

NJW Neue Juristische Wochenschrift

Sonderdruck aus NJW Heft 25/2009

Rechtsanwalt Professor Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe

**Schutz in der Finanzmarktkrise –
Welche Rechte hat der Verbraucher?**

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Rechtsanwalt in Kiel – Prof. Dr. Rainer Hamm, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Dr. Dr. h. c. Georg Maier-Reimer, Rechtsanwalt in Köln – Prof. Dr. Rudolf Nirk, Rechtsanwalt beim BGH – Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe, Rechtsanwalt in Berlin – Ingeborg Rakete-Dombek, Rechtsanwältin und Notarin in Berlin – Dr. Michael Streck, Rechtsanwalt in Köln.

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwalt Christoph Wenk-Fischer, Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

25 2009

Seite 1777–1840

62. Jahrgang

10. Juni 2009

Rechtsanwalt Professor Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe

Schutz in der Finanzmarktkrise – Welche Rechte hat der Verbraucher?*

Subprime – Krise und Risikobegrenzungsgesetz haben den Verkauf von Krediten in den Mittelpunkt rechtspolitischer Diskussion gerückt. Der Beitrag zeigt auf, dass aktiver Verbraucherschutz in der Lage gewesen wäre, Ursachen der Finanzkrise wirksam zu begegnen; er eröffnet zugleich die Erkenntnis, dass auch der Gesetzgeber das Entstehen der Finanzkrise befördert und nach Ausbruch der Finanzkrise Verbraucherschutz nur halbherzig betrieben hat.

I. Einführung

Das Thema „Schutz in der Finanzmarktkrise: Welche Rechte hat der Verbraucher?“ bündelt eine Vielzahl von Fragen; und zwar solche, die sich schon jetzt konkret formulieren lassen; aber auch Fragen, die sich derzeit nur schemenhaft abzeichnen und die sich erst in Zukunft konkret werden stellen lassen. Es ist daher auch nicht möglich, schon jetzt einen vollständigen oder auch nur ausgewogenen Überblick darüber zu geben, mit welchen Rechten der Gesetzgeber den Verbraucher hätte ausstatten müssen, um jedenfalls einen Teil der Ursachen auszuschalten, auf die die Finanzmarktkrise zurückzuführen ist. Es soll deshalb nur holzschnittartig und auch nur aus einer Perspektive ein Teil der Ursachen der Finanzmarktkrise, nämlich die Veräußerung von Verbraucherkrediten durch Finanzinstitute, hier beleuchtet werden.

II. Verbraucherschutz vor der Finanzmarktkrise

Um die Folgen abschätzen zu können, die sich für den Verbraucher aus der Veräußerung von von ihm aufgenommenen Krediten ergeben, muss man das gestellte Thema geringfügig abwandeln und fragen: „Schutz vor der Finanzkrise: Welche Rechte gab man dem Verbraucher?“ Bei Beantwortung jener Frage wird man erkennen, dass aktiver Verbraucherschutz in der Lage gewesen wäre, jedenfalls einen bedeutsamen Teil unseres eigenen nationalen Beitrags zur Finanzkrise ganz erheblich zu minimieren.

1. Verbraucher- und Finanzmarktschutz am Beispiel der „Schrottimmobilien“

Um zu erkennen, dass aktiver Verbraucherschutz einen wesentlichen Beitrag zum Schutz vor der Finanzkrise zu leisten imstande gewesen wäre, ist es erforderlich, sich einige Einzelheiten aus dem Komplex „Schrottimmobilien“ ins Gedächtnis zu rufen:

Das Thema Schrottimmobilien ist unter anderem mit dem Namen einer Bausparkasse verbunden. Jene Bausparkasse hatte – Anfang bis Mitte der 90er Jahre, also vor knapp 20 Jahren – zunächst allein, dann im Zusammenwirken mit drei Großbanken in einem Umfang von 1 Mrd. DM Vorausdarlehen mit einer Tilgungslaufzeit von etwa 20 Jahren zur Finanzierung des Erwerbs von Eigentumswohnungen an 9600 durchweg einkommensschwache Erwerber ausgereicht¹. Zur Sicherung der Rückzahlungsansprüche sind die erworbenen Eigentumswohnungen mit Grundschulden in Höhe der ausgereichten Kredite belastet worden². In Höhe der Grundschuldbeträge haben die Erwerber außerdem die üblichen³ abstrakten Schuldversprechen abgegeben und sich der Vollstreckung in ihr persönliches Vermögen unterworfen. Die besicherten Eigentumswohnungen hatte die Bausparkasse, die die Vorausdarlehensgeber bei Abschluss der Darlehensverträge jeweils vertreten hat, durchweg überbewertet⁴, und zwar um etwa 30%, teils bis 100% des wahren Verkehrswerts, und zwar trotz Vollfinanzierung der Eigentumswohnungen⁵, und zwar wiederum unter Einschluss der Vertriebsprovision und der Nebenkosten des Grunderwerbs.

Diese Kredite waren die idealtypischen Kredite, die sich bestens für die Verbriefung und den anschließenden Verkauf als Mortgage-Backed-Securities (MBS) geeignet haben. Ob auch die erwähnte Bausparkasse die angesprochenen Kredite verbrieft hat, ist nicht bekannt geworden; Anzeichen dafür sind nicht erkennbar. Dennoch: Die typisierte Konstruktion der Darlehensverträge⁶, die typisierte Absicherung jener Kredite durch Grundschulden und Schuldversprechen und die in den ersten Jahren nach Ausreichung des Kredits bewusst gering gehaltene Belastung der Kreditnehmer⁷, die in den ersten

* Der Autor ist Rechtsanwalt beim BGH und Honorarprofessor der Leibniz-Universität Hannover. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verf. am 5. 3. 2009 im Rahmen des 13. Journalisten-Seminars der BRAK gehalten hat.

