

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes (vzbv)

zum Komplex Forderungsverkäufe im Rahmen des Risikobegrenzungsgesetzes

Der Verbraucherzentrale Bundesverband begrüßt es, dass sich der Bundestag mit der Thematik Forderungsverkäufe befasst, sieht die Mehrheit der von den federführenden Ministerien vorgestellten Vorschläge allerdings sehr skeptisch. Dabei haben wir es derzeit mit einem qualitativen, nicht mit einem quantitativen Problem zu tun, dessen Relevanz dennoch nicht in Frage zu stellen ist. Die einzelnen exzessiven Fälle in den Medien zeigen noch kein Massenphänomen, aber die Unsicherheiten, die künftig sehr viele Verbraucher mit einer Baufinanzierung betreffen können. Es muss jetzt einer bedenklichen Entwicklung Einhalt geboten werden, ohne Panikmache zu betreiben, heißt für uns die an Parlament und Bundesregierung zu richtende Botschaft.

Die Praxis der *True Sales*, mit denen Banken sich zur Bereinigung ihrer Bücher vollständig von eingegangenen Risiken trennen möchten, birgt auch weitergehende Gefahren in sich. Es droht das Auslagern unvernünftig eingegangener Risiken in einen weniger überwachten Marktbereich. Wenn man aber Risiken einfach in den Markt abgeben kann, fehlt damit der Druck, Risiken aus eigenem Interesse und unter Einbeziehung der Betroffenen von Anfang an verantwortlich zu gestalten. Auch deswegen reden wir jetzt über gesetzliche Anpassungen, um die Rechte der Betroffenen in diesem sensiblen Bereich mit hohem finanziellen und rechtlichen Verpflichtungen der Verbraucher zu stärken.

Zusammenfassung unserer Position und Forderungen

Einschätzung der Diskussionspunkte und Formulierungshilfen und Forderungen des vzbv

- Wir **lehnen die Pflicht zum Angebot nicht veräußerbarer Kreditforderungen ab** (§ 16 KWG). Stattdessen ist die Praxis einer pauschalen Vorab-Einwilligung durch AGB einzuschränken (Ergänzung des § 309 Ziff. 10 BGB).
- Was die **Verpflichtung des Darlehensgebers zu einem Folgeangebot oder dem Hinweis auf die Nichtverlängerung** des Vertrages angeht (§ 492a BGB neu), sehen wir darin einen **sehr wichtigen Vorschlag**. Dem Verbraucher muss aber mehr Verbindlichkeit, mehr Zeit und vor allem die Möglichkeit gegeben werden, überhöhte Abwehrzinssätze auszuschließen beziehungsweise auf sie noch rechtzeitig reagieren zu können.
- **Es erhöht das Vertrauen der Verbraucher nicht, sie erst nachträglich zu informieren, vielmehr müssen sie vorab einbezogen werden**, wenn sich aus der Übertragung praktische Änderungen ergeben. Der Vorschlag des § 496 Abs. 1a BGB schießt dabei über das Ziel hinaus und kann auf Kosten der

Verbraucher die Refinanzierung unnötig einschränken. Ein **Sonderkündigungsrecht erscheint auch uns ein wichtiges Element**, das aber nicht jeder Verbraucher praktisch einsetzen kann und das wir eher als Voraussetzung für eine Vertragsklausel gestalten würden.

- Auch bei **notleidenden Darlehen muss differenziert werden**. Nicht jede zeitweilige bzw. geringfügige Zahlungsstörung darf gleich zum Scheitern einer ganzen Immobilienfinanzierung mit weitreichenden Folgen führen. Die notwendige Eingrenzung zu notleidenden Krediten im Sinne der **Streichung des § 498 Abs. 3 BGB ist sehr wichtig und wird unterstützt**. Daneben aber die Angstkündigung nach **§ 490 Abs. 1 BGB bei zahlungstreuen Verbrauchern weiter zuzulassen, ist untragbar**.
- Ein **Sonderkündigungsrecht im Sinne eines neuen § 490 Abs. 3 BGB können nicht alle Verbraucher, die zu schützen sind, immer einsetzen**. Wichtig erscheint uns, die eigentlichen Probleme einzugrenzen. **Was soll bei einer abgetretenen Forderung geschehen, die inhaltlich noch von einem Vertrag abhängt, und was passiert bei einer Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz mit den berechtigten Interessen von Darlehensnehmern?**
- **Für die korrekte Zwangsvollstreckung ist der Staat selbst seinen Bürgern einstandspflichtig**. Es ist völlig ungenügend, hier nur hinterher einen Schadenersatzanspruch zu gewähren, den man dann noch nicht einmal realisieren kann. In diesem Kontext muss gewährleistet werden, dass **treuhändische Verfügungen der Verbraucher willkürlichen Verlagerungen entzogen sind** und auch bei fehlerhaften Übertragungsakten ein **isolierter gutgläubiger Erwerb einer Grundschuld ausgeschlossen bleibt**. Doppelvollstreckungen würden unserer Rechtsordnung empfindlichen Schaden zufügen.
- Die Rechtsordnung lässt sich, insbesondere gegenüber ausländischen Akteuren, nicht nur durch Schadenersatzforderungen sichern, **vielmehr dürfen Rechtsverstöße, wie der Bruch des Bankgeheimnisses und die Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht zu einem rechtlichen Erfolg führen**. Dies darf nicht faktisch sanktionslos bleiben. In § 399 BGB ist genau das zu realisieren, was der Bundesgerichtshof im Februar 2007 als noch nicht aus dem Gesetz gewährleistet gesehen hat, ein **Abtretungsverbot, wenn Rechte des Schuldners im Zuge der Abtretung verletzt wurden**.

Situationsanalyse

Ökonomische Einschätzung

Neue Akteure treten in den globaler werdenden Markt ein, für die sich die hiesigen Rahmenbedingungen nicht wie selbstverständlich erschließen und die dabei auch aus dem fremden Blickfeld eines in der Regel anglo-amerikanisch organisierten Kreditmarktes heraus operieren.

In unserer Studie¹ zum „Erwerb von Kreditforderungen durch Private Equity-Unternehmen – Gefahren für Verbraucher“ haben wir die ökonomischen und rechtlichen Hintergründe sowie die real erwachsenden Probleme gezielt untersuchen lassen. Die Studie zeigt uns, dass wir es mit einem relevanten Problem zu tun haben.

Seit 2003 konnten Kredit- bzw. Forderungsverkäufe im Volumen von rund 15 Mrd. Euro nachgewiesen werden, darunter gut ein Drittel nicht notleidender Kredite als Beimischung in den übertragenen Portfolien. Die weiter zitierten Statistiken zeigen zugleich aber ein wesentlich höheres Gesamtvolumen von Verkäufen. 60 Anbieter konnten am deutschen Markt festgestellt werden, überwiegend aus dem anglo-amerikanischen Ausland. 150 weitere Anbieter haben 2007 den Markteintritt geplant, weltweit operieren rund 2000 Anbieter, die unseren Markt sondieren.² All dies spricht für eine Zunahme dieses Trends in einem im Immobilienbereich weitgehend von der US-Krisensituation bisher verschont gebliebenen Markt bei uns, und auch die in der Studie vorgenommene ökonomische Prognose deutet auf eine Zunahme hin.

