



**Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz)“**

**– Bundestags-Drucksache 16/7438 –**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

ich danke Ihnen für die Einladung als Sachverständiger. Leider hatte ich im Dezember 2007 einen schweren Unfall, so dass ich nicht persönlich an der Sitzung teilnehmen kann. Ich möchte aber gerne die Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme nutzen und mich auf den **Punkt III. „Verbesserte Transparenz bei den Verkäufen von Kreditforderungen“** konzentrieren. Die Stellungnahme beruht auf einem Entwurf meines Mitarbeiters Herrn Peter Schantz, den ich ausführlich mit ihm diskutiert habe. Er wird an der Anhörung teilnehmen und steht Ihnen gerne für Rückfragen zur Verfügung.

**0. Zusammenfassende Stellungnahme und eigener Vorschlag**

**Datum:**

21. Januar 2008

**Bearbeiter:**

Peter Schantz

**Postanschrift:**

Humboldt-Universität zu Berlin  
Unter den Linden 6  
10099 Berlin  
Telefon +49 [30] 2093-3313  
Telefax +49 [30] 2093-3412

sekretariat.schwintowski@rewi.hu-berlin.de  
www.rewi.hu-berlin.de/jura/lswt

**Sitz:**

Unter den Linden 11  
Raum 403  
10117 Berlin

**Verkehrsverbindungen:**

S- und U-Bahnhof Friedrichstraße  
Bus: Linien 100, 200 und TXL,  
Haltestelle Staatsoper

Aus meiner Sicht ergibt sich bereits aus dem geltenden Recht, dass die Abtretung von Darlehensforderungen an Unternehmen, die keine Banken sind, unwirksam ist (*Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, iE.). Der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall (WM 2007, 643) betraf die Abtretung zwischen zwei Banken, so dass für diese Konstellation eine höchstrichterliche Klärung noch aussteht. Gerade die Abtretung an Nichtbanken führt aber in der Praxis zu besorgniserregenden Ergebnissen; vielfach kaufen nämlich Unternehmen Kreditforderungen auf, die lediglich an der Verwertung der Kreditsicherheiten interessiert sind, nicht aber an der verantwortungsvollen Fortführung eines Kreditverhältnisses. Hierdurch wird auch das Vertrauen in die deutsche Kreditwirtschaft insgesamt beschädigt. Es ist daher zu begrüßen, dass sich der Gesetzgeber dieses Problems annimmt.

Ich möchte jedoch davor warnen, dass neue gesetzliche Regelungen so aufgefasst werden könnten, dass sie implizit auch die Abtretung an Nichtbanken legalisieren. Vielmehr sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass eine Bank Kreditforderungen nur an eine andere Bank abtreten kann. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass durch die gesetzliche Regelung der Abtretbarkeit von Darlehensforderungen das Bankgeheimnis aufgeweicht wird. Auch der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 27. Februar 2007 einen Konflikt zum Bankgeheimnis festgestellt und lediglich darauf verzichtet, daraus die Unwirksamkeit der Abtretung zu folgern. Das Bankgeheimnis dient aber nicht nur dem Schutz des individuellen Kunden, sondern ist auch als Institution eine wesentliche Stütze des Vertrauensverhältnisses zwischen Bank und Kunde.

Der vorliegende Entwurf bemüht sich um eine Lösung; ihm liegt aber kein in sich stimmiges Regelungsmodell zugrunde. In einigen wichtigen Punkten – etwa mit dem Sonderkündigungsrecht des Kunden (5.) oder der Einführung eines verschuldensunabhängigen Schadensersatzes (7.) – geht er aber am eigentlichen Problem vorbei. Bevor ich auf die einzelnen Vorschläge eingehe, möchte ich daher **meinen Vorschlag für ein Regelungsmodell** zusammenfassen:

- (a) Die **Abtretung einer Darlehensforderung ist grundsätzlich unzulässig, kann aber zwischen Bank und Kunde separat vereinbart werden.** Die vorgeschlagene „Angebotslösung“ wirft mehr Fragen als Antworten auf. Insbesondere nimmt der Vorschlag keine Abstimmung mit dem Datenschutzrecht und

dem Bankgeheimnis vor. Auch wenn der Kunde der Abtretung zustimmt, sollte die Abtretung an Unternehmen, die keine Kreditinstitute sind, unzulässig, bleiben da nur Kreditinstitute einer ausreichenden Aufsicht unterliegen (siehe hierzu auch unter 1.).

