlehensgeber die Forderung aus dem Darlehensvertrag an einen Dritten abgetreten hat oder in der Person des Darlehensgebers ein Wechsel stattgefunden hat und der Darlehensnehmer dem nicht zugestimmt hat; für die Ausübung des Kündigungsrechts müssen dem Darlehensnehmer mindestens sechs Wochen nach Kenntniserlangung von der Abtretung oder dem Wechsel eingeräumt werden.** Das Kreditinstitut hat seinen Kreditinteressenten vor Abschluss eines Kreditvertrages unaufgefordert auf dieses Angebot sowie die besonderen Voraussetzungen und Konditionen hinzuweisen.“

III. Nicht abtretbare Unternehmenskredite

Bei der Einführung eines § 354a Abs. 2 HGB-E handelt es sich um eine Folgeänderung zum angedachten § 16 KWG-E. Sollte entsprechend dem vorstehend unterbreiteten Vorschlag eine Pflicht zum Angebot von Krediten mit einem Son-

derkündigungsrecht eingeführt werden, müsste § 354a Abs. 2 HGB-E ersatzlos entfallen.

IV. Verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch bei ungerechtfertigter Vollstreckung aus der Urkunde über die Erklärung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung

Der vorgesehenen Ergänzung des § 795 ZPO ist zuzustimmen.

V. Schutz gegen Vollstreckung aus abgetretener Sicherungsgrundschuld

Der Schutz des Bestellers einer Sicherungsgrundschuld dagegen, dass der Abtretungsempfänger aus der abgetretenen Grundschuld vorgeht, obwohl der Besteller auf die zugrunde liegende Darlehensforderung bezahlt hat, bedarf keines gesetzgeberischen Eingreifens. Gemäß § 1157 Satz 2 BGB kann der Grundschuldbesteller dem Erwerber alle Einreden aus der Sicherungsabrede – und das heißt: alle Einreden aufgrund des zugrunde liegenden Darlehensvertrags – entgegenhalten, es sei denn, dass der Erwerber gutgläubig war. Das Reichsgericht nahm noch an, dass der Erwerber bereits bei Kenntnis vom Sicherungscharakter der Grundschuld bösgläubig bezüglich aller Einreden sei. Der Bundesgerichtshof verlangt zwar heute in ständiger Rechtsprechung positive Kenntnis des Erwerbers von der einzelnen konkreten Einrede. Mit der Rückkehr zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung wäre ein Grundschuldbesteller jedoch umfassend geschützt.

In der Hoffnung, Ihnen mit diesen ergänzenden Überlegungen zu dienen, verbleibe ich

mit vorzüglicher Hochachtung

(Peter O. Mülbert)