Die unterschiedlichen Denkweisen und Interessen am Markt zwischen einer Anlagegesellschaft und einem Kreditgeber sind in der Studie näher dargestellt. Während ein Kreditgeber sich langfristig auf eine Dienstleistung einlässt, betrachtet eine Anlagegesellschaft eine Kreditforderung als Asset mit einem Realisierungshorizont von ca. 4 Jahren. Die Studie belegt zugleich einen Druck zum Forderungsverkauf, weil Kreditforderungen, die von Anlagegesellschaften gehalten werden, nicht mit vergleichbaren Refinanzierungskosten belegt sind wie Forderungen bei Kreditgebern nach dem Kreditwirtschaftsgesetz. Das bedeutet aber auch, dass dieser Trend den Zweck von Basel II, einen besseren Risikoüberblick zu haben, in Frage stellt bzw. ungewollt verlagert.

Schon aus diesem Grund ist es wichtig, dass eindeutige Regelungen für eine klar verständliche Rechtssicherheit sorgen. Dass wir auf der Basis der existierenden Rechtslage in diesem Markt bisher keine herausragenden Störfälle hatten, ist weniger den Regelungen als der Anwendungspraxis geschuldet, eine Praxis, die sich nun verändert. Anstehende Neubewertungen sollten nicht auf dem Rücken immobilienfinanzierender Verbraucher erst vor Gericht geklärt werden müssen.

Vollstreckungsfälle und konkrete Verbraucherrisiken

Derzeit gibt es keine massenhaften Vollstreckungsfälle in nicht notleidende Kredite; das Problem erstreckt sich auf wenige Einzelfälle. **Das eigentliche Problem besteht darin, was heutzutage als notleidend deklariert werden kann und wird. Notleidende Kredite zu verkaufen und zu vollstrecken, stellt damit nur auf den ersten Blick „kein relevantes“ Problem dar.**

Denn ein Verbraucher muss nach unserem Recht noch nicht einmal zahlungsausfällig geworden sein, damit sein Kredit als notleidend qualifiziert werden kann. **Es muss in der Diskussion zwischen tatsächlich gescheiterten und vorgeblich gescheiterten Darlehen unterschieden werden.**

So schilderte uns RA Bernd Koch aus Hamburg z.B. den Fall eines Mandantenpaares, die zum Zweck der Altersvorsorge mehrere Immobilien gekauft, finanziert und mit viel Aufwand renoviert hatten. Weil es bei einem Objekt mit den Mieteinnahmen haperte, hatte man sich mit der Bank bereits auf eine Tilgungsaussetzung für ein KfW-Darlehen geeinigt, da fusionierte der Kreditgeber. Der veränderte Kreditgeber wollte diese Zusage nicht bestätigen, es kam dadurch zu Tilgungsrückständen bei einem Teil der Darlehen, die Annuitäten wurden aber zu

¹ Studie erstellt durch das IFF – Institut für Finanzdienstleistungen Hamburg, Oktober 2007
http://www.vzbv.de/mediapics/studie_forderungsverkaeufe_iff_01_2008.pdf

² a.a.O. Fn. 1, S. 30

jedem Zeitpunkt weiter bedient. 2004 verkaufte die fusionierte Bank ohne Wissen und Einwilligung die Darlehen an einen Investor, der 2005 nach Auslaufen der Zinsbindung zunächst ein kurzfristiges Verlängerungsangebot zu einem fast doppelt so hohem Zinssatz, wie marktüblich, unterbreitete und dazu die Unterzeichnung einer Verkaufsvollmacht verlangte, was die Mandanten ablehnten. Der Investor kündigte daraufhin und leitete noch vor Ende der Rückzahlungsfrist Zwangsverwaltung und Zwangsvollstreckung ein und vollstreckte ferner auch ins persönliche Vermögen. Auf ein Ablöseangebot geht der Investor gar nicht ein. Den Mandanten droht nun die Insolvenz.

RA Dr. Julius Reiter aus Düsseldorf berichtete uns von einem Mandanten, dem seine Sparkasse, mit der umfassende Geschäftsbeziehungen bestanden, kündigte, nur weil der Mandant eine nachrangig als Sicherheit dienende Immobilie auf seine Frau übertragen hatte, mit Verweis auf eine dadurch unrichtige Vermögensaufstellung. Obwohl der Verbraucher die Situation korrigierte und wieder Eigentümer jener Immobilie wurde und obwohl er sogar die Rückführung der plötzlich fällig gewordenen Immobiliendarlehen zu 90% organisierte hatte, verkaufte die Sparkasse seine Darlehen an einen Investor.

Diese Fälle zeigen exemplarisch das Problempotential. Kleine Fehler, aber auch das Nichtakzeptieren unerhörter Forderungen, wie der Einräumung einer Verkaufsvollmacht, führen zu völlig unverhältnismäßigen Konsequenzen. Wie problematisch das Verhalten von Forderungsaufkäufer für Verbraucher sein kann, zeigen dabei auch weitere Erfahrungsberichte.

So berichtete z.B. Herr Dr. Reiter von auffälligem Verhalten bei der Abwicklung durch einen größeren aufkaufenden Investor, der einen Mandanten aufforderte, den „Gesamtbetrag zu bezahlen“, ohne diesen zu benennen, und dazu lediglich 13 Kontonummern angab, darunter die des Girokontos des betroffenen Mandanten. Während sich dieser Investor dann auf Vergleichsverhandlungen einließ, leitete eine weitere im Zuge der Abtretungen hinzugekommene Gesellschaft inzwischen die Zwangsvollstreckung ein. Im Zuge der Vergleichsverhandlungen bezifferte der Investor dann schließlich eine Forderung – ohne diese im Detail aufzuschlüsseln –, die über 200.000 Euro über der tatsächlich noch verbliebenen Restschuld lag. Kein Einzelfall, denn derselbe Investor bot auch einem anderen Mandanten Vergleichsverhandlungen an, ignorierte dann die Antwort des Mandanten, mit der dieser seine Bereitschaft dazu signalisierte, schrieb dann den Mandanten erneut aber ohne Bezug auf dessen Antwort mit einer Fristsetzung an und betrieb die Zwangsvollstreckung.

Für die **Mehrheit der Verbraucher**, die mit ihren Darlehensverträgen bzw. Forderungen verkauft werden, ergeben sich **folgende konkrete Probleme**:

- Für alle diese Verbraucher wird eine **Anschlussfinanzierung problematisch**, sofern der Vertrag nicht schon kurz vor der abschließenden Tilgung steht.

In jener kritischen Phase fehlt der ausgewählte Darlehensgeber, und ein Forderungsinhaber hat weder Interesse noch u.U. die rechtliche Möglichkeit (z.B. weil er kein Kreditinstitut ist), dem Verbraucher eine Anschlussfinanzierung anzubieten. Im Zweifel werden - wie gezeigt - sogar Abwehrrzinsen angeboten. Der Verbraucher muss also zum richtigen Zeitpunkt einen neuen Anschlussfinanzierer haben, der einen vernünftigen Zinssatz anbietet, bereit ist, die Bonitätslage des Verbrauchers zu diesem Zeitpunkt (Alter, Erwerbstätigkeit) zu akzeptieren, und der sich auch nicht dadurch verunsichern lässt, dass die Grundschild als Sicherheit z.B. bei einer *bad bank* oder einem für das Aufkaufen notleidender Darlehen bekannten Investor liegt. Hohe Hürden und ein unabwägbares Risiko.