1 Vgl. dazu im Einzelnen Vorwerk, Schrottimmobilien – Die Geschichte von einem, der auszog das Fürchten zu lernen. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 16. 7. 2008, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 2008, Nr. 186.

2 Vgl. dazu auch den vom damaligen Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen in Auftrag gegebenen Prüfungsbericht der Wirtschaftsgesellschaft Deloitte & Touche (im Folgenden: DT) v. 27. 11. 2001, S. 53, vorgelegt etwa im Verfahren vor dem BGH, Az. XI ZR 414/03.

3 Vgl. dazu BGH, NJW-RR 2006, 490; BGHZ 114, 9 (12) = NJW 1991, 1677; NJW 2004, 62 (64).

4 Vgl. Vorwerk (o. Fußn. 1), S. 20 (Fußn. 54); DT (o. Fußn. 2), S. 52.

5 Vgl. dazu DT (o. Fußn. 2), S. 58 f.

6 Vgl. dazu Bertl, Verbriefung von Forderungen, 2004, S. 125.

7 Vgl. dazu DT (o. Fußn. 2), S. 36.

drei Jahren auch nur zu einem geringen Ausfallrisiko geführt hat, hätten den Darlehen nach Verbriefung das beste Rating beschert.

Hätte man nach Verbriefung jener Kredite das Päckchen aufgeschnürt⁸, hätte der Fachmann, wie der weitere Gang der Entwicklung auch gezeigt hat, sogleich entdeckt, dass die verbrieften Kredite praktisch wertlos waren. Die Kredite konnten von den Kreditnehmern über die gesamte Laufzeit weitgehend nicht bedient werden, weil progressiv steigende Kreditraten vereinbart waren⁹ und sich die Bonitätsprüfung bei Kreditvergabe durchweg nur an den niedrigen Anfangsraten orientiert hat. Auch die Sicherheiten waren wegen der Überbewertung der mit den Grundschulden belasteten Eigentumswohnungen nicht in der Lage, die ausgereichten Kredite auch nur annähernd abzudecken¹⁰.

Genau hier setzt das Thema „Schutz in der Finanzmarktkrise: Welche Rechte hat der Verbraucher“ an.

In der Auseinandersetzung mit jener Bausparkasse über die Rückzahlung der für den Erwerb der Schrottimobilien gewährten Kredite wurde die Überbewertung der gestellten Sicherheit als Pflichtverletzung der Bausparkasse gegenüber den Erwerbern gerügt, die die Kredite aufgenommen hatten. Die Rüge machte geltend, die Darlehensnehmer hätten vor Gewährung der Kredite darauf hingewiesen werden müssen, dass die Eigentumswohnung überbewertet sei und auf Grund ihres Werts schon im Zeitpunkt der Aufnahme des Kredits keine vollwertige Sicherheit habe darstellen können. Inhalt der Rüge war mithin, die durchweg einkommensschwachen Darlehensnehmer hätten gewarnt werden müssen, dass die zu erwerbende Eigentumswohnung keine „echte Sicherheit“ für das aufzunehmende Darlehen darstelle. Der Bankenschat des BGH hat die erhobene Rüge als unbegründet angesehen. Er hat die Auffassung vertreten, der fehlende Hinweis stelle keine Pflichtverletzung dar. Die Bewertung einer von einer Bank hereingenommenen Sicherheit erfolge lediglich im eigenen und – dies ist im hier interessierenden Zusammenhang von Bedeutung – im Interesse der Sicherheit des Bankensystems¹¹.

Hier steckt eine der Wurzeln des Übels: Der Bankenschat erkennt die hohe Bedeutung einer zutreffenden Bewertung einer Kreditsicherheit im Inter-Bankenverkehr. Drittgerichtete Pflichten, also Pflichten gegenüber dem Verbraucher als Kreditnehmer, leitet er daraus nicht ab. Rechtspolitisch, aus Sicht des Verfassers aber auch rechtsdogmatisch zulässig ist das nur, wenn der Rechtsverkehr im Inter-Bankenverkehr so abläuft, dass die Verletzung der Pflicht zu zutreffender Bewertung der Kreditsicherheit Sanktionen auslöst. Das ist, wie die Vorgänge um die Finanzkrise zeigen, jedoch nicht der Fall. Die an Zweckgesellschaften¹² ausgelagerten Kredite waren durchweg Problemkredite¹³. Die hereingenommenen Sicherheiten waren keine vollwertigen Sicherheiten. Dennoch waren die Kredite im Inter-Bankenverkehr verkäuflich. Die zu Päckchen verschnürten Kredite¹⁴ sind nämlich durchweg unter Ausschluss jeder Gewährleistung und nur mit der Gewähr, dass die Forderung selbst besteht, im Inter-Bankenverkehr verkauft worden. Jener Ausschluss war Voraussetzung dafür, das Kreditrisiko aus den Forderungen nicht mehr mit Eigenkapital unterlegen zu müssen¹⁵.

