



Ana Augusta Tôrres-Jaeger

Schutz des Darlehensnehmers
bei Abtretung von
Darlehensforderungen im Lichte
des Bankgeheimnisses

Eine vergleichende Untersuchung
der Rechtslage in Deutschland
und Brasilien



Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
1. Kapitel – Einführung in die Problematik	1
A. Problemstellung	1
I. Wirtschaftlicher Hintergrund	1
II. Begriffliche Klärung	2
III. Das Geschäft mit Darlehensforderungen	3
IV. Grundsätzliche Bemerkung zu Transaktionsstrukturen von Verbriefungen	3
1. Asset Backed Securitisation	3
a) Grundstruktur von Verbriefungstransaktionen	4
b) Struktur der Zweckgesellschaft	5
c) Aufsichtsrechtliche Erwägungen bei der Übertragung von Darlehensforderungen	5
2. Verbriefung in Brasilien	5
V. Die Finanzmärkte in der Krise	6
B. Problemskizze: Bankgeheimnis und Schuldnerschutz bei der Forderungsabtretung	8
C. Ausblick auf die weitere Untersuchung	9
2. Kapitel – Das Bankgeheimnis im Privatrechtsverkehr im deutschen und brasilianischen Recht	11
A. Das Bankgeheimnis im deutschen Recht	11
I. Überblick über die gesetzlichen Vorschriften	11
II. Verfassungsrechtliche Einordnung	12
1. Grundrechte zum Schutz des Bankkunden in der Rechtsprechung	13
a) Menschenwürde	13
b) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	14
c) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	15
2. Die Problematik der verfassungsrechtlichen Einordnung des Bankgeheimnisses in der Literatur	16
3. Grundrechte zum Schutz der Bank	17
4. Das Rechtsverhältnis zwischen Bank und Bankkunde	18
III. Das Bankgeheimnis im Privatrechtsverkehr	19
1. Die Qualifizierung des Bankgeheimnisses als vertragliche Verhaltenspflicht	19
a) Das Bankgeheimnis als vertraglicher Bestandteil bzw. Nebenpflicht	19
b) Das Bankgeheimnis als Unterfall der auf der Geschäftsverbindung beruhenden Vertrauenshaftung der Bank	19
c) Das Bankgeheimnis als formularmäßige Vereinbarung	20

2. Die Qualifizierung des Bankgeheimnisses als normative Verhaltenspflicht.....	21
a) Verschwiegenheitspflicht als Gewohnheitsrecht.....	21
b) Das Bankgeheimnis als Norm aufgrund des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	21
3. Stellungnahme.....	22
4. Der Umfang des Bankgeheimnisses im deutschen Recht.....	23
5. Die Verletzung des Bankgeheimnisses.....	23
B. Das Bankgeheimnis im brasilianischen Recht	24
I. Überblick über die gesetzlichen Vorschriften	25
II. Verfassungsrechtliche Einordnung	26
III. Das Bankgeheimnis im Privatrechtsverkehr.....	27
1. Diskussion um die dogmatische Einordnung in der Literatur	27
2. Stellungnahme.....	28
3. Der Umfang des Bankgeheimnisses im brasilianischen Recht.....	29
4. Die Verletzung des Bankgeheimnisses.....	29
C. Rechtsvergleich mit dem brasilianischen Recht.....	29
3. Kapitel – Die Abtretung im deutschen und brasilianischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Abtretungsverbote.....	31
A. Forderungsübertragung nach allgemeinem Zivilrecht	31
I. Grundlagen des deutschen Zessionsrechts	31
1. Abstraktionsprinzip und Abtretung.....	31
2. Die gesetzliche Regelung der Abtretung	32
3. Die verkehrsfreundliche Grundkonzeption.....	32
4. Die Relativierung der gesetzgeberischen Entscheidung.....	33
II. Grundlagen des brasilianischen Zessionsrechts	33
1. Die verkehrsfreundliche Konzeption	33
2. Die Relativierung der gesetzgeberischen Entscheidung.....	34
3. Die Rechtsnatur der Forderungsabtretung – dogmatische Gesichtspunkte	34
a) Abtretung als einheitliches Geschäft	35
b) Abtretung als von einem Rechtsgrund unabhängiges Geschäft	35
c) Stellungnahme	36
III. Rechtsvergleich mit dem brasilianischen Recht	36
B. Voraussetzungen der Abtretung einer Darlehensforderung.....	37
I. Die Abtretung einer Darlehensforderung im deutschen Recht	37
1. Allgemeines.....	37
2. Voraussetzungen der Abtretung.....	38
a) Bestehen der Darlehensforderung.....	38
b) Bestimmtheit und Bestimmbarkeit der Darlehensforderung.....	38
c) Einigung.....	38
3. Rechtsfolgen der Forderungsabtretung.....	39

