

Buschmann : Keine unangemessene Benachteiligung durch Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bei veräußerbaren Darlehen

BKR 2008,
415

Keine unangemessene Benachteiligung durch Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bei veräußerbaren Darlehen

RA Marco Buschmann, Düsseldorf*

Der Beschluss des LG Hamburg vom 9. 7. 2008 (BKR 2008, 338) hat in der Bankpraxis für Aufsehen gesorgt. Der Beitrag kommentiert und analysiert die Entscheidung und kommt schlussendlich zum gegenteiligen Ergebnis.

I. Einleitung

Neuerdings wird in Rechtsprechung und Schrifttum vereinzelt die Ansicht vertreten, dass es bei der Besicherung von Darlehen dann zu einer unangemessenen Benachteiligung des Darlehensnehmers nach § 307 Abs. 1 BGB komme, wenn er sich formularmäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der zugehörigen Sicherungsgrundschuld unterwirft *und* die Darlehensforderungen nebst Sicherungsgrundschuld veräußerbar sind (künftig: Unangemessenheitsthese)¹. Um der Rechtsfolge des § 307 Abs. 1 BGB zu entgehen, müsse sich der Darlehensgeber stattdessen bei der Gestaltung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen für eine der beiden Alternativen entscheiden: *entweder* für die freie Abtretbarkeit seiner Forderungen aus dem Darlehen nebst Sicherungsgrundschuld *oder* für die Unterwerfung des Darlehensnehmers unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Sicherungsgrundschuld (künftig: Auswahlentscheidung)².

Für Darlehen an *Kaufleute* folgte aus der Unangemessenheitsthese nach alter Rechtslage ein *faktisches Verbot* der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Sicherungsgrundschuld: § 307 Abs. 1 BGB findet nämlich auch auf Kaufleute Anwendung³. Kaufleute wiederum konnten nach alter Rechtslage kein wirksames Abtretungsverbot vereinbaren (§ 354a HGB). So blieb einer Bank danach nicht einmal die Auswahlentscheidung, sondern nur die Möglichkeit, auf die Unterwerfung des Darlehensnehmers unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Sicherungsgrundschuld in ihren Formularen gänzlich zu verzichten. *Nach neuer Rechtslage* folgte aus der Unangemessenheitsthese, dass Banken auch bei Darlehen an Kaufleute die Auswahlentscheidung treffen müssen. Denn das Risikobegrenzungs-gesetz⁴ enthält eine Änderung des § 354a HGB. Nach neuem Recht können auch

Buschmann : Keine unangemessene Benachteiligung durch Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bei veräußerbaren Darlehen (BKR 2008, 415) 416

Kaufleute die Abtretbarkeit von Forderungen gegen sie selbst aus Darlehen wirksam ausschließen, wenn der Gläubiger ein Kreditinstitut ist (§ 354a Abs. 2 HGB n.F.).

Diese weitreichenden Folgen für die gängige Formularpraxis von Banken bei grundschuldbesicherten Darlehen sowohl an Verbraucher als auch an Kaufleute legen es nahe, die Unangemessenheitsthese kritisch zu würdigen.

II. Kritische Würdigung

Fraglich ist also, ob es sich um eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB handelt, wenn sich der Darlehensnehmer zur Besicherung eines Darlehensvertrages, in dem die Abtretung von Forderungen der Bank nicht ausgeschlossen ist, formularmäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung aus einer Sicherungsgrundschuld unterwirft.

1. Rechtsprechung des BGH

In der Rechtsprechung des BGH gibt es dafür keinen Anhaltspunkt. Vielmehr hat er ausgeführt, dass es

Grundsschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss; eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners liegt darin nicht⁵. Diese Rechtsprechung hat der BGH wie folgt begründet:

„Die Zivilprozessordnung gestattet Zwangsvollstreckung aus Urteilen (§ 704 Abs. 1 ZPO) und aus vollstreckbaren notariellen Urkunden (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) gleichermaßen. Sie stellt damit die freiwillige Unterwerfung der Schuldner unter die Zwangsvollstreckung der nach gerichtlicher Prüfung des Anspruchs ergangenen gerichtlichen Entscheidung grundsätzlich gleich. Den Schutz des Schuldners gewährleistet sie bei den vollstreckbaren Urkunden durch das Erfordernis notarieller Beurkundung und die damit verbundenen notariellen Belehrungspflichten sowie durch die gegenüber Urkunden erweiterten Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners (vgl. § 797 Abs. 4 ZPO) in ausgewogener Weise.“⁶

Nach diesen Ausführungen lässt sich keine Ausnahme für den Fall konstruieren, dass Darlehen nebst Sicherungsgrundschuld veräußerbar sind, also kein Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB vereinbart wurde. Denn der BGH stellt bei seinem Grundsatz, dass die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung zu keiner unangemessenen Benachteiligung führe, darauf ab, dass der Schuldner *erstens* durch notarielle Form, *zweitens* durch notarielle Belehrung und *drittens* durch erweiterte Verteidigungsmöglichkeiten geschützt sei. Die Übertragung von Darlehensforderung nebst Sicherungsgrundschuld beeinträchtigt diesen Schutz in keiner Weise: Die Übertragung der Grundschuld auf einen neuen Gläubiger ändert sich nichts an dem, wozu der Schuldner gegenüber dem Gläubiger verpflichtet ist⁷. All das, was der Notar in der Grundschuldurkunde beurkundet hat, bleibt bei einer Abtretung der Grundschuld ebenso gültig⁸. Ein Bedürfnis für eine zusätzliche rechtliche Belehrung entsteht nicht. Die erweiterten Verteidigungsmöglichkeiten, von denen der BGH spricht, stehen dem Schuldner gegen den neuen Gläubiger ebenso zu wie zuvor gegenüber dem alten. Weil also nach dem Konzept des BGH keine Schutzlücke durch die Übertragung von Darlehen und Sicherungsgrundschuld entsteht, gibt es auch keinen Grund, darin eine unangemessene Benachteiligung des Darlehensnehmers zu erkennen, wenn die Sicherungsgrundschuld mit dem Darlehen übertragen werden kann.

2. Literatur

Ein Blick in die Literatur bestätigt dies. So attestiert etwa *Clemente*, dass sich die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ganz „im Einklang“⁹ mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen befinde. Abgestellt wird insbesondere darauf, dass Banken ein berechtigtes Interesse daran hätten, „Kosten und Verzögerungen zu vermeiden“¹⁰ bzw. „Vermögensverschlechterungen nicht erst durch langwierige Erkenntnisverfahren“¹¹ begegnen zu müssen. Eine Einschränkung dieser Aussagen für den Fall, dass Darlehen nebst Sicherungsgrundschuld übertragbar sind, war bislang nicht ersichtlich.

3. Keine neue Schutzlücke wegen eines Gläubigers ohne Bankerlaubnis

Das Landgericht ^{Hamburg} ~~Neuburg~~ und *Schimansky* sind jedoch neuerdings der Ansicht, dass die Rechtsprechung des BGH ihre Grundlage verliere, wenn Darlehen nebst Sicherungsgrundschuld übertragbar seien; denn durch die Übertragbarkeit könne ein Finanzinvestor ohne Bankerlaubnis nach KWG beides erwerben und dann stehe dem Darlehensnehmer ein Gläubiger gegenüber, der nicht der Bankenaufsicht unterliegt¹².

Dieses Argument überzeugt aber nicht. Denn es geht von der Annahme aus, dass es für den Schuldner rechtlich unvorteilhafter sei, einen Gläubiger zu haben, der nicht unter Bankenaufsicht nach KWG steht, als einen, bei dem dies der Fall ist. Nur dann nämlich könnte dieser Gläubigerwechsel zu einer unangemessenen Benachteiligung des Darlehensnehmers führen. Diese Annahme trifft aber nicht zu: Dem Schuldner erwächst nämlich durch Bankerlaubnis und Bankenaufsicht *kein* Vorteil. Denn das KWG

Die Vorschriften des KWG zur *Eigenkapitalausstattung* dienen nicht dem Zweck, für eine wirtschaftliche Lage der Banken zu sorgen, die eine aggressive Vorgehensweise bei der Durchsetzung von Forderungen und der Verwertung von Sicherheiten gegen Schuldner entbehrlich machte. Nach § 10 Abs. 1 KWG sollen die Vorschriften zur Eigenkapitalausstattung lediglich sicherstellen, dass Banken ihren „Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern“ nachkommen können.

Aus der Rechtsprechung, die in § 32 KWG ein *Schutzgesetz* i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB erkennt¹⁴, folgt nichts anderes. Denn auch dieser Schutz erfasst lediglich Gläubiger und nicht Schuldner einer Bank: Im Urteil des BGH vom 21. 4. 2005 heißt es ausdrücklich, dass § 32 KWG Schutzgesetz „zu Gunsten des einzelnen Kapitalanlegers“¹⁵ sei. Entsprechend betreffen sämtliche Entscheidungen hierzu den Schutz von Gläubigern, nicht von Schuldnern der Bank¹⁶.