So berichtete uns die Verbraucherzentrale Bremen im September 2007 von einem Fall, bei dem einem Verbraucher während seines Versuchs, eine Anschlussfinanzierung zu bekommen, vollstreckt wurde.

- Das Interesse an der frühzeitigen Realisierung unter Ausnutzung der Drucksituation der Anschlussfinanzierung belegt auch folgendes Beispiel:

So verweist unsere Studie auf Fälle aus Sachsen aus dem Jahr 2005, bei denen die Verwertungsgesellschaft einer aufkaufenden amerikanischen Investmentbank den vertragstreuen Kunden das „Angebot“ machte, zwei Jahre vor Auslaufen der Zinsbindungsfrist ihre Forderungen abzulösen - unter großzügigem Verzicht auf Vorfälligkeitsentschädigung, Gebühren und Kosten. Hauptargument war aber die Ankündigung, dass man die Forderungen nach Ablauf der Zinsbindungsfrist nur auf einem weit über dem hierzulande existierenden Zinsniveau anbieten werde.³

- Bereits **kleine Zahlungsstörungen** konnten also auch in der Vergangenheit zum Verhängnis werden. Ein reales **Damoklesschwert** für all jene Verbraucher, die es bei der langen Laufzeit nicht schaffen, den Vertrag zu jeder Zeit vertragsgerecht zu bedienen, und deren temporäre Schwierigkeit als Vorwand genommen werden kann, den Betrag vorzeitig zu realisieren, anstatt den vermeidbaren Totalausfall durch eine angemessene Vereinbarung zu verhindern.
- Hat der Verbraucher seine Zustimmung zuvor gar nicht erteilt, wird durch die Praxis das **Bankgeheimnis**, also sein Vertrag mit der Bank und sein **Grundrecht** auf informationelle Selbstbestimmung, also der Datenschutz und damit nach den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts seine **Privatautonomie** ignoriert und **verletzt**. Ein schwerer Eingriff in das Gleichgewicht des Marktes, der auch nicht dadurch gerechtfertigt wird, dass man dem Verbraucher heute verdeckt über allerlei Vertragsklauseln seine Zustimmung zur Datenweitergabe oder sogar die Zustimmung zur Vertragsübertragung gleich beim Vertragsschluss aufzunötigen versucht. Darlehensverträge sind echte Dauerschuldverhältnisse, aus denen über die gesamte Laufzeit Rechte und Gegenrechte erwachsen. Die Bank bleibt Schuldner des Verbrauchers, etwa auf Übertragung der Sicherheiten nach Beendigung der Rückzahlung, oder auch auf Anpassungen aus veränderter Situation im Rahmen der Geschäftsgrundlage langfristiger Vertragsbeziehungen.
- Die Diskrepanz zwischen dem rechtlichen Können und dem rechtlichen Dürfen wird schließlich bei den sehr weitreichenden **Sicherheiten** einer Immobilienfinanzierung relevant. Für einen Juristen ist es keine Überraschung, dass eine **Grundschild** losgelöst von jedem Vertrag und dessen Einhaltung einen Anspruch auf Vollstreckung begründet und dass ein **abstraktes Schuldanerkenntnis** neben dem Vertrag ein gleiches Recht zur Vollstreckung in das gesamte Vermögen eröffnet. Diese zunächst nur abstrakte Gefahr kann durchaus konkret werden, denn der Umstand, dass die Übertragung der Sicherungsabrede von Experten kontrovers diskutiert wird und dass der gutgläubige Erwerb von Grundschulden ein mögliches, wenn auch bisher seltenes Risiko darstellt, verlangt nach einer Klarstellung. Der Markt muss in die faire Handhabung dieser Sicherungsrechte vertrauen können; das Wissen von Juristen kann nicht als Wissen durchschnittlicher Verbraucher definiert werden. Kann es aber zu jenen Ausnahmefällen kommen, die in jedem Lehrbuch zum Sachenrecht diskutiert werden, ist es für ein nachträgliches Nachsteuern zu spät.

Das die Gefahr nicht abstrakt ist, zeigt der Fall, dass die Grundschild einer unbeteiligten Familienangehörigen von einer Sparkasse im Rahmen einer „Übertragungsaktion“ einfach versehentlich mit an einen Investor übertragen wurde und dass dieser die Grundschild auch noch annahm, ohne sie einer eigenen Forderung zuordnen zu können. Mit diesem auch anwaltlich dokumentierten Fall scheint die Frage, ob es den gutgläubigen Erwerb von Grundschulden geben kann,

³ Vgl. Studie, a.a.O. S. 65

der einem Eigentümer und Schuldner die doppelte Inanspruchnahme bescheren könnte, weit weniger abstrakt, als selbst wir das glauben wollten.

Handlungsbedarf

Regelungsvorschlag ist stark überarbeitungsbedürftig

Die Regierungsfractionen haben ein Sieben-Punkte-Konzept zur Regelung von Forderungsverkäufen vorgestellt, davon betreffen sechs Punkte Verbraucher. Wir können nur mit zwei Punkten wirklich konform gehen und vermissen die Kernforderung zur Wirksamkeit von Abtretungen, die zugleich Rechtsverstöße bewirken, als den zentralen Auftrag aus den Erkenntnissen des Fachgespräches vor dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages am 19.09.2007.

Wir müssen ferner feststellen, dass in der Diskussion Ursachen, Wirkungen und Rechtsbegriffe durcheinandergeraten sind. Zum Teil verhindern die Vorschläge unnötigerweise unproblematische Refinanzierungsprozesse und laufen damit Gefahr, das Angebot für Verbraucher unnötig zu verteuern. Zum anderen neigen die Vorschläge dazu, einen Zweitmarkt zu schaffen mit der Folge, dass sich künftig nur noch betuchte Verbraucher Bankgeheimnis und Datenschutz leisten können. Wir sähen in einem solchen Regelungsergebnis den Verfassungsauftrag des Bundesgesetzgebers verletzt.

Zu den Regelungen im Einzelnen – Kritik und bessere Ansätze

1. Pflicht des Darlehensgebers zum Angebot nicht abtretbarer Darlehensverträge

Im Planungsentwurf soll in **§ 16 KWG eine Pflicht zum Angebot nicht abtretbarer Forderungen gestaltet werden**, was wir ablehnen.

Wir erwarten, dass dadurch der abtretbare Kredit zum Normalfall des Darlehensvertrages werden wird. Dies wäre jedoch ein völlig falsches Zeichen an die Märkte und kann Investoren anlocken, die möglicherweise nicht den erforderlichen langen Atem haben. Damit wird genau der Zustand zementiert, der Verbraucher heute schon so sehr beunruhigt. Zu dem Preis, zu dem Verbraucher heute auf Grund des Bankgeheimnisses eigentlich nicht abtretbare Kredite erhalten, werden sie künftig nur noch beliebig abtretbare Kredite erhalten. Nicht abtretbare Kredite dagegen werden sich weniger problematischen Refinanzierungsmöglichkeiten entziehen und deutlich teurer werden. Fazit: Gewinner ist die Kreditwirtschaft, die Verbraucher entweder beliebig weiter schieben kann oder aber erheblich über dem heutigen Niveau abkassieren kann. Verlierer ist immer der Verbraucher: er verliert sein Bankgeheimnis und seine Fähigkeit, seinen Vertragspartner selbst zu wählen, oder aber er bezahlt wegen übertriebener Einschränkung der Refinanzierbarkeit zu viel Geld.