a) Übergang der Forderung	39
b) Gescheiterter Forderungsübergang	39
II. Die Abtretung von Darlehensforderungen im brasilianischen Recht	39
1. Allgemeines	39
2. Anforderungen an die Forderungsabtretung	40
a) Rechtsfähigkeit der Parteien	40
b) Verfügungsbefugnis	41
c) Einigung von Zedent und Zessionar	41
d) Vorgeschriebene bzw. nicht gesetzeswidrige Form	41
e) Kein Abtretungsverbot	43
3. Rechtsfolgen der Abtretung	43
a) Zwischen Zedent und Zessionar	43
b) Gegenüber dem Schuldner	45
c) Auskunftspflicht	46
III. Rechtsvergleich mit dem brasilianischen Recht	46
C. Der Ausschluss der Verkehrsfähigkeit einer Forderung	47
I. Abtretungsverbote im deutschen Recht und ihre Grenzen	48
1. Verfügungshindernisse im System des BGB	48
2. Interessenlage bei einem Abtretungsverbot	48
a) Schuldner	49
b) Gläubiger	49
3. Abtretungsverbote gemäß § 399 BGB	50
a) § 399 Alt. 1 BGB und die Abtretung von Bankforderungen	50
b) § 399 Alt. 2 BGB und die Abtretung von Bankforderungen	50
4. Das Abtretungsverbot als rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Verkehrsfähigkeit der Forderung	51
a) Die Auswirkungen des <i>pactum de non cedendo</i> in den vertretenen Rechtslehren	51
b) Ansicht der Rechtsprechung	54
c) Eigene Ansicht	56
5. Handelsrechtliche Sonderregelung des § 354a HGB	56
a) Sachlicher Anwendungsbereich	57
b) Persönlicher Anwendungsbereich	58
II. Abtretungsverbote im brasilianischen Recht und ihre Grenzen	58
1. Abtretungsausschluss mit Rücksicht auf die Natur des Schuldverhältnisses	59
2. Die gesetzlichen Abtretungsverbote	59
3. Der vereinbarte Abtretungsausschluss	60
a) Abtretungsverbot als rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Verkehrsfähigkeit der Forderung	60
b) Wirkung eines Abtretungsverbotes im Sinne des Art. 286 CC	61
c) Gutgläubiger Erwerb	61

d) Möglichkeit der stillschweigenden Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses.....	62
e) Das Gebot von Treu und Glauben im Zusammenhang mit Abtretungsverboten.....	63
4. Besonderheiten für Abtretungsverbote im Handelsverkehr?.....	64
III. Rechtsvergleich mit dem brasilianischen Recht	65
D. Abtretungsverbote aufgrund von Verstößen gegen gesetzliche Verbote.....	66
I. Abtretungsverbot wegen eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz im deutschen Recht	66
1. Dogmatik des Abtretungsausschlusses aufgrund des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz.....	66
2. Anwendungsfälle in der gerichtlichen Praxis: Die Abtretung von Honorarforderungen in der Rechtsprechung.....	67
a) Honorarforderungen von Ärzten bzw. Zahnärzten.....	68
b) Uneinheitliche Rechtsprechung bei Honorarforderungen von Tierärzten	71
c) Honorarforderungen von Rechts- und Patentanwälten.....	72
d) Honorarforderungen von Steuerberatern und von Wirtschaftsprüfern	75
e) Honorarforderungen von Verfahrenspflegern	76
3. Abtretung von Honorarforderungen in der Literatur	76
4. Stellungnahme.....	78
II. Das Abtretungsverbot wegen eines Verstoßes gegen sonstige gesetzliche Bestimmungen im brasilianischen Recht.....	78
1. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Art. 166 CC und die Folgen für eine Abtretung.....	79
2. Verstoß gegen ein Verbotsgesetz - Tatbestand des Art. 166 Abs. 7 CC	79
3. Gesetzeswidriger Zweck – Tatbestand des Art. 166 Abs. 2 Alt. 1 CC.....	80
4. Umgehung zwingender gesetzlicher Normen – Tatbestand des Art. 166 Abs. 6 CC	80
5. Die Abtretung von Honorarforderungen im brasilianischen Recht	81
III. Rechtsvergleich mit dem brasilianischen Recht	83
4. Kapitel – Rechtsfolgen einer Verletzung des Bankgeheimnisses bei der Abtretung von Forderungen im deutschen und brasilianischen Recht.....	84
A. Abtretung ins Leere ? - Diskussion um das Abtretungsverbot im deutschen Recht.....	84
I. Die uneinheitliche Bewertung in der Rechtsprechung	84
1. Unwirksamkeit der Abtretung – das Urteil des OLG Frankfurt vom 25.5.2004.....	84