- (b) **Statt eines Sonderkündigungsrechts ist dem Kunden ein Widerspruchsrecht gegen die Abtretung einzuräumen.** Die Sonderkündigung ist dem Kunden wirtschaftlich in vielen Fällen nicht zumutbar, wenn er sich aufgrund gestiegener Marktzinsen nicht durch einen neuen Kredit refinanzieren kann. Es erscheint aber nur fair, wenn sich beide Parteien an dem ursprünglich ausgehandelten Kreditverhältnis festhalten lassen müssen und dieses zu den vereinbarten Konditionen weiterführen (siehe hierzu auch 5.). Entstehen dem Kunden durch die Abtretung überhaupt keine Nachteile, wäre sein Widerspruch wohl als treuwidrig einzustufen und unwirksam.
- (c) **Unabhängig von (b) ist dem Kunden gegen die Ausgliederung von Kreditverhältnissen nach dem Umwandlungsgesetz ein Widerspruchsrecht einzuräumen.** Hier gibt es nach der Abschaffung des § 132 UmwG keinen Ausgleich zwischen Privatautonomie des Kreditnehmers und Gestaltungsfreiheit des Kreditinstitutes mehr. Der Kreditnehmer kann nicht mehr verhindern, dass das Kreditverhältnis – mit seinen treuhänderischen Elementen – auf einen Vertragspartner übergeht, den er sich nicht ausgesucht hat (siehe hierzu auch 5.).
- (d) Der Gesetzgeber muss der **missbräuchlichen Praxis der Trennung der Sicherheiten von der Sicherungsabrede entgegenreten.** Nach der separaten Abtretung der Grundschuld mit dem meist vereinbarten abstrakten Schuldanerkenntnis und der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist es dem Kreditnehmer noch nicht einmal möglich, sich gegen die Zwangsvollstreckung durch den Erwerber zu wehren, wenn er seinen Kredit ordnungsgemäß bedient hat. Ein Schadensersatzanspruch verhindert nicht, dass der Kreditnehmer sein Eigenheim verliert und stellt ihn nicht besser als nach geltendem Recht. Die separate Abtretung der Grundschuld in Kombination mit einem abstraktem Schuldanerkenntnis und der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sollte daher im Rahmen von Immobiliendarlehen unzulässig und – auch dinglich – unwirksam sein; dann könnte sich der Darlehensnehmer direkt

gegen die Zwangsvollstreckung zur Wehr setzen. Alternativ ließe sich überlegen, dem Kreditnehmern das Recht einzuräumen, dem Erwerber die Einreden aus dem Kreditvertrag und der Sicherungsabrede entgegenzuhalten, ohne dass es darauf ankäme, ob er diese Einreden beim Erwerb kannte oder nicht. Anleihen ließen sich hier beim verbundenen Geschäft nach § 358 Abs. 3 BGB nehmen.