Weiß man dies, und der Bankenschat des BGH hat dies als Spezialexamen wissen müssen, muss man sich im Rahmen der treffender Entscheidungen, also innerhalb der „Weichenstellung“, die dem BGH im Rahmen der Rechtsprechung zukommt, sogleich darüber Gedanken machen, an welcher anderen Stelle der üblichen Geschehensabläufe die Verlet-

zung der Pflicht, eine Kreditsicherheit zutreffend zu bewerten, mit entsprechender Sanktion unterlegt werden muss, damit die Pflichtverletzung auf Grund der Sanktion nur noch die Ausnahme darstellt. Wäre der Bankenschat unter dieser Prämisse an die Beantwortung der Frage herangegangen, ob die Sicherheitenbewertung des Kreditgebers auch Pflichten gegenüber dem Kreditnehmer auslöst, hätte er, weil im Inter-Bankenverkehr die Verletzung der Pflicht zu zutreffender Sicherheitenbewertung in der Praxis sanktionslos bleibt, aus jener Pflichtverletzung Ansprüche des Kreditnehmers ableiten müssen, um der Pflicht zu zutreffender Sicherheitenbewertung wieder den Stellenwert zu geben, der jener Pflicht zukommt. Wären die Erwerber der Schrottimobilien vor Aufnahme der Darlehen ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die eigene Einwertung¹⁶ der Immobilie durch den Kreditgeber als Sicherheit einen Wert ergeben hat¹⁷, der unter dem Kaufpreis und damit auch unter der Kreditsumme liegt, hätte nach den Grundsätzen der Lebenserfahrung jeder Anlageinteressent vom Erwerb der Immobilie und damit vom Abschluss des Kreditvertrags Abstand genommen.

Jenes Beispiel lehrt: Durchdachter Verbraucherschutz ist durchaus in der Lage, ungezügelt agierenden Märkten die Zügel anzulegen. Verbraucherschutz vor der Finanzkrise hätte dazu beitragen können, die Frage, welche Rechte der Verbraucher in der Finanzkrise hat, gar nicht erst stellen zu müssen. Verbraucherschutz vor der Finanzkrise hätte konkret verhindern können, dass als Triple-A bewertete Kreditforderungen¹⁸ Abschreibungsbedarf in Milliardenhöhe¹⁹ hervorrufen.

2. Verbraucher- und Finanzmarktschutz am Beispiel der Ausgliederung von Kreditforderungen

Die Ursachen der Finanzkrise und der Gedanke des Verbraucherschutzes sind sich innerhalb der vergangenen zwei Jahrzehnte nicht nur in der geschilderten, sondern auch in einer weiteren Konstellation vor dem BGH begegnet.

Im Jahre 1998 hatte der BGH über eine Revision zu entscheiden, in der nach Abtretung einer notleidend gewordenen Kreditforderung einer Großbank an eine zur Forderungsverwertung ausgegliederte Gesellschaft geltend gemacht worden war, die in den AGB der Banken normierte Schweigepflicht verbiete die Abtretung einer Kreditforde-

8 Dieses Bild verwendet auch Binnenmarktkommissar McCreevy zur Beschreibung der Kreditverbriefungspraxis; vgl. Speech 09/41, abrufbar im Internet.

9 Vgl. dazu DT (o. Fußn. 2), S. 36.

10 Das Wirtschaftsprüfergutachten hat das durch Sicherheiten abgedeckte Kreditvolumen der genannten Bausparkasse aus dem Engagement in „Schrottimobilien“ auf lediglich rd. 30% geschätzt, DT (o. Fußn. 2), S. 88.

11 Vgl. etwa BGH, NJW 2007, 2396 (2399); NJW 2006, 2099 (2104); NJW 2002, 62 (63); NJW 1992, 1820; st. Rspr.

12 Vgl. zu Begriff und Rolle der Zweckgesellschaft (SPV, Conduit) etwa Litten/Christea, WM 2003, 213 (214).

13 Vgl. dazu Wittig, Bankrechtstag 2005, 145 (146); Hofmann/Walter, WM 2004, 1566 (1568).

14 Vgl. zum Aufbau und zur Struktur eines verbrieften Forderungsportfolios Berl (o. Fußn. 6), S. 124 f.; Ricken, Verbriefung von Krediten und Forderungen in Deutschland, 2008, S. 38 f.; Wörner/Flacke/Lotz, ZBB 2005, 426 (432 f.).

15 Vgl. dazu das Rundschreiben des Bundesaufsichtsamtes für Kreditwesen 4/1997 v. 19. 3. 1997 unter I Nr. 2.

16 Vgl. dazu Vorwerk (o. Fußn. 1), S. 20.

17 Gemeint ist hier der tatsächliche Verkehrswert der Immobilien, der der Bausparkasse aus den gutachterlichen Stellungnahmen bekannt war.

18 Vgl. zur Bewertung der verbrieften Hypothekenkredite durch die Ratingagenturen FAZ v. 16. 2. 2008.

19 Vgl. etwa zur Entwicklung bei der IKB und der SachsenLB Ricken (o. Fußn. 14), S. 108 ff.

zung an Dritte. Der BGH hat die Revision, die noch dem vor 2002 geltenden Prozessrecht unterlag, nicht angenommen. Im Nichtannahmebeschluss²⁰ hat er formuliert, die Ansicht, die Schweigepflicht führe zur Nichtigkeit der Abtretung der Kreditforderung²¹, sei „abwegig“.

Sieben Jahre später, am 1. 7. 2005, nahm sich der in Hamburg stattfindende Bankrechtstag der Frage an, ob das Bankgeheimnis und der Datenschutz im Falle der Abtretung von Kreditforderungen ein Abtretungshindernis darstellen können²². Die Referenten äußerten sich zurückhaltend²³. Den Verlauf des weiteren Geschehens unmittelbar im Anschluss an den Bankrechtstag schildert in einer Stellungnahme für den Finanzausschuss des Deutschen Bundestags unter dem 19. 7. 2007²⁴ Schmelz²⁵ dann wie folgt:

„In einem ... am 20. 8. 2005 veröffentlichten Aufsatz²⁶ verkündete der damalige Vorsitzende des Bankensensats des BGH, dass das Bankgeheimnis durch die Abtretung der Kreditforderung zwar verletzt sein könne, dies aber für die Wirksamkeit der Übertragung bedeutungslos sei. Dem Datenschutz komme nur eine nachgeordnete Bedeutung zu.“