Dass Verträge oder Forderungen nicht gegen den Willen des Verbrauchers beliebig weitergegeben werden dürfen, ist wichtig. Der neue Vorschlag lässt aber befürchten, dass aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen Verbraucher keinen Schutz gegen ihren

Interessen zuwiderlaufende Abtretungen erhalten. Wir brauchen keine generell nicht abtretbaren Verträge, die dann auch nur eingeschränkt refinanzierbar sind (Stichwort: Stille Zession), sondern der Verbraucher muss in jene Abtretungsprozesse einbezogen werden, die ihn etwas angehen, weil Dritte Informationen über ihn erlangen oder sogar selbständig ihm gegenüber auftreten können. In diesen Fällen hat die Abtretung konkrete Auswirkungen auf die praktische Rechtswahrnehmung. Im übrigen sind Refinanzierungsprozesse fortzuentwickeln, die in der Tat nur zwischen Kreditgeber und Refinanzierer stattfinden und den Kreditgeber in die Lage versetzen, das Bankgeheimnis des Verbrauchers zu wahren und ihm in jeder Hinsicht als Vertragspartner verantwortlich gegenüber zu stehen.

Eine junge Familie hat kaum die finanzielle Freiheit, sich bei einer Baufinanzierung für einen teureren Kredit zu entscheiden, und dennoch kann diesen Verbrauchern auch nicht zugemutet werden, Jahre nach dieser Entscheidung hinnehmen zu müssen, plötzlich einen Kreditgeber vorgesetzt zu bekommen, der zum Beispiel kurz zuvor noch durch sein Verhalten gegenüber anderen Verbrauchern für negative Schlagzeilen gesorgt hat.

Der Vorschlag ist zudem nicht auf die Bewahrung des Bankgeheimnisses und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ausgerichtet: die Botschaft lautet statt dessen: Datenschutz kosten in Zukunft Geld. Man impliziert, dass es kein Problem ist, generell vorab auf diesen Schutzanspruch für die nächsten zehn, zwanzig oder sogar mehr Jahre zu verzichten.

Es liegt uns nicht daran, die Übergabe eines Kreditvertrages generell auszuschließen; wir verlangen aber, dass der betroffene Verbraucher einer normalen Kreditforderung an dieser Entscheidung angemessen beteiligt sein muss. Andernfalls werden Verbraucher unmündig und können nicht mehr für ein ausgewogenes Kräfteverhältnis im Markt sorgen.

Schließlich sollen wesentliche Verbraucherrechte (wie der vorgeschlagene) erst bei einem Wechsel des Vertragspartners, nicht schon bei einer Abtretung gelten.

Unser Vorschlag:

Wir empfehlen, die Praxis von Vorab-Einwilligungen drastisch einzuschränken. Dieser Aspekt ist über eine Anpassung im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erreichen:

Ergänzung des § 309 Ziff. 10 BGB

„Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

...

Ziff 10 (Wechsel des Vertragspartners)

Eine Bestimmung, wonach bei **Darlehens-**, Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen ein Dritter anstelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird

- a) der Dritte namentlich bezeichnet oder
- b) dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen;

Begründung: Die Kreditgeber versuchen, bereits dadurch neue Fakten zu schaffen, indem sie sich bei jedem Vertrag klauselartig die Zustimmung zum Kreditverkauf einholen. Das ist zu unterbinden. Für Kauf-, Miet- und Dienstverträge gibt es bereits ein explizites Verbot derartiger Klauseln, wenn die Interessen der Verbraucher nicht durch zum Beispiel ein Kündigungsrecht gewahrt werden. Dieses Verbot ist auf

Darlehensverträge zu erweitern. Da der Verbraucher nicht willkürlich zur plötzlichen Rückzahlung seines Darlehensbetrages gezwungen werden darf, reicht hier ein Kündigungsrecht eigentlich für sich alleine nicht aus. Schon heute erscheint zweifelhaft, ob eine derartige Klausel überhaupt zulässig sein kann. Die Regelung würde die Unzulässigkeit allgemein und angelehnt an andere Vertragsarten, bei denen dies nicht erwünscht ist, klarstellen.

Vorteile:

- Mit einer solchen Vorgabe wird dem Grundgedanken der europäischen Verbraucherpolitik zum Empowerment von Verbrauchern wie auch dem Verfassungsauftrag Rechnung getragen, **d.h. der Verbraucher wird wieder stärker Subjekt in einem Markt, der ihn bisher weitgehend als Objekt betrachtet hat.**
- Dies **zwingt** die Auf- und Verkäufer bei ihren Entscheidungen zu einem **interessengerechten Verhalten** gegenüber den Verbrauchern, die diese nicht mehr ohne Weiteres akzeptieren müssen und etwa den Verkauf an einen negativ aufgefallenen Aufkäufer für sich ausschließen können, ohne die Weitergabe aber generell – mit entsprechendem finanziellen Mehraufwand - zu müssen.

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

Die Bundesregierung sieht hier **einen ergänzenden § 492 a BGB** vor.

Wir begrüßen diese Idee grundsätzlich; es bedarf jedoch noch weiterer Anpassungen:

- Die Frist von drei Monaten ist deutlich zu kurz. Damit der Verbraucher in jedem Fall rechtzeitig reagieren kann, muss diese Information **mindestens sechs Monate vorab erfolgen.**
- Die **Erklärung des Darlehensgebers, den Darlehensvertrag fortsetzen zu wollen, muss dem Grunde nach verbindlich sein**, das heißt die mit ihr verbundenen Voraussetzungen müssen - bei gleichbleibender Lage des Verbrauchers - als mindestens verbindliche Maßstäbe zugunsten des Verbrauchers für die Ausgestaltung des später konkret berechneten Angebots betrachtet werden können.
- Ist der Darlehensvertrag **erkennbar für eine Finanzierung über die Zinsbindungsfrist hinaus abgeschlossen worden** (typischerweise bei Kombi-Finanzierungen mit Tilgungsinstrument oder bei sehr lang laufenden Verträgen), dann muss die Norm auch **einen Anspruch auf eine Unterbreitung eines Anschlussfinanzierungsangebotes vorsehen.** Dieser muss dann im Sinne des Vertrages der Höhe nach angemessen sein und sollte nicht über dem Zinssatz liegen dürfen, den ein Neukunde mit selber Bonität angeboten bekommen hätte, um ein Ausscheren aus einer schon eingegangenen Finanzierungspflicht mittels eines Abwehrezinseszinses zu unterbinden.
- Ferner ist dem Verbraucher zum Auslaufen dieses Zeitraumes ein Kündigungsrecht ohne die Frist des **§ 489 Absatz 1 Ziff 3 BGB** einzuräumen, denn danach müsste der Verbraucher eine Kündigungsfrist von 6 Monaten einhalten (bekommt aber ein Folgeangebot im Zweifel erst später). Bei Angebot eines reinen Abwehrezinssatzes kann er keine alternative Finanzierung mehr abschließen. In dieser Situation den Kredit kündigen zu müssen, ohne dass es

bereits eine gesicherte Anschlussfinanzierung gibt, wäre unzumutbar.