### **1. Pflicht des Darlehensgebers zum Angebot nicht abtretbarer Kreditforderungen**

Der Vorschlag folgt dem hehren Ziel, dass ein informierter Verbraucher selbst wählen soll, ob er das Risiko eingeht, mit einem neuen Gläubiger konfrontiert zu werden. Dies setzt aber voraus, dass er über diese Wahlmöglichkeit auch tatsächlich informiert wird. Der Gesetzesvorschlag enthält lediglich den Hinweis, dass die BaFin das Angebot im öffentlichen Interesse überwacht. Dem Kunden selbst werden durch diese Norm keine Möglichkeiten eingeräumt, sich zu wehren, wenn ihm der Darlehensgeber kein entsprechendes Angebot macht. Eine Möglichkeit, dem abzuhelpen, wäre eine Verpflichtung des Kreditinstitutes, die Belehrung des Kunden über diese Möglichkeit zu dokumentieren und für den Fall, dass die Bank den Kunden nicht informiert, von der Unabtretbarkeit der Forderung auszugehen. Es wäre – auch regelungstechnisch einfacher – von der **grundsätzlichen Unabtretbarkeit der Darlehensforderung** auszugehen. Dies hätte den Vorteil, dass das Kreditinstitut den Kunden von den Vorteilen seiner Zustimmung überzeugen muss und diese Zustimmung auch dokumentieren wird. Ferner ließe sich in diesem Zusammenhang auch differenzieren, ob die Bank die Forderung einschließlich ihrer Verwaltung eintritt oder aber die Abtretung der Forderung nur zur Refinanzierung erfolgt („still“) und die Bank weiterhin Ansprechpartner des Kunden bleibt. In der Praxis wäre es auch leicht möglich, Konflikte mit dem Datenschutzrecht und dem Bankgeheimnis zu vermeiden, da im Rahmen der Zustimmung des Kunden auch seine Einwilligung zur Weitergabe persönlicher Daten eingeholt werden könnte. Da die Frage der Abtretbarkeit der Forderung für den Kunden von großer Bedeutung ist, sollte seine **Zustimmung separat** erfolgen (z.B. ähnlich der Zustimmung nach § 4a BDSG). Eine Ergänzung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen erscheint demgegenüber schwierig, weil praktisch alle Vereinbarungen zwischen einer Bank und einem Privatkunden als allgemeine Geschäftsbedingungen einzuordnen sind.

Schließlich übersieht der Entwurf übersieht, dass es dem Kunden häufig gar nicht darauf ankommt, dass seine Kreditforderung gar nicht abgetreten wird. Entscheidend ist für ihn vielmehr, an wen sie verkauft wird. Wesentlich für ihn ist, ob die Forderung an einen Bank abgetreten wird, die unter einer entsprechenden Aufsicht steht und in der Regel an einer langfristigen Geschäftsbeziehung interessiert ist, oder aber an ein Unternehmen, das nicht über eine Erlaubnis nach dem KWG verfügt. Wir schlagen daher vor, dass auch dann, wenn eine Abtretbarkeit der Forderung vereinbart worden ist, eine **Abtretung nur an ein Kreditinstitut** erfolgen kann. Denn nur diese stehen unter einer ständigen Aufsicht der BaFin; diese schützt das Vertrauen in ein ordnungsgemäßes Bankgeschäft, wozu aus Sicht der Allgemeinheit auch die Abwicklung eines Kredites gehört.

## **2. Verpflichtung des Darlehensgebers zu Folgeangebot oder Hinweis auf Nichtverlängerung des Vertrages**

Diesen Vorschlag begrüße ich, denn er schafft für den Kunden Klarheit. Durch die Verpflichtung des Zessionars nach § 492a Abs. 3 BGB wird sichergestellt, dass eine Umfinanzierung auch mit dem neuen Gläubiger geschehen kann. Dieser muss über eine Bankerlaubnis verfügen (§§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 32 Abs. 1 KWG). Es wäre empfehlenswert auch im KWG klarzustellen, dass dieser Fall ebenso zu behandeln ist wie die Neubegründung eines Kreditverhältnisses.

## **3. Pflicht zur Anzeige der Abtretung / des Wechsels des Darlehensgebers**

Die Anzeigepflicht ist positiv zu bewerten, denn der Kunde muss wissen, wer sein Gläubiger ist und welche Rechte ihm aufgrund des Wechsels des Vertragspartners zustehen.