Der von Schmelz zitierte Aufsatz endet mit der Konklusion, die Verletzung des Bankgeheimnisses könne zwar eine Schadensersatzpflicht auslösen; es sei aber nicht erkennbar, wie dem Kreditnehmer durch die Schweigepflichtverletzung ein ersatzfähiger Schaden entstehen könne²⁷. Mit Urteil vom 27. 2. 2007²⁸ hat sich der für das Bankrecht zuständige Senat des BGH der im zitierten Aufsatz geäußerten Ansicht angeschlossen und in diesem Zusammenhang nicht erkannt, dass die konsequente Durchsetzung der Regeln des Verbraucherschutzes geeignet gewesen wäre, das Desaster zu verhindern, das nunmehr die Frage auslöst, welche Rechte hat der Verbraucher denn jetzt, nach Ausbruch der Finanzmarktkrise. Die Antwort auf jene in die Gegenwart und Zukunft gerichtete Frage offenbart, dass sich der Gesetzgeber in der Reaktion auf die Finanzmarktkrise bisher ausschließlich als national agierender „Reparaturbetrieb“ verstanden hat. Dies mag darin begründet sein, dass kreative Lösungen zugleich als Regulierung des Finanzmarkts wirken, die bisher nur als global zu lösendes Problem gesehen worden ist. Vielleicht hat das aber auch andere Gründe:

Die Entscheidung des BGH, dass die mit der Verletzung der Schweigepflicht verbundene Abtretung einer – notleidend gewordenen – Kreditforderung die Wirksamkeit der Abtretung nicht berührt²⁹, hat das BVerfG, zumindest gegenüber den seinerzeit erhobenen Verfassungsfragen, gebilligt³⁰. Dass der Gesetzgeber nach Ausbruch der Finanzkrise einen gegenteiligen Standpunkt vertreten sollte, war nicht zu erwarten; die abgetretenen notleidenden Kredite wären in der Bilanz der Banken, die die Kredite verkauft hatten, wieder einzubuchen gewesen³¹; die Rückabwicklung der Verträge über die Kreditverkäufe hätte mit ihren Folgen für die Verkäufer der Kredite überall angestanden.

In Heft 19 des Jahres 2006 der Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen ist eine Veröffentlichung eines Ministerialdirektors des BMF zu finden, in der es heißt, „dem Ministerium sei stets wichtig gewesen, dass sich auch der Markt für Asset Backed Securities – also verbrieft Kreditforderungen – in Deutschland stärker als bislang entwickelt“³². Von Bankvertretern wird der Verkauf von Kreditforderungen als für den Bankverkehr unentbehrlich angesehen³³, weil die den Kredit veräußernde Bank durch den Verkauf der Forderung von ihr durch Gesetz auferlegten Pflicht frei wird, das mit der Kreditgewährung verbundene Ausfallrisiko mit vorhandenem Eigenkapital abzusichern. Reicht die Bank nach Abschluss des Darlehensvertrags und Ausreichung des Darlehens selbst das Geschäft an eine so genannte Zweckgesell-

schaft weiter, die bankrechtlichen Eigenkapitalvorhalterege-lungen nicht unterliegt – und mangels bankrechtlicher Zulassung selbst auch keine Kredite gewähren darf³⁴ – minimiert sie nicht nur das eigene Risiko. Die Bank setzt vielmehr auch Eigenkapital frei³⁵, das erneut investiert werden kann. Auf diese Weise werden höhere Eigenkapitalrenditen möglich³⁶. Dass dies vorteilhaft für das Finanzsystem sei, hat „bis vor kurzem“ auch die Bundesregierung gemeint. Auf eine im Bundestag gestellte Kleine Anfrage hat sie erläu-tert, dass „...aus Sicht der Finanzmarktentwicklung ... die freie Übertragbarkeit von Kreditforderungen durchaus positiv [sei]; sie dien[e] [...] damit der Finanzmarktstabilität insgesamt. [...] Dass eine Regulierung und Aufsicht in einzelnen Teilmärkten nicht besteh[e], bedeut[e] nicht zwangsläufig ein gesellschaftliches oder juristisches Unwerturteil über den betriebs- und volkswirtschaftlichen Nutzen der dort stattfindenden Transaktionen“³⁷. Die Folgen jener Bewertung, nämlich die Verlagerung der Verlustrisiken auf den – unregulierten – Kapitalmarkt³⁸, sind im Rahmen dieser Beurteilung allerdings völlig aus dem Sichtfeld geraten.

Nicht zu vergessen ist zudem, dass der Gesetzgeber, der sich im Rahmen des Gesetzgebungsvorhabens auf ein Gutachten einer privaten Unternehmensberatungsgesellschaft gestützt hat³⁹, im Jahre 2002 durch Änderung des Art. 1 § 5 RBERG⁴⁰ dafür Sorge getragen hat, dass Banken für die Forderungsverwaltung nach Verkauf der Kreditforderung an eine Zweckgesellschaft keiner Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz mehr bedürften⁴¹. Mit der Änderung des § 5 RBERG hat sich der Gesetzgeber über Bedenken der Bundesbank hinweggesetzt. Die Bundesbank hatte sich schon 1997 gegen die Veräußerung und Verbriefung von Kreditforderungen durch deutsche Kreditinstitute mit der Begründung gewandt, dass der Forderungsverkauf zu einer nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Kunde und

20 BGH, Beschl. v. 27. 1. 1998 – XI ZR 208/97, BeckRS 2009, 11074; vgl. dazu auch Nobbe, WM 2005, 1537 (1541); ZIP 2008, 97 (100).

21 So etwa OLG Frankfurt a. M., NJW 2004, 3266 (3267).

22 Vgl. dazu aust. Vollborth, Forderungsabtretung durch Banken im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz, 2007, S. 89 ff.; Nobbe, WM 2005, 1537 (1538 ff.); Hammen, Bankrechtstag 2005, 113; Wittig, Bankrechtstag 2005, 145 (170 ff.).

23 Vgl. Hammen, Bankrechtstag 2005, 113; Wittig, Bankrechtstag 2005, 145 (170 ff.).

24 Die Stellungnahme ist im Internet abrufbar (www.nachdenkseiten.de/upload/pdf/070919_Gutachten_Verkauf_von_Krediten.pdf).

25 Prof. Dr. Schmelz, Bad Vilbel.

26 Nobbe, WM 2005, 1537.

27 Nobbe, WM 2005, 1537 (1545). So auch Vollborth (o. Fußn. 22), S. 222.

28 NJW 2007, 1584.

29 BGH, NJW 2007, 1584. Vgl. dazu auch OLG München, WM 2008, 688 (689) = BeckRS 2008, 03441, das diese Wertung auch auf nicht notleidend gewordene Kredite überträgt.

30 BVerfG, NJW 2007, 3707.

31 Vgl. dazu Ricken (o. Fußn. 14), S. 70 ff.

32 Asmussen, ZKW 2006, 1016.

33 So ausdr. Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816 (1824) m. w. Nachw.; vgl. auch Cerveny/Frese, ZKW 2008, 154.

34 Nach § 1 Nr. 1 KWG ist das Kreditgeschäft den Kreditinstituten vorbehalten.

35 Vgl. dazu etwa Schubäus, ZKW 2008, 71; Wörner/Flucke/Lotz, ZBR 2005, 426 (427); Ricken (o. Fußn. 14), S. 82 ff.; Knops, WM 2008, 2185 (2192); Höche, in: Festschr. f. Nobbe, 2009, S. 317 (320).

36 Vgl. dazu Wittig, Bankrechtstag 2005, 145 (150).

37 Antwort der BRReg. v. 12. 10. 2006 auf eine Kleine Anfrage, BT-Dr 16/2927, S. 8.

38 Vgl. zu diesem wenig beachteten Aspekt Knops, WM 2008, 2185 (2193).

39 Vgl. Asmussen, ZKW 2006, 1016 (1017).

40 Art. 21 a des Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland v. 21. 6. 2002, BGBl I, 2010.

41 Vgl. dazu Arlt, True Sale Securitisation unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland und Italien, 2009, S. 555 und 656.

Kreditinstitut führe⁴². Es bestehe zudem die Gefahr, dass „bei der Kreditgewährung geringere Anforderungen an die Bonität der Kreditnehmer gestellt würden“⁴³. Im Jahre 2003 sind jene Bedenken erneut ungehört geblieben. In jenem Jahr änderte der Gesetzgeber § 35 c I Nr. 2 GewStG⁴⁴ und § 19 III GewStDVO⁴⁵ mit dem Ziel, den Ankauf von Kreditforderungen eines Kreditinstituts durch eine Zweckgesellschaft nunmehr von der Gewerbesteuer auszunehmen⁴⁶. Zu diesem Zeitpunkt (2002/2003) ist der Umfang der notleidenden Problemkredite der deutschen Banken auf 150 bis 160 Mrd. Euro geschätzt worden⁴⁷.

Auf Initiative des Finanzausschusses⁴⁸ im Rahmen der Erörterung des Gesetzes zur Neuordnung der Bundesfinanzverwaltung⁴⁹ hat der Gesetzgeber 2005 darüber hinaus in § 22 d IV KWG geregelt⁵⁰, dass Forderungen auch dann übertragbar sind, wenn die Abtretung durch mündliche oder konkludente Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Zugleich hat er für Banken eine treuhänderische Übertragung von Grundpfandrechten außerhalb des Grundbuchs durch Eintragung in ein Finanzierungsregister ermöglicht⁵¹. In der Begründung jener Regelung hat der Finanzausschuss auf die Notwendigkeit der Refinanzierung der Banken im Rahmen von Forderungsverkäufen an Zweckgesellschaften verwiesen⁵². Mit der Frage, ob die im Gesetz eingefügte Regelung nur für die Zukunft Geltung haben könnte, weil sie in einen abgeschlossenen Sachverhalt eingreift, soweit das mündlich vereinbarte Abtretungsverbot außer Kraft gesetzt wird, und deshalb dem Rückwirkungsverbot unterliegt, hat sich der Gesetzgeber erst gar nicht befasset.

III. Reaktion des Gesetzgebers nach Ausbruch der Finanzkrise

Versteht man jene Handreichungen des Gesetzgebers vor Ausbruch der Finanzkrise als „Beitrag zum Schutz der Banken“, fällt der Beitrag des Gesetzgebers zum Schutz der Verbraucher nicht gerade üppig aus:

1. Sicherungsgrundschuld

Befassen wir uns zunächst mit den Problemen, die sich daraus ergeben, dass die Grundschuld ein abstraktes Sicherungsmittel darstellt, das jedoch in der Praxis durchweg mit einem Sicherungsvertrag unterlegt ist: Wird eine Forderung verkauft und im Hinblick darauf auch die zur Sicherheit bestellte Grundschuld an den Erwerber abgetreten, gehen mit der Abtretung die Bindungen des Gläubigers an den Sicherungsvertrag nicht auf den Neu-Gläubiger über. Die Bedingungen, unter denen der Alt-Gläubiger die Grundschuld hat verwerten dürfen, ergeben sich allerdings aus dem zwischen dem Schuldner und dem Alt-Gläubiger geschlossenen Sicherungsvertrag. Übernimmt der Neu-Gläubiger die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht, kann er ohne Rücksicht auf den Sicherungsvertrag gegenüber dem Schuldner die Vollstreckung aus der nach gängiger Bankpraxis⁵³ formularmäßig erfolgten „Zwangsvollstreckungs-Unterwerfung“ betreiben.

Mit dem Risikobegrenzungs-gesetz vom 12. 8. 2008⁵⁴ hat der Gesetzgeber nunmehr die Gefahr beseitigt, die sich durch die Möglichkeit des einredefreien Erwerbs der Sicherheiten ergibt, mit dem die Kreditforderung unterlegt ist. § 1192 I a BGB regelt jetzt, dass der Kreditnehmer dem Forderungserwerber alle Einwendungen aus dem mit dem Alt-Gläubiger geschlossenen Sicherungsvertrag entgegensetzen kann, auch wenn der Erwerber den Sicherungsvertrag nicht kannte. Allerdings hat sich der Gesetzgeber nicht durchgerungen, die

Regelung auch auf abgeschlossene Sachverhalte⁵⁵ etwa in der Weise auszudehnen, dass im Fall des Erwerbs von Sicherungsgrundschulden vor Inkrafttreten des § 1192 I a BGB gegenüber dem Erwerber der Grundschuld widerleglich vermutet wird, er habe den Inhalt des Sicherungsvertrags gekannt. Eine entsprechende Beweislastregelung hätte dem Rückwirkungsverbot, weil eben nur Beweislastregel, sicherlich standgehalten.

2. Missbrauch der Vollstreckungsmöglichkeit

Mit § 799 a ZPO hat der Gesetzgeber im Rahmen des Risikobegrenzungs-gesetzes zudem eine verschuldensunabhängige Haftung für denjenigen eingeführt, der, ohne dass die Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen, aus einer vollstreckbaren Urkunde vollstreckt. Die Besserstellung des Verbrauchers gegenüber dem zuvor geltenden Rechtszustand ist allerdings lediglich darin zu sehen, dass nunmehr die Haftung verschuldensunabhängig ist, während sie vorher verschuldensabhängig war⁵⁶. Das Mehr an Verbraucherschutz, das § 799 a ZPO gewährt, ist demnach minimal. Die Notwendigkeit, entsprechende Regelungen Gesetz werden zu lassen, zeigt allerdings, dass Vertragstreue im Kreditsektor offenbar nicht selbstverständlich ist⁵⁷. Besteht nämlich ein Sicherungsvertrag, kann der Alt-Gläubiger die besicherte Forderung auf Grund seiner Bindung gegenüber dem Schuldner nur mit den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag an den Neu-Gläubiger veräußern⁵⁸. Jede andere Art der Veräußerung stellt eine Vertragsverletzung der Bank gegenüber dem Schuldner dar.

3. Abtretbarkeit der Darlehensforderung

Im zweiten Schritt hat sich der Gesetzgeber mit den Folgen der Abtretung von Darlehensforderungen befasset. Durch eine Ergänzung des § 492 I a BGB, die das Risikobegrenzungs-gesetz vorgenommen hat, wird der Darlehensgeber nunmehr verpflichtet, den Darlehensnehmer deutlich darauf hinzuweisen, dass Forderungen aus dem Darlehensvertrag

42 Bundesbank Monatsbericht Juli 1997, 57 (60).

43 Bundesbank Monatsbericht Juli 1997, 57 (61).

44 Art. 3 des Gesetzes zur Förderung von Kleinunternehmen und zur Verbesserung der Unternehmensfinanzierung v. 31. 7. 2002, BGBl I, 1550.

45 Art. 4 des Gesetzes zur Förderung von Kleinunternehmen und zur Verbesserung der Unternehmensfinanzierung v. 31. 7. 2002, BGBl I, 1550.

46 Vgl. dazu *Arlt* (o. Fußn. 41), S. 674; *Ricken* (o. Fußn. 14), S. 46.

47 Vgl. dazu *Schmelz* (o. Fußn. 24); im Jahr 2004 wurde das Volumen der Problemkredite bereits auf rd. 211 Mrd. Euro geschätzt, vgl. BT-Dr 16/2927, S. 2.

48 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses v. 29. 6. 2005 zum GE der BReg. eines Gesetzes zur Neuordnung der Bundesfinanzverwaltung, BT-Dr 15/5852; vgl. zur Entstehungsgeschichte auch *Arlt* (o. Fußn. 41), S. 589 f.; *Fleckner*, WM 2004, 2051 (2052).

49 Vgl. dazu den GE der BReg. zur Neuordnung der Bundesfinanzverwaltung v. 31. 5. 2005, BT-Dr 15/5567.

50 Eingeführt durch Art. 4 a des Gesetzes zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters v. 22. 9. 2005, BGBl I 2005, 2809.

51 Vgl. dazu *Arlt* (o. Fußn. 41), S. 590 f.; *Ricken* (o. Fußn. 14), S. 46; *Fleckner*, WM 2004, 2051 (2056); *Tollmann*, WM 2005, 2017 (2020); *Schmalenbach/Sester*, WM 2005, 2025 (2031).

52 BT-Dr 15/5852, S. 15.

53 Vgl. *BGH*, NJW-RR 2006, 490; *BGHZ* 114, 9 (12) = NJW 1991, 1677; NJW 2004, 62 (64).

54 Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken v. 12. 8. 2008, BGBl I, 1666.

55 So auch die Kritik der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Entschließungsantrag v. 25. 6. 2008, BT-Dr 16/9815.

56 Vgl. dazu etwa *BGH*, NJW 1988, 1375 (1377); *BGHZ* 59, 1 (2) = NJW 1972, 1463.

57 Vgl. dazu den Sachverhalt, der der Entscheidung des *OLG München*, WM 2008, 688 = BeckRS 2008, 03441, zu Grunde lag.

58 So auch *Hofmann/Walter*, WM 2004, 1566 (1569).

auch ohne dessen Zustimmung abgetreten werden dürfen. Verbraucherschützende Wirkung kommt jener Regelung ebenso wenig zu wie der weiteren, in § 492 I a BGB eingefügten Klarstellung, dass es des genannten Hinweises nicht bedarf, wenn die Abtretbarkeit der Darlehensforderung ausgeschlossen ist oder der Darlehensnehmer der Übertragung des Vertrags zustimmen muss.

Die im Vorfeld der Gesetzesänderung im Finanzausschuss diskutierte Pflicht der Kreditinstitute, auch Kredite anzubieten, bei denen die Abtretbarkeit ausgeschlossen ist⁵⁹, ist nicht Gegenstand einer gesetzlichen Regelung geworden.

Die Kreditinstitute hatten, mit dem Argument, derartige Kredite würden konkurrenzlos teuer werden⁶⁰, jenes Vorhaben gestoppt, bevor das Gegenargument ernsthaft durchleuchtet worden war. Die privaten Krankenversicherer waren im Rahmen einer der letzten Reformen des Gesundheitswesens⁶¹ „schlechter gefahren“. Deren Hinweis, die entstehenden zusätzlichen Kosten müsste die Gemeinschaft der Privatversicherten tragen, sofern den privaten Krankenversicherern die Pflicht auferlegt werde, mit jedermann zu einem festgesetzten Tarif Kranken-Versicherungsverträge abzuschließen⁶², hat der Gesetzgeber nicht zum Anlass genommen, von der entsprechenden Regelung Abstand zu nehmen.

4. Informationspflichten

Als weitere verbraucherschützende Maßnahme hat der Gesetzgeber über § 492 a BGB Informationspflichten bei befristeter Zinsbindung und befristeten Kreditverträgen vorgesehen⁶³. Jene als Teil des Verbraucherschutzes verstandene⁶⁴ Regelung zementiert jedoch die Möglichkeit der Veräußerung von Krediten an Zweckgesellschaften, die über keine Vollbanklizenz verfügen. § 492 a BGB verpflichtet den Forderungsinhaber, sei er der Alt- oder auch der Neu-Gläubiger, den Darlehensnehmer auf das Ende der Zinsbindungsfrist oder, sofern das Darlehen nur für einen bestimmten Zeitraum gewährt worden ist, drei Monate vor Ablauf des Kreditzeitraums auf diesen Umstand hinzuweisen. Der Gesetzgeber begründet diese Pflicht damit, dem Kreditnehmer müsse die Gelegenheit gegeben werden, sich um eine Anschlussfinanzierung zu bemühen⁶⁵. Das noch im Gesetzgebungsverfahren befindliche Kreditnehmerschutzgesetz⁶⁶, das vom Bundesrat eingebracht worden ist und eine ähnliche Regelung nur für Immobilienkredite enthält⁶⁷, verdeutlicht, die Hinweispflicht sei insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Aufkäufer der Kreditforderung nicht über eine Vollbanklizenz verfügt und deshalb keinen Anschlusskredit gewähren kann⁶⁸.

Zementiert wird demnach die Möglichkeit des Kreditverkaufs auch auf die vom Gesetzgeber gesehene Gefahr hin, dass die Anschlussfinanzierung durch den Erwerber der Kreditforderung selbst dann scheitert, wenn sich der ursprüngliche Kreditgeber zur Anschlussfinanzierung bereit erklärt hatte⁶⁹. Der Kreditnehmer kann dann nur noch den ursprünglichen Kreditgeber auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, während er im Falle der Unabtretbarkeit der Kreditforderung dem Rückzahlungsanspruch seines Kreditgebers den Anspruch auf Neuvaluierung entgegensetzen kann⁷⁰.

5. Kündigung des Kreditvertrags

Als weitere verbraucherschützende Maßnahme sieht der durch das Risikobegrenzungsgesetz eingeführte § 498 III BGB eine Einschränkung des Kündigungsrechts vor. Die Vorschrift begrenzt die Möglichkeit der Kündigung des Immobiliendarlehens wegen Zahlungsverzugs nunmehr auf

den Fall, dass der Darlehensnehmer eines Immobiliarkredits mit zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise, jedenfalls aber mit mindestens 2,5% des Nennbetrags des Darlehens in Verzug geraten ist. Auch jene Regelung wird sich für den Verbraucher als nicht sonderlich hilfreich erweisen. Immobiliarkredite im Verbraucherbereich sind die typischen Kredite des „Häuslebauers“. Die Voraussetzungen, unter denen jene Kredite notleidend werden, sind vorhersehbar. Es sind überwiegend die Fälle der Arbeitslosigkeit, des Todes oder die Vermögensauseinandersetzung im Falle der Ehescheidung. Für den Fall der Arbeitslosigkeit und des Todes gibt es die Möglichkeit des Abschlusses von Ausfallversicherungen⁷¹. Hilfreich wäre deshalb gewesen, wenn sich der Gesetzgeber mit der Frage auseinandergesetzt hätte, wie durchgesetzt werden kann, dass schon bei Kreditvergabe durch Arbeitslosigkeit sowie im Fall des Todes entstehende Ausfallrisiken besser abgesichert werden können.