Anmerkungen:

- Um zu vermeiden, dass Folgeangebote wegen des zeitlichen Vorlaufes immer mit einem Forwardaufschlag berechnet werden, ist die in der Begründung vorgenommene Einschränkung auf die Unverbindlichkeit des genannten Zinses einerseits sinnvoll. Andererseits ist die Darlegung eines ernsthaften und verbindlichen Angebotes zur Fortsetzung wichtig.
- Die Regelung sollte auch auf alle Altfälle Anwendung finden können.
- Abwehrrzinsen müssen verhindert werden.

3. Pflicht zur Anzeige der Abtretung und des Wechsels des Darlehensgebers

In § 496 Abs. 1a BGB ist eine eigenständige unverzügliche Informationspflicht geplant, verbunden mit einem Sonderkündigungsrecht.

In einer noch geklammerten Ergänzung wird eine Ausnahme für stille Zessionen und Verbriefungen formuliert.

Auch hier haben wir Bedenken, ob dies die richtige Umsetzung einer im Kern richtigen Idee ist. Die Information muss vor allem als Zustimmungseinholung vor der Übertragung erfolgen und diese Übertragung dann durch die Rechtswahrnehmung auch noch unterbinden können.

Eine (möglicherweise störende) Wirkung gegenüber dem Verbraucher entfaltet eine Abtretung überhaupt nur, wenn sie ihm bekannt gemacht wird (vgl. § 410 BGB). Damit schafft die Regelung hierzu nichts Neues, wirft aber dennoch Probleme auf: Zum Zeitpunkt der erfolgten Abtretung ist es schon zu spät, den Verbraucher aus den Aspekten des Datenschutzes und der vertraglichen Pflichten aus dem Bankgeheimnisses noch rechtzeitig zu beteiligen; die Information müsste vorab erfolgen.

Wie wichtig dieser Aspekt ist, zeigt auch folgender mehrfach von betroffenen Verbrauchern geschilderter Umstand: Vor der Benachrichtigung über den Verkauf stellte sich der Darlehensgeber zum Teil monatelang stumm. Es bestand keine Bereitschaft zu Anpassungen und Verhandlungen. Das müssen wir heute darauf zurückführen, dass die Forderung aus dem laufenden Vertrag mit dem Verbraucher nicht mehr verändert werden sollte, um ein zukünftiges Geschäft mit dem Aufkäufer zu ermöglichen. – Eine fragwürdige Prioritätensetzung, die die betroffenen Verbraucher schädigt.

Ein Sonderkündigungsrecht schafft einen Spielraum, Übertragungen, die erkennbar dem Interesse des Verbrauchers widersprechen, uninteressanter zu machen. Eine Verortung dieser Idee im § 309 Ziff 10 BGB als Voraussetzung einer zulässigen Abtretungsklausel scheint uns systematisch geeigneter, da es genau dort diese Vorgabe auch schon für andere Verbraucherverträge gibt. Es muss allerdings bedacht werden, dass dieses Sonderkündigungsrecht nur eine eingeschränkte Wirkung entfalten kann, weil nicht jeder Verbraucher eine alternative Finanzierung aufbauen können wird.

4. Erweiterung des Kündigungsschutzes der Darlehensnehmer bei Immobiliendarlehen - und § 490 I BGB

Dieser Vorschlag sieht die **Aufhebung des § 498 Abs. 3 BGB** vor, der die Kündigungsmöglichkeiten bei Zahlungsausfällen eingrenzt, dies aber bisher nur auf Verbraucherkreditverträge anwendet.

Wir begrüßen diesen Vorschlag uneingeschränkt. Er ist wichtig, im diffusen Bereich ‚notleidender‘ Kredite den realen Ausfall von der Zahlungsschwierigkeit im Einzelfall sehr praktisch und rechtssicher zu trennen.

Mit Sorge betrachten wir dagegen die Ausführungen zu § 490 Abs. 1 BGB, die wir für abwegig und gefährlich halten.

Diese Norm ermöglicht dem Kreditgeber auch ohne Zahlungsausfall des Kreditnehmers die vorzeitige Kündigung, wenn die Rückzahlung des Darlehens durch eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse oder einen Wertverfall der Sicherheit gefährdet ist. **Wenn man aber die Kündigungsmöglichkeit von einer definierten Eskalation eines Zahlungsausfalles durch den Verbraucher abhängig macht**, um die nicht geringen Folgeschäden durch eine Vertragskündigung wegen nur geringfügigen Verzuges abzuwenden, dann kann man nicht zugleich daneben den § 490 Abs. 1 BGB gelten lassen. Wir sind uns sicher, **dass § 498 BGB sachnotwendigerweise als lex specialis zu § 490 Abs. 1 BGB begriffen werden muss, die Anwendung des § 490 Abs. 1 BGB bei Verbrauchern dann also ausschließt.** Auf Grund der Formulierungshilfe ergibt sich nun aber doch ein Klarstellungsbedarf.

Vorschlag zu § 490 Abs. 1 BGB

Wir empfehlen in Ergänzung zur geplanten Streichung des § 498 Abs. 3 BGB, **die Anwendung des § 490 Abs. 1 BGB auf Kreditverträge mit Verbrauchern ganz auszuschließen.** Dies kann mit einem entsprechenden ergänzenden Satz am Ende des Absatz 1 realisiert werden.

Der § 490 Abs. 1 BGB ist gerade in Zeiten fallender Immobilienwerte ein **großer Unsicherheitsfaktor**, denn der Wert von Immobilien ist teilweise stark genug gesunken, um bei einer extensiven Auslegung aus der Differenz zwischen Restschuld und Restwert der Immobilien eine Kündigungsmöglichkeit zu gestalten.

Ein Problem des § 490 Abs. 1 BGB ist, dass schon **seine Existenz ein Risiko darstellt**, selbst wenn die Norm gar nicht zum Einsatz kommt. Denn auf der Basis dieser Norm lassen sich Verbraucher zu ungünstigeren Finanzierungen drängen und zu weiteren Sicherheiten. In der Hand eines Investors kann diese Norm zu einem wichtigen Instrument werden, Forderungen vorzeitig fällig zu stellen. In seiner schriftlichen Einlassung zum Fachgespräch vom 19.09.2007 hat auch Herr Nobbe als Mitglied des 11. Senates die Möglichkeit gesehen, ein Darlehen nach § 490 Abs. 1 BGB als notleidend zu qualifizieren, obwohl sie ordnungsgemäß bedient werden. Für uns dokumentiert dies Missbrauchsgefahr, weil wir Verbrauchern die Sicherheit gewähren müssen, dass ordnungsgemäße Zahlungen aus dem Darlehensvertrag sie vor den hier diskutierten Folgen wirksam bewahrt.