## **4. Erweiterung des Kündigungsschutzes der Darlehensnehmer bei Immobiliendarlehensverträgen**

Diese Änderung halte ich für sachgerecht. Gerade bei langfristig angelegten Immobilienkrediten ist die Position der Bank in der Regel durch Grundpfandrechte besser ab-

gesichert als bei anderen Krediten; es ist daher nicht überzeugend, den Kreditnehmer im Falle von Immobiliendarlehen schlechter zu behandeln als bei anderen Verbraucherkrediten. Dies gilt umso mehr, als die Bank immer noch im Falle des Wertverfalles des sichernden Grundstückes nach § 490 Abs. 1 BGB das Darlehen kündigen kann. In der Regel finanziert der Verbraucher durch einen solchen Immobilienkredit sein Eigenheim, es handelt sich also aus seiner Perspektive um eine der wichtigsten Vertragsbeziehungen seiner wirtschaftlichen Existenz. Angesichts der hohen Bedeutung des Kredites für den Darlehensnehmer und die vorteilhafte Position des Kreditgebers erscheint die Streichung der Vorschrift und somit die Angleichung der Immobiliendarlehen an sonstige Formen des Verbraucherdarlehens nur folgerichtig.

Die Begründung der alten Vorschrift, die Regelung sei nicht auf Immobiliendarlehen zugeschnitten erschließt sich mir nicht, denn § 498 Abs. 1 BGB berücksichtigt das wirtschaftliche Interesse des Darlehensnehmers ausreichend, indem die Vorschrift verlangt, dass der Kreditnehmer mit einem bestimmten Prozentbetrag (bei Immobiliendarlehen i.d.R. 5 %) im Rückstand sein muss.

## **5. Sonderkündigungsrecht ohne Vorfälligkeitsentschädigung**

Wenn das Sonderkündigungsrecht einen Ausgleich dafür sein soll, dass der Darlehensnehmer sich einem Vertragspartner gegenüber sieht, den er nicht bewusst und frei ausgewählt hat, ist es konsequent, ein solches Sonderkündigungsrecht – wie es Variante 2 vorsieht – auch für die Abtretung einzuführen.

Ohne eine Befreiung von der Verpflichtung, eine Vorfälligkeitsentschädigung zu leisten, geht das Sonderkündigungsrecht ins Leere, weil es den Verbraucher abschreckt, davon Gebrauch zu machen. Auch das Sonderkündigungsrecht selbst hilft dem Kreditnehmer nicht in jeder Situation. Hat er einen festen Zinssatz vereinbart und steht der Marktzins zum Zeitpunkt des Wechsels des Vertragspartners höher als zum Zeitpunkt des Abschluss des Darlehensvertrages, kann er sich nur zu erheblich höheren Kosten refinanzieren, als im Rahmen des ursprünglichen Darlehensvertrages angefallen wären. Auch dies kann den Verbraucher von der Kündigung des Kredites abhalten. Es auch nicht auszuschließen, dass Kreditinstitute diese Regelung ausnutzen könnten: Hat sich der Marktzins erhöht, kann es attraktiv erscheinen, eine Darlehensforderung zu

verkaufen, um den Kreditnehmer „in die Kündigung zu treiben“; dann könnte die Bank den Darlehensbetrag zum aktuellen Marktzins gewinnbringender verleihen als zuvor. **Eine vorzugswürdige Alternative wäre es daher, dem Kreditnehmer ein Widerspruchsrecht einzuräumen**; dann würde das Kreditverhältnis mit dem bisherigen Darlehensgeber zu den vereinbarten Konditionen fortgeführt werden. Sollte eine Abtretung das Interesse des Kreditnehmers an einem bestimmten Vertragspartner gar nicht berühren, wäre die Ausübung des Widerspruchs wohl als **treuwidrig gemäß § 242 BGB** einzustufen. Dies wäre beispielsweise denkbar, wenn der Zessionar im Kreditvertrag bereits benannt worden wäre.