Auch aus der möglichen *Anfechtbarkeit* von Verträgen mit Geschäftspartnern, die der Anfechtende irrig für eine Bank mit

Buschmann : Keine unangemessene Benachteiligung durch Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bei veräußerbaren Darlehen (BKR 2008, 415) 417

Erlaubnis nach § 32 KWG hielt (§ 119 BGB), folgt nichts anderes: Auch diese Anfechtbarkeit wird nur im Zusammenhang mit dem Anlegerschutz diskutiert¹⁷. Das überzeugt auch: Die Verkehrswesentlichkeit der Erlaubnis nach § 32 KWG ist nämlich nach dem jeweils geschlossenen Rechtsgeschäft zu bestimmen¹⁸. Für Anleger ist eine Aufsicht über die Einhaltung der Eigenkapitalvorschriften wesentlich. Denn diese sichert die Bonität der Bank. Für den Kreditnehmer ist jedoch die Erlaubnis nach § 32 KWG jedenfalls dann unwesentlich, wenn der Kredit bereits ausgereicht wurde.

Da dem Darlehensnehmer durch den Gläubigerwechsel also kein rechtlicher Nachteil entsteht, ergibt sich auch kein Bedürfnis dafür, von der Rechtsprechung des BGH abzuweichen. Es bleibt also dabei, dass es sich weder für Verbraucher noch für Unternehmer um eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB handelt, wenn sich der Darlehensnehmer formularmäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Sicherungsurkunde unterwirft.

III. Ergebnis und Fazit

Die Unangemessenheitsthese hält einer kritischen Würdigung nicht stand: Weder für Verbraucher noch für Unternehmer stellt die formularmäßige Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung eine unangemessene Benachteiligung dar – und zwar unabhängig davon, ob das Darlehen veräußert werden kann oder nicht. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach § 307 Abs. 1 BGB droht nicht.

Daraus folgt: Banken ~~sind~~^{waren} bei Darlehen an Kaufleute nach ~~aktueller~~^{alter} Rechtslage nicht gezwungen, auf die formularmäßige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung aus der Sicherungsgrundschuld zu verzichten. Nach ~~künftiger~~^{neuer} Rechtslage sind sie auch nicht gezwungen, sich entweder für die Übertragbarkeit von Darlehensforderung und Sicherungsgrundschuld einerseits oder die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Sicherungsgrundschuld andererseits zu entscheiden.

Dieses Ergebnis ist auch für alle Beteiligten vorteilhaft. Denn sowohl die Übertragbarkeit von Darlehensforderungen und Sicherungsgrundschuld als auch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nehmen darauf Einfluss, wie die Bank die Kosten des jeweiligen Kreditrisikos bewertet. Denn die Übertragbarkeit von Darlehensforderungen und Sicherungsgrundschuld begrenzt das Ausfallrisiko auf den erwarteten Erlös aus dem Forderungsverkauf, wenn das Darlehen notleidend wird. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung spart Zeit und Geld bei der Abwicklung eines notleidenden Darlehens („work out“), weil bereits ein vollstreckungsfähiger Titel gegen den Darlehensnehmer vorliegt. Beides verstärkt einander noch: Der Erlös aus dem Forderungsverkauf ist voraussichtlich höher, wenn eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung vorliegt, als wenn dies nicht der Fall wäre. Muss also eine Bank auf eine dieser

Kurzum: Darlehen würden dann für alle teurer und das will schließlich niemand.

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt bei White & Case, Düsseldorf.↗

¹ LG Hamburg, BKR 2008, 338ff.; *Schimansky*, WM 2008, 1049 (1051).↗

² *Schimansky*, a.a.O. (Fußn. 1); das LG Hamburg, a.a.O. (Fußn. 1), lässt offen, ob der Ausschluss der Abtretbarkeit bereits die Anwendbarkeit von § 307, Abs. 1 BGB hindert.↗

³ *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 307 RdNr. 39.↗

⁴ Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken vom 12. 8. 2008, BGBl. I 2008, S. 1666ff.↗

⁵ BGH NJW 2003, 885.↗

⁶ BGHZ 99, 274 (283).↗

⁷ Vgl. *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2008, 363, 365f..↗

⁸ Im Ergebnis genauso: *Koser/Werner-Jensen*, BKR 2008, 340.↗

⁹ *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl. 2008, RdNr. 93.↗

¹⁰ *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl. 2008, RdNr. 93.↗

¹¹ *Lwowski*, Das Recht der Kreditsicherung, 8. Aufl. 2000, RdNr. 308.↗

¹² *Schimansky*, a.a.O., S. 1050.↗

¹³ Siehe auch: *Reuter/Buschmann*, ZIP 2008, 1003 (1005).↗

¹⁴ Kritisch dazu: *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 2. Aufl. 2004, § 32 RdNr. 17f.↗

¹⁵ BGH NJW 2005, 2703.↗

¹⁶ BGH NJW 1994, 1801 (1804); NJW 2005, 2703; OLG Celle ZIP 2002, 2168 (2174); KG Berlin NZG 2002, 383, (385); LG Duisburg BKR 2007, 44; SchiedsG Hamburg NJOZ 2001, 1073ff.↗

¹⁷ *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 2. Aufl. 2004, § 32 RdNr. 19.↗

¹⁸ *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 119 RdNr. 25.↗