Kurz vor Weihnachten schilderte uns ein selbständiger Verbraucher aus Nürnberg, wie ihm seine Bank zunächst in die gewerblichen Immobilien vollstreckte und dann auch in seine private Eigentumswohnung, für die er seit 13 Jahren regelmäßig gezahlt hatte. Die Gründe für die Vollstreckung seien ihm unklar geblieben, es hätten keine weiteren offenen Forderungen mehr gegenüber der Bank bestanden. Auch hier berief

sich die Bank auf § 490 Abs. Abs. 1 BGB Der Verbraucher befindet sich in der Vollstreckungsgegenklage.

Schließlich ist die Norm in einer Weise gestaltet, die **Darlehensnehmer diskriminiert**. Während diese nämlich im folgenden Absatz 2 gezwungen werden, bei einer vorfälligen Rückzahlung an den Darlehensgeber Entschädigungen zu leisten, lässt der Absatz 1 die vorzeitige Kündigung als einseitige Entscheidung des Kreditgebers zu, ohne dass dieser dafür eine Entschädigung leisten muss, die Interessen des Darlehensnehmers verletzt und im Gegensatz zu ihm die Vertragspflichten nicht wie geschuldet eingehalten zu haben. Denn während der Darlehensnehmer weiter geleistet hat, wird ihm der Darlehensbetrag nun nicht mehr wie geschuldet für die gesamte Laufzeit zur Verfügung gestellt.

5. Sonderkündigungsrecht des Darlehensnehmers ohne Vorfälligkeitsentschädigung

Die Grundidee einer Regelung, einem Darlehensnehmer ein Kündigungsrecht einzuräumen, wenn in der Person des Darlehensgebers ein Wechsel stattgefunden hat, ist richtig.

Ob ein Kündigungsrecht praktikabel ist, wie man dies in einem neuen § 490 Abs. 3 BGB vorsieht, erscheint hingegen fragwürdig.

Zunächst stört an der Lösung des Kündigungsrechts, dass sie dem Verbraucher de facto nur zur Verfügung steht, wenn ihm eine Refinanzierung des dann fälligen Betrages gelingt.

In der Formulierungshilfe wird dann festgestellt, dass es sich bei den Forderungsverkäufen überhaupt nicht um BGB-Abtretungen handele, sondern zumeist um Übertragungen aus dem Umwandlungsrecht. Das trifft unserer Erkenntnis nach nicht zu, **tatsächlich werden beide Wege beschritten**, deswegen müssen auch die rechtlichen Konsequenzen für beide Fälle bedacht werden. Dabei gilt es die einzelnen Vorgänge sauber zu trennen. Wir stellen alternativ und in Ergänzung zur vorgeschlagenen Regelung im AGB-Recht anheim, nicht nur einfach ein Lösungsrecht vom Vertrag zu formulieren, sondern sich auch um die offenen Fragen bei beiden Übertragungsarten direkt zu kümmern. Denn es geht um die Klärung offener Fragen und Unsicherheiten.

a) Abtretungen

Abtretungen betreffen immer nur Forderungen, die Teil eines Vertrages sein können. Im Darlehensvertrag gibt es, wie in anderen Verträgen, Forderung und Gegenforderung, die in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Das sind zum Beispiel die Forderungen des Darlehensgebers auf Rückzahlung des Darlehensbetrages und Zahlung von Zinsen und Kosten, Gewährung von Sicherheiten etc. Und seitens der Darlehensnehmer sind dies etwa der Überlassungsanspruch des Darlehensbetrages, aber auch die Rückgewähr der Grundsuld. Die Beispiele zeigen, dass über den ganzen Vertragszeitraum derartige gegenseitige Forderungen bestehen.

Wenn eine Bank eine Darlehensforderung abtritt, den Vertrag aber nicht zuvor kündigt, dann bleibt die Vertragsbeziehung bestehen, obwohl eine wesentliche Hauptforderung nun einem Dritten zusteht. Denn die Bank kann als *Schuldner* der Gegenforderung diese nur mit Zustimmung des *Gläubigers*, also des Verbrauchers, übertragen.

Der Verbraucher steht nun vor der Situation, dass ein Dritter Ansprüche aus dem Vertrag geltend machen kann, der Verbraucher aber nur Ansprüche gegenüber seiner Bank. Bei einer Abtretung darf sich die Natur der Forderung aber nicht ändern. Die vorhandenen Regelungen zu den Ansprüchen, die der Verbraucher gegen seine Bank hatte und auch gegenüber dem Erwerber der Forderung geltend machen kann, beschränken sich nach den gesetzlichen Regeln jedoch nur auf den Zeitpunkt, wie sie bei der Übertragung bestanden haben. Bei einem lebendigen Vertrag müssten sich die Bedingungen der Rückzahlung auch ändern können, und die Frage, wann eine Finanzierung gescheitert ist, kann sich auch nur aus dem Vertrag ergeben, denn von diesem hängt die Forderung nach wie vor ab. Um dies aufzulösen, muss man zwischen dem Anspruchsberechtigten und dem Verfügungsberechtigten einer Forderung unterscheiden können. Zwar kann der Darlehensgeber den Aufkäufer mit der Wahrnehmung seiner Rechte beauftragen, aber dann regeln sich die Fragen rund um Forderung und Gegenforderung wieder alleine nach den Maßgaben des Vertrages, mit den ursprünglichen Vertragspartnern und in deren Verantwortung.

Aus den Schilderungen der Verbraucher aber auch aus den Darlegungen der Studie ergibt sich nun aber, dass die Aufkäufer sich wie neue Vertragspartner verhalten und die alten Vertragspartner, die ursprünglichen Darlehensgeber im Rahmen sogenannter *True Sales* nicht das geringste Interesse an der Fortsetzung der Vertragsbeziehung haben und ihre fortbestehende Verpflichtung negieren. Das kann der Rechtswirklichkeit nicht entsprechen und schafft Probleme, mindestens aber Verunsicherung.

In Bezug auf diese Situation bedarf es eigentlich einer Klarstellung zu Forderungen, die aus einer fortbestehenden Vertragsbeziehung ohne Zutun des einen Vertragspartners ausgegliedert werden:

Eine Regelung, die diesen Konflikt auflöst, könnte wie folgt aussehen:

§ 408a (neu) BGB

(Forderungsabtretung aus fortbestehender Vertragsbeziehung)

Wird eine Forderung aus einer fortbestehenden und noch nicht abgeschlossenen Vertragsbeziehung abgetreten, kann der neue Gläubiger diese ohne ausdrückliche Zustimmung des Schuldners nicht selbständig gegenüber diesem geltend machen. In diesem Fall bleiben alle gläubigerseitigen Verfügungsrechte über die Forderung mit Wirkung gegenüber dem Schuldner beim alten Gläubiger. Der neue Gläubiger muss alle Verfügungen des alten Gläubigers sowie die Rechte des Schuldners aus dem Vertragsverhältnis weiterhin gegen sich gelten lassen. Die Maßgaben der §§ 404, 406, 407 gelten abweichend von den dortigen Regelungen mindestens für die Dauer der Vertragsbeziehung zugunsten des Schuldners fort.

Erneute Abtretungen sowie Vertragsübernahmen beeinträchtigen Satz 1 nicht.