Dringender Handlungsbedarf besteht für Fälle der Übertragung von ganzen Darlehensverhältnissen auf eine neue Gesellschaft nach dem **Umwandlungsgesetz** (§ 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG). Spätestens nach der Abschaffung des § 132 UmwG im Jahr 2007 ist es möglich, ganze Kreditverhältnisse (einschließlich Sicherheiten und Sicherungsabreden) auf ein anderes Unternehmen zu übertragen, das dann als Ganzes verkauft werden kann. Um hier auch nur einen minimalen Ausgleich zwischen Privatautonomie des Kreditnehmers und Gestaltungsfreiheit des Darlehensgebers zu erreichen, ist es bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten, dem **Darlehensnehmer ein Widerspruchsrecht einzuräumen**. Eine schlichte Wiedereinführung des § 132 UmwG hilft nicht weiter, denn die Vorschrift war in ihrer bisherigen Form misslungen, führte zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und vermochte daher den Konflikt zwischen der Privatautonomie der Vertragspartner und der Gestaltungsfreiheit des Unternehmens nicht zu lösen.

## **6. Nicht abtretbare Unternehmenskredite**

Die Neuregelung ermöglicht, dass Unternehmer im Rahmen ihrer Privatautonomie den Ausschluss der Abtretung durch Vertragsschluss vereinbaren können. § 354a HGB war nicht im Hinblick auf Unternehmenskredite eingeführt worden. Die Regelung sollte vielmehr sicherstellen, dass Unternehmer im Geschäftsverkehr Forderungen aus ihrem Geschäft als Sicherheiten an Banken oder Warenlieferanten (sog. „verlängerter Eigentumsvorbehalt“) abtreten können und nicht durch Abtretungsverbote in den allgemei-

nen Geschäftsbedingungen ihrer Kunden daran gehindert werden. Im Falle von Kreditforderungen gegenüber Unternehmen ist die Interessenlage anders, da hier der Gläubiger immer einer Bank ist; diese hat aber kein gleichwertiges schützenswertes Interesse daran, diese Forderungen als Sicherungsmittel zu verwenden wie beispielsweise ein Warenlieferant.

Unabhängig von weiteren wirtschaftspolitischen Gründen – wie vom BDI im Fachgespräch im September 2007 vorgetragen – halte ich die Änderung daher schon deshalb für konsequent, weil der Gesetzgeber mit der Einführung des § 354a HGB nicht die grenzlose Abtretung von Unternehmenskrediten anordnen wollte, sondern eine spezielle Konstellation im Auge hatte.

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

Die Änderung geht am Kern des Problems vorbei: Zwar ist ein verschuldensunabhängiger Anspruch leichter zu begründen als ein Anspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB). Dennoch verhindert die Änderung des § 795 ZPO nicht, zunächst die Grundsicherungen (meist das Eigenheim der Betroffenen) zu verwerten. Ungelöst bleiben die Lücken, die das deutsche Sachenrecht durch die Trennung von Sicherungsabrede und Grundschuld (in Verbindung mit einem abstraktem Schuldanerkenntnis und einer Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung) bietet.

Der Darlehensnehmer hat das Problem, dass er dem gutgläubigen Erwerber der Grundschuld in der Regel nicht die Einreden entgegenhalten kann, die er gegenüber dem Darlehensnehmer hat (zu den Grenzen vgl. *Schwintowski/Schantz*, NJW 2008, i. E.). Tritt der Darlehensgeber die Grundschuld samt abstraktem Schuldanerkenntnis und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ab, kann der Darlehensnehmer sich in der Zwangsvollstreckung noch nicht einmal darauf berufen, dass er den Kredit immer ordnungsgemäß bedient hat. Ihm bleiben nur Schadensersatzansprüche, sein Eigenheim ist verloren. Diese Lücke kann geschlossen werden, indem bei Immobiliendarlehen, die einem Verbraucher gewährt werden, die **separate Abtretung von abstraktem Schuldanerkenntnis und der Unterwerfung unter die sofortige**