6. Verbraucherkredit-Richtlinie

Zu den „halbherzigen“ verbraucherschützenden Regelungen im Kreditsektor gehört auch die Verwässerung der Verbraucherkredit-Richtlinie und deren geplante nationale Umsetzung: Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie⁷² fordert vom Kreditgeber die verantwortungsvolle Kreditvergabe⁷³. Der Entwurf der Verbraucherkredit-Richtlinie enthielt in Art. 9 eine Regelung, die mit Schutzwirkung für den Kreditnehmer die Vermutung fingierte, dass der Kreditgeber geprüft hat, der Kreditnehmer oder der Garant für die Rückzahlung des Kredits werde in der Lage sein, seinen Rückzahlungspflichten nachzukommen⁷⁴. Für den Fall, dass der Kreditgeber seine Pflicht zur verantwortungsvollen Kreditvergabe verletzt hat, sah der Entwurf der Verbraucherkredit-Richtlinie vor, dass der Kreditgeber Zinsen und Auslagen für den Kredit nicht hat berechnen können und gegebenenfalls auf eine Ratentilgung hat eingehen müssen⁷⁵. Die schließlich verabschiedete Verbraucherkredit-Richtlinie⁷⁶ sieht nur noch eine Prüfung der Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers anhand ausreichender Informationen vor⁷⁷. Die Verletzung die-

59 Vgl. BT-Dr 16/9821, S. 21.

60 Vgl. dazu *Leimberger*, ZKW 2006, 246 (248).

61 Vgl. Art. 44 Nr. 5 des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung v. 26. 3. 2007, BGBl I, 2007, 378.

62 § 12 I a VAG.

63 Vgl. dazu *Höhe*, in: Festschr. f. Nobbe (o. Fußn. 35), S. 317 (322 f.).

64 Vgl. dazu die amtliche Begründung, BT-Dr 16/9821, S. 15.

65 BT-Dr 16/9821, S. 15.

66 GE des BR eines Gesetzes zur Begrenzung der Risiken des Kreditverkaufs v. 4. 6. 2008, BT-Dr 16/9447.

67 Vgl. Art. 1 Nr. 1 Kreditnehmerschutzgesetz (o. Fußn. 66), § 488 a II BGB-E.

68 So ausdr. die Begr. zum Kreditnehmerschutzgesetz (o. Fußn. 66), BT-Dr 16/9447, S. 9.

69 Vgl. dazu *OLG München*, WM 2008, 688 (690) = BeckRS 2008, 03441.

70 Vgl. dazu auch *OLG München*, WM 2008, 688 (690) = BeckRS 2008, 03441.

71 Vgl. dazu etwa *FinanzTest*, Heft 6/2005, S. 37 ff.; Wikipedia: Restschuldversicherung.

72 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102 EWG des Rates, ABLEU Nr. L 133 v. 22. 5. 2008, S. 66.

73 Vgl. dazu Erwägungsgrund 25 der Verbraucherkredit-Richtlinie (o. Fußn. 72).

74 Vgl. dazu Art. 9 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit v. 11. 9. 2002, KOM (2002) 443.

75 Art. 31 des Kommissionsvorschlags (o. Fußn. 74).

76 Vgl. zur Entstehungsgeschichte auch *Benedict*, ZEuP 2008, 394 (398); *Rott*, WM 2008, 1104.

77 Art. 8 der Verbraucherkredit-Richtlinie (o. Fußn. 72).

ser Pflicht wird nicht sanktioniert⁷⁸. Dementsprechend wird die Prüfungspflicht der Kreditwürdigkeit nach dem Vorschlag der Bundesregierung für die Umsetzung der Richtlinie⁷⁹ nur im Kreditwesengesetz verankert⁸⁰, dessen Regelungen nicht drittschützend sind⁸¹. Eine Sanktion für die Verletzung der Prüfungspflicht ist auch national nicht vorgesehen.

IV. Zusammenfassung

Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der neuen Verbraucherkredit-Richtlinie trägt das Datum 21. 1. 2009. Wir befinden uns mitten in der Finanzmarktkrise. Die Antwort auf die Frage, „Schutz in der Finanzkrise – Welche Rechte hat der Verbraucher?, lautet so wie vor der Krise: „Keine“. Über Jahrzehnte hinweg hat die Kreditwirtschaft das besondere Vertrauensverhältnis betont, das für die Geschäftsbeziehung zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer unentbehrlich sei⁸². Die Inanspruchnahme von Vertrauen erzeugt, jedenfalls soweit sich die Inanspruchnahme von Vertrauen auf die An-

bahnung von Verträgen bezieht, im Rechtsverkehr Pflichten. Im Vorfeld der Finanzmarktkrise hat nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch der Gesetzgeber vielfach diese Grundregel nicht bedacht und den Schutz des Verbrauchers vernachlässigt. Die Maßnahmen, die der Gesetzgeber nunmehr inmitten der Finanzmarktkrise ergriffen hat, um die Rechte der Verbraucher zu stärken, werden nicht ausreichen, um den entstandenen Vertrauensverlust ausgleichen zu können. ■

78 Vgl. Art. 23 der Verbraucherkredit-Richtlinie (o. Fußn. 72).

79 GE der BReg. eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkredit-Richtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienste-Richtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht v. 21. 1. 2009, BT-Dr 16/11 643.

80 Art. 7 Nr. 1 des GE (o. Fußn. 79), § 18 II KWG-E.

81 Die Begr. des GE (o. Fußn. 79) betont vielmehr ausdrücklich, dass die Kontrolle der ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation, zu der auch die nunmehr vorgeschriebene Bonitätsprüfung gehört, ausschließlich im öffentlichen Interesse erfolgt, BT-Dr 16/11 643, S. 240.

82 Vgl. dazu Bundesbank Monatsbericht Juli 1997, 57, 60.