Dies bedeutet auch: Ob eine Forderung aus der Vertragsbeziehung gekündigt und fällig gestellt werden kann, bleibt alleine der Verantwortung bzw. Weisung des ursprünglichen Vertragspartner des Verbrauchers überlassen. Denn nur in dieser Vertragsbeziehung bestimmen sich beim ungekündigten Vertrag die Bedingungen hierfür.

b) Übertragungen im Rahmen des Umwandlungsrechts

Das Umwandlungsrecht soll Unternehmen eine Umgestaltung ermöglichen. Mit Hilfe des Umwandlungsrechts wurden Unternehmensteile mit Kreditverträgen gegenüber Verbrauchern ausgegliedert und als Einheit verkauft. Anders als bei einer Vertragsübernahme, bedarf es der Zustimmung des Gläubigers nicht. Der Schuldner wird in seiner Rechtsperson geändert, es erfolgt keine Übertragung. Was im normalen Anwendungsfall unproblematisch sein sollte, kann in Bezug auf besondere Vertragsbeziehungen vor Probleme bereiten. Dass es Einschränkungen etwa bei höchstpersönlichen Verträgen geben muss, ist anerkannt. Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lassen sich enge Grenzen herleiten.⁴ Ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit ist zu kompensieren.

Bei den Kreditverträgen können zwei Probleme entstehen. Zum Einen könnte durch die Ausgliederung die Rechtsperson so geändert werden, dass sie für die Vertragspartner eine ganz wesentliche Eigenschaft verliert, nämlich zum Beispiel Kreditgeber zu sein. Zum anderen können bei größeren Schadensfällen, aber auch bei einer willkürlichen Auswahl der Zuordnung der Verträge Umwandlungsprozesse genutzt werden, um Verbraucher mit Gegenforderungen abzuwehren bzw. loszuwerden und deren Rechtsdurchsetzung etwa über nun im Ausland belegene Anspruchsgegner faktisch zu erschweren.

Unser Vorschlag geht auf diese beiden Punkte ein.

Änderung des Umwandlungsgesetzes durch Wiederaufnahme und gleichzeitige Änderung des aufgehobenen

§ 132 (neu) UmwG

Allgemeine Vorschriften, welche die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes ausschließen oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, bleiben durch die Wirkungen der Eintragung nach § 131 unberührt. Bei Darlehensverträgen gegenüber Verbrauchern steht es dem Darlehensnehmer zu, der Übertragung innerhalb von 4 Wochen ab Kenntniserlangung zu widersprechen.

Mit dieser Regelung würde zugleich ein weiteres Ziel erreicht. Auf Grund der Übertragung von Kreditforderungen kann es zu einem Verlust der Transparenz über die Risiken im Markt und ihre Kontrolle kommen.⁵ Kann nach der Änderung eine Übertragung von Kreditverträgen als Kreditgeber nur in eine Einheit erfolgen, die nach dem KWG zugelassen ist, bleiben diese Risiken auch weiterhin im Kontrollbereich der Aufsichtsbehörde.

Und Verbraucher können vom „ausgetauschten“ Gläubiger alles erwarten wie bisher: Anschlussfinanzierung, Anpassung, Handeln als Kreditgeber.

⁴ Vgl. dazu auch Knops im Gutachten zum Forderungsverkauf für den Verbraucherzentrale Bundesverband Oktober 2007 auf S. 99 ff. mit zahlreichen weiteren Verweisen.

⁵ S. schriftliche Stellungnahme der BaFin zum Fachgespräch vor dem BT-Finanzausschuss am 19.09.2006

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

Mit diesem Vorschlag können wir nicht einverstanden sein.

- Es ist in erster Linie Aufgabe des Staates, sein Machtmonopol so zu gestalten, dass es zu ungerechtfertigten Vollstreckungen nicht kommt. Der Staat muss sicher stellen, dass er rechtswidrige Vollstreckungsakte überhaupt nicht umsetzt.
- Ein Schadensersatzanspruch kann das Interesse des Verbrauchers nicht befriedigen. Der Verbraucher will sein Haus erhalten und nicht rückwirkend einen Schadensersatzanspruch. Der Staat ist hier Herr des Verfahrens. Erkannte Lücken abzustellen, indem man das Verfahren durchzieht, um hinterher gegenüber einem der Beteiligten einen Schadensersatzanspruch zu formulieren, ist eher ein Weg in die Staatshaftung.
- Ein solcher Anspruch wird oft auch wertlos sein, da er bei einer ausländischen *Limited* in der Regel nicht erfolgreich einzutreiben sein wird.
- Dieser Vorschlag löst weder die zivilprozessualen noch die sachen-rechtlichen Grundfragen und kann damit nicht für mehr Rechtssicherheit sorgen.

Unsere Alternative zu diesem Ansatz besteht in einer Klarstellung zur eingeschränkten Abtretbarkeit von Rechten treuhändischer Natur und einer Regelung, die die Publizität des Grundbuches, aber auch des Grundschuldbriefes in Bezug auf Sicherungsabreden im Interesse des Marktes anpasst und damit auch sachenrechtlich eine Klarstellung schafft, ohne die Rechtsnatur des Grundschuld zu beeinträchtigen:

a. Treuhändische Rechte

Ergänzung des § 401 BGB Übergang der Neben- und Vorzugsrechte

(3) Ausgeschlossen bleiben treuhändisch bzw. höchstpersönlich erteilte Rechte. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der Schuldner insbesondere zusätzliche, voraussetzungslos gegen ihn eingeräumte schuld-, und vollstreckungsrechtliche Ansprüche und Befugnisse eines Gläubigers von der Abtretbarkeit ausgeschlossen hat.

Begründung: Treuhändische Rechte, die der Darlehensnehmer im Vertrauen auf den spezifischen Kreditgeber übertragen hat, dürfen nicht abtretbar sein. Das dem Darlehensnehmer abverlangte Vertrauen ist überaus groß, da der Darlehensgeber ohne Weiteres und sofort sowohl in das persönliche Vermögen des Schuldners, als auch in dessen Grundstück als dem regelmäßig werthaltigsten Gegenstand überhaupt vollstrecken kann. Mit der Abtretung wird das gegebene Vertrauen, das der Darlehensnehmer dem spezifischen Darlehensgeber gegenüber erbracht hat, aufgehoben und das besondere Verhältnis, das sich insbesondere in dem Treuhandcharakter der Rechtübertragung juristisch fassbar niederschlägt, beseitigt. In diesem Punkt empfiehlt sich eine klarstellende Kodifizierung einer in unserer Studie ausführlicher dargestellten verbreiteten Rechtsmeinung. Die abstrakte Formulierung trägt dem Umstand Rechnung, dass diese Änderung Sinn für Abtretungen aller Art machen muss.

b. Sachenrechtliche Klarstellungen

Bei der Frage, wie man der Problematik unter Umständen drohender Doppelvollstreckungen durch die Trennung von Grundschuld und Forderung Herr werden kann, sind Vorschläge diskutiert worden, die der besonderen Rechtsnatur der Grundschuld und dem System des Sachenrechts nicht gerecht werden.

In diesem Kontext ist auf die Bedeutung der Sicherungsabrede abzustellen, die de facto den § 1137 BGB nachbildet, der für den Einwendungsdurchgriff aus der Forderung gegenüber der Hypothek sorgt, bei einer Grundschuld aber gemäß § 1192 BGB in ausdrücklicher Ermangelung der Akzessorietät der Grundschuld nicht zum Einsatz kommt.

Jeder Versuch, diese nachzugestalten, würde die Rechtsnatur der Grundschuld verändern und aus dieser eine Art Hypothek machen. Umgekehrt entspricht allerdings genau dies dem laienhaften Verständnis, das Grundlage dafür ist, dass Verbraucher einer Grundschuld als Sicherheit für das Darlehen überhaupt zustimmen: Eine Doppelvollstreckung darf nie stattfinden. Die Sicherungsabrede verhindert dies, indem sie das weitreichende rechtliche Können, das die Grundschuld eröffnet, durch ein forderungsbezogen eingeschränktes Dürfen sachgerecht begrenzt.

Bei der Übertragung einer Grundschuld kann es, wie der bereits dargestellte Fall der versehentlich mitübertragenen Grundschuld einer ganz anderen Verbraucherin zeigt, zu einer Situation kommen, bei der der bisherige Inhaber der Grundschuld den Erwerber nicht über die Sicherungsabrede in Kenntnis setzt. Wie bei allen Immobilienrechten darf der Erwerber aber auf die negative Publizität des Grundbuches bzw. den Brief vertrauen, wenn es um die Frage geht, ob es Einschränkungen aus dem Grundpfandrecht gibt, die der Erwerber gegen sich gelten lassen muss. Erwirbt er in Kenntnis der eingeschränkten Verfügungsberechtigung, muss er diese gegen sich gelten lassen. Ein fehlerhafter gutgläubiger Erwerb ließe sich ohne Veränderung des Grundpfandrechts bereits erreichen, wenn durch eine Eintragung im Grundbuch dem Erwerber warnend signalisiert wird, dass die Grundschuld unter einer einschränkenden Sicherungsabrede in den Verkehr gebracht ist. Dann liegt es am Erwerber sicherzustellen, dass er von dieser Kenntnis nimmt bzw. er muss sich diese im Zweifel entgegenhalten lassen.

Eine Möglichkeit der näheren Ausgestaltung der Sicherungsabrede bei der Grundschuld könnte dann in der Erweiterung z.B. des § 1192 BGB, liegen, mit der bestimmt wird, dass in Ergänzung zum Verweis auf die Vorschriften der Hypothek beim Erwerb einer Buchgrundschuld einzutragen ist, dass der Erwerb einer Sicherungsabrede unterliegt. Dies wäre in den weiteren Bestimmungen von Amts wegen abzufragen. Der Vollständigkeit halber wäre dies auch auf einen Brief anzuwenden.

Mit dieser Regelung wird die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld nicht beeinträchtigt, sondern der Verkehr durch mehr Transparenz eher gestützt. Das schafft Sicherheit für den Erwerb von nichtakzessorischen Grundschulden, die de facto doch von Forderungen abhängen und von diesen auch praktisch abhängen müssen, will man keine Verwerfungen in der Gesamtrechtsordnung erzeugen.

In Bezug auf eine solche Regelung wäre abschließend noch gegebenenfalls im EGBGB sicherzustellen, dass Eigentümer mit Grundschulden das Recht

erhalten, das Grundbuch im Hinblick auf bestehende Sicherungsabreden berichtigen zu lassen. Hier wäre ein vereinfachtes Verfahren wünschenswert.

Ergänzungsbedarf zum Abtretungsverbot

Eine ganz wesentliche Anpassung blieb bisher unbeachtet:

Ergänzung des § 399 BGB

(Ausschluss der Abtretung bei Inhaltsänderung oder Vereinbarung)

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist **oder wenn durch sie Rechte des Schuldners verletzt werden.**

Es war bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofes (27.02.2007 – XI ZR 195/05) höchst umstritten, inwieweit sich aus der mit den ungefragten Abtretungen einhergehenden Verletzungen des vertraglichen Bankgeheimnisses und der öffentlich-rechtlichen Datenschutzbestimmungen als Grundrechtsschutz nicht bereits ein Abtretungsverbot erwächst, das die problematischen Übertragungsakte schlicht ausschließt. Der Bundesgerichtshof hat in der angegebenen Entscheidung nun festgestellt, dass aus dem Gesetz aus einem Verstoß gegen das Bankgeheimnis und in Bezug auf die zivilrechtliche Wirkung aus der Verletzung des Datenschutzes kein Abtretungsverbot folgt.

Der Bundesgerichtshof hat aber mit dieser Entscheidung keinesfalls zum Ausdruck gebracht, dass es nicht zu einer Rechtsverletzung bei diesen Abtretungen kommen würde.

Vielmehr hat der Vorsitzende des 11. Senates erläuternd auch zu dieser Entscheidung im Fachgespräch vor dem Finanzausschuss des Bundestages am 19.09.07 ausgeführt, dass die ungenehmigte Weitergabe von Informationen bei einem ordnungsgemäß bedienten Kredit zu einer Verletzung des Bankgeheimnisses führt. Danach kann der Kreditnehmer auch bei einer Abtretung verlangen, dass weder sein Name noch die Forderungshöhe noch Angaben zu seiner Bonität an Dritte weitergegeben werden. Wenn eine Bank dies tut, handele sie rechtswidrig. Er weist zugleich darauf hin, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit dem Kreditnehmer aber häufig nicht viel nutze, weil er kaum in der Lage wäre, einen Schaden aus der Verletzung des Bankgeheimnisses nachzuweisen. Es werde Bedarf gesehen, den Kreditnehmer hier besser zu schützen. Dasselbe gelte auch für den Fall, dass der Erwerber keine Bank sei. Hier wird darauf verwiesen, dass Entscheidungen über die Kreditfortführung getroffen werden müssen, auch hier wird Änderungsbedarf gesehen.⁶

Wir sehen hierin einen unterstützenswerten Auftrag an den Gesetzgeber.

Ein weiterer Aspekt betrifft den Datenschutz. In einem vom Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein veröffentlichtem Fallbeispiel⁷ wird ein exemplarischer Forderungsverkauf unter den Aspekten des Datenschutzes betrachtet und Grund für die formelle Beanstandung nach § 38 BDSG sowie mindestens Ordnungswidrigkeiten erkannt.

Wir haben mit dem Bundesinnenministerium (Herrn Staatssekretär Hahlen) zur Frage der Forderungsverkäufe Kontakt aufgenommen und die datenschutzrechtlichen Aspekte erörtert. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2007 bestätigte er uns unsere Bedenken und unterstützt

⁶ vgl. Wortprotokoll 69. Sitzung des Finanzausschusses S. 31 f. (Protokoll Nr. 16/69)

⁷ <http://www.datenschutzzentrum.de/wirtschaft/praxis/20070208.htm>

ausdrücklich unsere Idee, dem Datenschutzrecht auch einen zivilrechtlichen Verbotscharakter zu verleihen.

Es erscheint uns danach die allererste Konsequenz, das laut BGH im Gesetz heute fehlende Abtretungsverbot, dessen es aber eigentlich doch bedürfe und das dazu führe, dass Rechtsverletzungen und Grundrechtsverletzungen quasi folgenlos blieben, durch einen Akt der Gesetzgebung nun zu schaffen.