**Zwangsvollstreckung ausgeschlossen wird.** Dies könnte etwa durch eine **Ergänzung in § 496 Abs. 1 S. 2 BGB** geschehen. Allerdings müsste diese Änderung klarstellen, dass die Abtretung **nicht nur schuldrechtlich, sondern auch dinglich unwirksam ist**; anderenfalls hätte sich die Lage des Kreditnehmers gegenüber der aktuellen Rechtslage kaum verbessert. Nur eine dingliche Unwirksamkeit der Abtretung führt dazu, dass sich der Kreditnehmer bereits gegen die Zwangsvollstreckung selbst wehren kann. Diese Lösung erscheint mir vorzugswürdig gegenüber einem Eingriff in das Sachenrecht, da hierdurch leicht die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld eingeschränkt werden könnte. Auch ein Verbot der Doppelbesicherung ist dann nicht notwendig; das Schutzbedürfnis der Banken, zu ihrer eigenen Sicherung an der Kombination von Grundschuld und abstraktem Schuldanerkenntnis mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung festzuhalten, bliebe so gewahrt.

Alternativ ließe sich überlegen, ob es nicht – ähnlich dem verbundenen Geschäft nach § 358 Abs. 3 BGB – dem Kunden erlaubt werden sollte, dem Erwerber die Einreden aus dem Darlehensverhältnis und insbesondere der Sicherungsabrede entgegenzuhalten – und zwar unabhängig von seiner Kenntnis der Einrede. Diese Lösung erscheint bereits deshalb angemessen, weil aus Sicht der Bank und des Kunden Kreditvertrag, Sicherungsabrede, Grundschuld, abstraktes Schuldverhältnis und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung als einheitliches Geschäft vereinbart werden.

## **8. Fazit**

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber sich der Probleme annimmt, die durch Forderungsverkäufe entstehen und die das Vertrauen in die deutsche Kreditwirtschaft auf Seiten der Verbraucher bedrohen. Ich sehe in folgenden Punkten noch Verbesserungsbedarf:

- Der Gesetzgeber muss eine Regelung treffen, wonach Darlehensforderungen nicht abtretbar sind, wenn nichts anderes vereinbart wurde. Eine Vereinbarung der Abtretbarkeit sollte als separate Vereinbarung (ähnlich § 4a BDSG) erfolgen, um dem Kunden die Bedeutung seiner Entscheidung vor Augen zu führen.

- Eine Abtretung an ein Unternehmen, das kein Kreditinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes ist sollte unzulässig sein.
  
- Das Sonderkündigungsrecht ist nicht zielführend, denn es gibt dem Bankkunden „Steine statt Brot.“ Stattdessen sollte Kreditnehmer ein Widerspruchsrecht gegen die Abtretung eingeräumt werden; im Falle des Widerspruchs würde der Kredit wie zuvor vereinbart fortgesetzt werden. Tangiert die Abtretung die Interessen des Kreditnehmers überhaupt nicht, wäre der Widerspruch wohl als treuwidrig und damit als unwirksam einzustufen.
  
- Im Falle der Ausgliederung von Darlehensverhältnissen im Wege der Abspaltung über das Umwandlungsgesetz sollte dem Kreditnehmer ein Widerspruchsrecht eingeräumt werden.
  
- Durch eine Ergänzung des § 496 Abs. 1 BGB sollte die separate Abtretung eines abstrakten Schuldanerkenntnisses in Kombination mit einer Grundschuld und der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ausgeschlossen werden, um eine missbräuchliche Zwangsvollstreckung von vornherein zu verhindern, statt den Kunden auf Schadensersatzansprüche zu verweisen. Aus der Gesetzesformulierung muss sich klar ergeben, dass dieses gesetzliche Abtretungsverbot auch dingliche Wirkung hat. Alternativ wäre es denkbar dem Kreditnehmer zu erlauben, dem Erwerber der Grundschuld die Einreden aus der Sicherungsabrede unabhängig von seiner Kenntnis entgegenzuhalten.

Herzlichst Ihr

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski