

Nils H. Rümpler<sup>\*)</sup>

### 3. Münsteraner Bankrechtstag – Bankrecht zwischen Brüssel und Berlin

#### Tagungsbericht

Am 07. November 2008 veranstaltete der Lehrstuhl für Bürgerliches, Bank- und Kapitalmarktrecht der Universität Münster unter der Leitung von Prof. Dr. Matthias Casper den 3. Münsteraner Bankrechtstag zu aktuellen Reformvorhaben im Bankrecht. Referiert und diskutiert wurde über die Zulässigkeit von Swap-Geschäften (I.), die Abtretung von Darlehensforderungen nach dem Risikobegrenzungsgesetz (II.), die Neuregelung des Verbraucherdarlehensrechts (III.), die Lastschrift nach SEPA (IV.) sowie über Kontopfändung und Pfändungsschutz (V.).

I. Im ersten Vortrag widmete sich Prof. Dr. Johannes Köndgen (Universität Bonn) der Zulässigkeit von Zins-Swap-Geschäften. Nach einer kurzen Darstellung der Funktionsweise eines Swaps legte Köndgen die Gewinn- und Verlustmöglichkeiten der Parteien bei einem CMS Spread Ladder Swap dar. Hierbei wurde deutlich, dass bei dieser Variante dem Kunden durch einen Cap nur begrenzte Gewinnchancen winken, durch mehrfachen Hebel aber enorme Verlustrisiken drohen. Dies nahm Köndgen zum Anlass, die damit einhergehenden Rechtsprobleme zu beleuchten. Die insbesondere bei kommunalen Gegenparteien diskutierte Ultra-Vires Doktrin stehe mangels Verankerung im deutschen Recht einer Wirksamkeit des Swap-Geschäftes jedoch nicht entgegen. Auch sei eine in der Rechtsprechung teilweise angenommene Beratungspflicht der Bank über kommunalrechtliche Besonderheiten und Spekulationsverbote abwegig.<sup>1)</sup> Für eine Unwirksamkeit gem. § 134 BGB i. V. m. einem kommunalrechtlichen Spekulationsverbot müsse das Verbot konkretisiert sein, ein nur durch Auslegung der Haushaltsordnung zu gewinnendes Verbot reiche nicht. In Betracht käme allenfalls eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB. Dies gelte jedenfalls dann, wenn dem Kunden keine angemessene Risikoprämie gewährt werde und darüber hinaus noch weitere, den Kunden einseitig belastende Klauseln vereinbart würden. Dann könne ein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip angenommen werden. Schwieriger zu bejahen sei ein Verstoß gegen §§ 305 ff. BGB. Hierzu mangle es auf Grund der Vielfalt der Swapgestaltungen vor allem an einem Leitbild i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB. Abschließend stellte Köndgen noch die in Betracht kommenden Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Beratungspflichten und den Stand der instanzgerichtlichen Rechtsprechung zu CMS-Swaps dar. In der sich anschließenden Diskussion wurden vor allem Umfang und Rechtsfolgen der Beratungspflicht der Bank hinterfragt. So wurde zu Bedenken gegeben, dass die Bank stets einem Konflikt zwischen Ertrags- und Kundeninteressen unterliege. Allerdings, so Köndgen, bestehe hier die Besonderheit, dass die Bank bei der aufgezeigten Strukturierung des Geschäfts nur darauf hoffen könne, dass der Kunde Verlust mache. Deshalb könne auch von einem Vorsatz i. S. d. § 826 BGB ausgegangen werden. Ferner wurde die Frage aufgeworfen, ob dieses Produkt überhaupt für die Risikoabsicherung von Kommunen geeignet sei. Dies sei, so Köndgen, zwar kritisch zu hinterfragen, daraus resultiere aber kein spezifisch kommunalrechtliches Problem, über das die Bank aufklären müsse.

