

## Schimansky, Herbert\*

\* Verkauf von Kreditforderungen und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, WM 2008, 1049

### Anmerkung von Rechtsanwalt Dr. Clemente

Der Aufsatz reiht sich ein in eine Vielzahl von Veröffentlichungen zu dem Verkauf von Kreditforderungen. Besonderem Gewicht kommt ihm aufgrund seines Autors zu. Schimansky war bis zu seiner Pensionierung Vorsitzender Richter des für das Bankrecht zuständigen XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.

Schimansky hebt zu Beginn seines Aufsatzes hervor, dass Kreditgeschäfte Vertrauenssache sind, sowie den Umstand, dass das "berechtigte Interesse" des Kreditnehmers, dass ihm der Darlehensgeber seines Vertrauens für die Laufzeit des Kredits erhalten bleibt, rechtlich nicht geschützt ist.

Hievon ausgehend untersucht Schimansky aufgrund der bekannt gewordenen Mißbrauchsfälle (vgl. beispielsweise [OLG München, Urt. v. 26.02.2008 - 5 U 5102/06](#)) die Frage, ob zur Verhinderung der aus der freien Abtretung folgenden Gefahren Korrekturen der Rechtsprechung erforderlich sind.

Schimansky bejaht die Frage. Er setzt bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung (vgl. hierzu Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rz. 89 - 116 und 223 - 246) an. Diese hat die Rechtsprechung jahrzehntelang in Abwägung der Interessen des Kreditgebers und der des Kreditnehmers gebilligt (a.a.O., Rz. 366 - 386). Schimansky meint nun, dieser Interessenabwägung werde der Boden entzogen, wenn die Darlehensforderung frei abtretbar sei. Er kommt daher in seinem Aufsatz zu dem Ergebnis, dass eine erneute Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Umstandes der freien Abtretbarkeit zu einer unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB führe, die zur Folge habe, dass die formularmäßige Zwangsvollstreckungsunterwerfung unwirksam sei.

Die Gegner des Verkaufs von Kreditforderungen haben einen prominenten Mitstreiter erhalten. Setzt sich die rechtliche Bewertung von Schimansky durch, stehen die Kreditverkäufe vor dem "Aus", allerdings auf Kosten all derjenigen Kreditinstitute, zu deren Geschäftsmodell nicht der Verkauf von Krediten gehört.

Clemente folgt dem rechtlichen Ansatz von Schimansky nicht. Zwar ist die Unterwerfungserklärung ein scharfes Schwert. Der Gläubiger des vollstreckbaren Anspruchs kann nach Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung und nach Ablauf einer 2-Wochen-Frist die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners betreiben (§ 798 ZPO). Es kann jedoch weder unangemessen noch überraschend sein, wenn ein Kreditgeber die Darlehensgewährung von der Bestellung einer vollstreckbaren Urkunde abhängig macht (a.a.O., Rz. 319). Kredite müssen ausreichend gesichert sein. Zur Sicherung gehört auch die Besicherung mittels vollstreckbarer Urkunde. Unangemessen und überraschend ist nur die freie Abtretbarkeit, insbesondere die freie Abtretbarkeit von treuhänderisch gestellten Sicherheiten.

Clemente's Ansatzpunkt ist ein anderer. Seine Auffassung hat er insbesondere in seinem in der ZfIR erschienenen Aufsatz "[Verwertung der nicht akzessorischen Grundschuld im Rahmen eines Forderungsverkaufs](#)" dargelegt. A.a.O. hat er dargelegt, dass die Bestellung von vollstreckbaren abstrakten Rechten auf besonderem Vertrauen beruht. Seine Auffassung kann dahingehend zusammen gefaßt werden, dass die freihändige Verwertung der Grundschuld und der Haftungsübernahme durch Verkauf gegen den Sicherungsvertrag verstoßen (vgl. auch § 664 Abs. 2 BGB). Die vom Gesetzgeber vorgesehene Verwertungsmöglichkeit ist die der Zwangsvollstreckung. Für die Grundschuld heißt dies Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und nicht Verkauf an einen Dritten. Folgt man dem, so stünde das Geschäftsmodell "Verkauf" ebenfalls vor dem "Aus".

Egal, welcher Rechtsauffassung man folgt, das Gesetz hält ausreichende Möglichkeiten zur Verfügung, den Forderungsverkauf und den Mißbrauch der sicherungshalber und daher treuhänderisch (vgl. hierzu Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, Rz. 306 f) bestellten Grundschuld und Haftungsübernahme zu unterbinden. Einer

Gesetzesänderung bedarf es nicht (vgl. jedoch [Beschluss des Bundesrats vom 29.04.2008](#)). Die Gerichte müssen nur von den ihnen gegebenen Möglichkeiten Gebrauch machen.