II. Nachfolgend referierter Prof. Dr. Marc-Philippe Weller (Universität Mannheim) über die Abtretung von Darlehensforderungen nach dem Risikobegrenzungsgesetz. Einführend stellte Weller die Vertragsbeziehungen bei grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen dar. Entgegen einzelner Stimmen in der Literatur und übereinstimmend mit der Rechtsprechung werde die Abtretbarkeit von Darlehensforderungen durch Banken nicht durch § 399 BGB verhindert.<sup>2)</sup> Problematisch sei

bisher allerdings die Verteidigungsschwäche des Eigentümers gegen die durch Dritte durchgeführte Zwangsvollstreckung gewesen. Ferner werde dem Eigentümer durch die Vertragsgestaltungen in der Praxis die Klage last aufgebürdet. Die aktuelle Entwicklung in der Rechtsprechung, vorformulierte Zwangsvollstreckungsunterwerfungen an § 307 Abs. 1 BGB scheitern zu lassen, schreie jedoch über das Ziel hinaus.<sup>3)</sup> Das Risikobegrenzungsgesetz hingegen verbessere auf der Ebene des Darlehens die Information des Darlehensnehmers und erschwere die Kündigungsmöglichkeit durch den Darlehensgeber. § 498 Abs. 3 BGB n. F. bringe jedoch ein Misbrauchsrisiko mit sich, denn der Schuldner könne den Eintritt der Kündigungsmöglichkeit durch zweimonatliche Zahlung verhindern. Mit dieser Änderung gehe jedoch nicht einher, dass anders lautende notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungen unwirksam seien. Hierbei handele es sich lediglich um prozessuale Willenserklärungen, die losgelöst von § 498 BGB zu beurteilen seien. Insofern gelte der Grundsatz, dass die prozessuale nicht der materiellen Rollenverteilung entsprechen müsse. Auf der Ebene der Grundschuld führe das Risikobegrenzungsgesetz u. a. zu einer Aufwertung der Einreden aus dem Sicherungsvertrag. Daraus folgere Weller die These, dass auf der Durchsetzbarkeitsbene die Grundschuld nunmehr akzessorischer sei als die Hypothek. Ferner führe die Kündigungsschwerenung zu einer Entwertung der notariellen Vollstreckungsunterwerfung. Nichtsdestotrotz sei die Unterwerfung als prozessuale Willenserklärung ebenfalls losgelöst von § 1193 BGB zu beurteilen. In der intensiven Diskussion wurde die ablehnende Haltung gegenüber der instanzgerichtlich erklärten Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung geteilt. Das angebliche Misbrauchsrisiko durch § 498 BGB, so ein Teilnehmer, sei jedoch eher gering anzusehen und über § 242 BGB in den Griff zu bekommen. Bezüglich der Akzessorietät wurde zu Bedenken gegeben, dass der Begriff der Akzessorietät zunächst aufgefächert werden müsse. Im Sinne einer Einwendungssakzessorietät steiße die Ansicht des Referenten jedoch auf Zustimmung. Ferner wurde die Frage nach Reichweite und Ausnahmen des § 1193 BGB aufgeworfen. Weller nahm den Standpunkt ein, dass § 1193 BGB grundsätzlich zwingend und Umgehungen unzulässig seien. Möglich, weil lediglich prozessuale Willenserklärung, sei jedoch ein AGB-rechtlicher Nachweisverzicht.

III. Der dritte Vortrag von Prof. Dr. Jan Schürbrand (Universität Erlangen) beleuchtete die Neuregelung des Verbraucherdarlehensrechts anhand des Regierungsentwurfes.<sup>4)</sup> Dabei ging Schürbrand u. a. auf die Informationspflichten und das Prinzip verantwortungsvoller Kreditvergabe ein.<sup>5)</sup> Größtenteils wurde in der Diskussion die Frage behandelt, ob die in § 18 Abs. 2 KWG-E vorgesehene Pflicht zur Bonitätsprüfung nur im öffentlichen Interesse erfolge. Im Rahmen dessen wurde kritisch hinterfragt, ob das Aufsichtsrecht tatsächlich der richtige Ort zur Normierung der Pflicht und ob eine Schutzgesetzqualität zu bejahen sei. Schürbrand wandte ein, dass diese Bedenken zwar zu

1) A. A.: LG Würzburg, Urt. v. 31.03.2008 – 62 O 661/07, ZBB 2008, 200 (LS) = ZIP 2008, 1059 = WM 2008, 977 ff., dazu EWIR 2008, 391 (Simon).

2) BGH, Urt. v. 27.02.2007 – XI ZR 195/05, ZBB 2007, 144 (LS) = ZIP 2007, 619 = ZfR 2007, 308 (m. Anm. Deuber, S. 313) = ZVI 2007, 255 = NJW 2007, 2106 ff., dazu EWIR 2007, 267 (Welter/S. Bulach); a. A.: Schwintowski/Schanz, NJW 2008, 472 ff.

3) Ausführlich: Habersack, NJW 2008, 3173 ff.; a. A.: LG Hamburg, Urt. v. 09.07.2008 – 318 T 183/07, ZIP 2008, 1466 = NJW 2008, 2784 ff., dazu EWIR 2008, 543 (Sälke).

4) Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, abrufbar unter: [www.bmi.bund.de/files/-/3370/RegE\\_Verbraucherkreditrichtlinie.pdf](http://www.bmi.bund.de/files/-/3370/RegE_Verbraucherkreditrichtlinie.pdf).

5) Einzelheiten des Vortrags sind dem entsprechenden Aufsatz zu entnehmen, vgl. ZBB 2008, 383 (in diesem Heft).

\*) Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches, Bank- und Kapitalmarktrecht der Universität Münster.

treffen mögen, sah sich aber ausweislich des Regelungsortes und der Gesetzesmaterialien zur Vermeidung der Schutzgesetzqualität gezwungen.

IV. Im Anschluss ging Rechtsanwalt Dr. Stefan Werner (Banksyndikus, Frankfurt/M.) auf den Zahlungsverkehr nach SEPA<sup>6)</sup> am Beispiel der Lastschrift ein. Dabei gab Werner zunächst eine Einführung in die Zielsetzungen und Rechtsquellen von SEPA, bevor die Grundzüge und Besonderheiten des derzeitigen Lastschriftverfahrens dargelegt wurden. Ungeklärt sei dabei insbesondere die Frage des Schriftformerfordernisses im Einzugsermächtungsverfahren. Fortführend wurden die wesentlichen Eckdaten der Lastschrift nach SEPA dargelegt. Hierzu zuzuhelen seien hier insbesondere die nach SEPA erforderliche Vor- und entgegen der bisher herrschenden Genehmigungstheorie auch die Zahlstelle ermächtigte. Abschließend behandelte Werner die Rückgabe der Lastschrift nach SEPA und erläuterte die bisher geplante Umsetzung in deutsches Recht durch den Regierungsentwurf.<sup>7)</sup> Kritisch zu sehen sei, dass eine Überführung des bisherigen Einzugsermächtungsverfahrens im jetzigen Umsetzungsentwurf nicht angelegt sei. So werde eine breite Akzeptanz durch aufwendige Umsetzungsmaßnahmen erschwert und die Zielsetzung des europaweit einheitlichen Zahlungsverkehrsraumes möglicherweise verfehlt. Angesichts dieser Unklarheiten sei jedoch eine parallele Nutzung des bisherigen Verfahrens möglich. Kernfrage der sich anschließenden Diskussion waren Sinn und Reichweite der Avisierungspflicht. Bei ausnahmsloser Pflicht zur Avisierung, so ein Teilnehmer, sei das Verfahren auf Grund der Kosten beim Einzug geringer Beträge völlig uninteressant. Auch wisse der Schuldner bei Ertelung des Mandates, dass der Betrag in der Regel zeitnah abgebucht werde. Dagegen wandle Werner ein, dass die Ertelung eines Mandates und die damit wohl einhergehende Abkehr von der Ansicht, die Zahlstelle greife unberechnigt auf das Konto des Schuldners zu, ebenfalls nicht zu unterschätzende Vorteile biete. Ferner könne, so Werner, der Schuldner durch die Avisierung auch rechtzeitig für eine ausreichende Deckung auf seinem Konto sorgen, sodass ihm Überziehungszinsen erspart blieben.

V. Zuletzt behandelte Dr. Carsten Jungmann (Bucenius Law School) aktuelle Entwicklungen im Themenkomplex „Kontopfändung und

Pfändungsschutz“. Nach einer Darstellung der Grundlagen über die pfändbaren Ansprüche aus dem Kontokorrentvertrag und dem Girovertrag erläuterte Jungmann die derzeitigen Problemfelder anhand ausgewählter Rechtsprechung. Bei der Pfändung in debitorisch geführte Konten sei der Dispositionskredit nur nach Abruf pfändbar, der Überziehungskredit gar nicht. Nach einer kritischen Würdigung dieser Ansichten erläuterte Jungmann das Rechtssystem des derzeitigen Pfändungsschutzes und die geplante Novellierung durch den Regierungsentwurf.<sup>8)</sup> An diesem kritisierte Jungmann besonders die mit der Einführung eines derartigen „P-Kontos“ einhergehende hohe Arbeitsbelastung der Kreditinstitute, die Zweckverfehlung durch Orientierung am Kontostandsprinzip und das damit verbundene Missbrauchsrisiko. Stattdessen schlug Jungmann ein eigenes Modell zu Realisierung des „P-Kontos“ vor. So sollte eine Eröffnung des „P-Kontos“ zunächst beim Vollstreckungsgenicht beantragt werden, das den Sockelbetrag festsetze und Arbeitgeber und andere Drittschuldner über die Eröffnung benachrichtige. Das Konto selbst sollte rein zuflussbezogen als Zweikonto geführt werden, nicht verbrauchtes Guthaben könne sogar angespart werden. Den Sockelbetrag übersteigende Beträge sollten so dann auf das Erstkonto weitergeleitet werden, welches, im Gegensatz zum „P-Konto“ der Pfändung unterliege. So werde bei Minimierung der Missbrauchsgefahr den Interessen aller Beteiligten Rechnung getragen. Kritisch hinterfragt wurde der Ansatz vor allem bezüglich der Möglichkeit des Pfändungsschuldners, Beträge auf dem „P-Konto“ anzusparen. Jungmann entgegnete, dass das Missbrauchsrisiko in dem vorgeschlagenen Modell als gering anzusehen sei. Darüber hinaus bestehe auch sonst für den Schuldner die Möglichkeit, durch gezieltes Abheben Geld beiseite zu schaffen. Nach einigen technischen Rückfragen ermittelte das vorgeschlagene Modell aber weitgehend Zuspruch. Zusätzlich, so ein Teilnehmer, könne darüber nachgedacht werden, ein entsprechendes Merkmal bei der Schufa zu melden, sodass das Missbrauchsrisiko durch Eröffnung mehrerer „P-Konten“ weiter minimiert werden könne.

6) Single Euro Payments Area (SEPA), v. a. Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt 2007/64/EG.

7) Vgl. Fußn. 4.

8) Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Kontopfändungsschutzes, abrufbar unter: [www.bmi.de/files/-/2472/RegE%20Reform%20Kontopfändungsschutz.pdf](http://www.bmi.de/files/-/2472/RegE%20Reform%20Kontopfändungsschutz.pdf).

## ZBB-Dokumentation

### Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht (hier: SEPA-Vorschriften)

Mit Datum vom 17. Juni 2008 hatte das Bundesjustizministerium einen Entwurf vorgelegt, mit dem die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkreditrichtlinie) sowie der zivilrechtliche Teil der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinie 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (Zahlungsdiensterichtlinie) in deutsches Recht umgesetzt werden sollen. Die Allgemeine Begründung

sowie Auszüge aus den Neuregelungen, die das Verbraucherdarlehensrecht betreffen, wurden in der ZBB Heft Nr. 5 2008, 355 ff. abgedruckt. Der Abdruck der Neuregelungen, die die SEPA-Vorschriften betreffen, wurde für dieses Heft angekündigt. Nun hat der Gesetzgeber am 5. November 2008 überraschend schnell den Gesetzentwurf zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht veröffentlicht. Im Folgenden sind daher die SEPA-Vorschriften nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung mit der – der jeweiligen Neuregelung zugeordneten – Begründung abgedruckt (A). Soweit