2. Die Reaktion von zwei Landgerichten – LG Koblenz und LG Frankfurt.....	86
a) Entscheidung des LG Frankfurt vom 17.12.2004.....	86
b) Entscheidung des LG Koblenz vom 25.11.2004.....	87
3. Die Entscheidung zweier Oberlandesgerichte	89
a) Entscheidung des OLG Köln vom 15.9.2005.....	89
b) Die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 13.12.2005	90
4. Das Urteil des BGH vom 27.2.2007	91
5. Der Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11.7.2007.....	93
6. Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung nach dem Urteil des BGH vom 27.2.2007 – Beschluss des LG Fürth vom 15.2.2008 ..	94
II. Die Positionierung in der Literatur.....	94
1. Die herrschende Meinung	94
2. Der neue Ansatz von <i>Schwintowski/Schantz</i>	95
III. Stellungnahme.....	97
1. Methodische Überlegung: Vergleichbarkeit zur Verschwiegenheitspflicht bestimmter Berufsgruppen.....	97
2. Das Bankgeheimnis als Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB.....	98
3. Abtretungsverbot wegen Inhaltsänderung gemäß § 399 Alt. 1 BGB	98
4. Stillschweigende Vereinbarung eines Abtretungsverbots gemäß § 399 Alt. 2 BGB.....	99
5. Ausnahmen aufgrund vertragswidrigen Verhaltens des Darlehensnehmers.....	100
6. Abtretung als berechtigtes Interesse der Kreditwirtschaft.....	101
B. Die Diskussion um das Abtretungsverbot als Folge des Verstoßes gegen das Bankgeheimnis im brasilianischen Recht	103
I. Abtretung der Darlehensforderung ins Leere aufgrund Art. 286 Alt. 1 CC?	103
1. Diskussion in der Literatur.....	104
2. Stellungnahme	105
II. Abtretung ins Leere aufgrund von Art. 286 Alt. 2 CC i.V.m. 154 CP	106
1. Art. 154 CP als gesetzliche Bestimmung des Art. 286 Alt. 2 CC	106
2. Verstoß gegen das Bankgeheimnis als Anwendungsfall des Art. 154 CP.....	108
3. Stellungnahme und Zwischenergebnis	108
III. Nichtigkeit gemäß Art. 166 Abs. 7 i.V.m. 154 CP bzw. aus Gesetz Nr. 105/2001	109
C. Mögliche weitere Konsequenzen einer Abtretung der Darlehensforderung.....	109
I. Anspruchsgrundlagen im deutschen Recht	109

1. Anspruch auf vertraglichen Schadensersatz gemäß § 280	
Abs. 1 BGB	109
a) Die Frage der Pflichtverletzung	110
b) Problem des Schadensnachweises	111
2. Anspruch auf Schadensersatz aus Deliktsrecht	112
a) Anspruchsgrundlage gemäß § 823 Abs. 1 BGB	112
b) Anspruchsgrundlage § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz	114
c) Anspruchsgrundlage § 824 BGB	115
d) Anspruchsgrundlage § 826 BGB	115
3. Das Recht zur Kündigung für den Darlehensnehmer	116
4. Unterlassungsanspruch	116
II. Anspruchsgrundlagen im brasilianischen Recht	117
1. Anspruch auf Schadensersatz – die Frage der Pflichtverletzung..	117
a) Veräußerung der Forderung mit Einwilligung des Darlehensnehmers	117
b) Erlaubte Fälle der Datenweitergabe	118
c) Sonderfall: Datenweitergabe an ein anderes Kreditinstitut	119
d) Abtretung und Datenweitergabe an eine Zweckgesellschaft ...	120
e) Die Frage des Schadens	120
f) Stellungnahme	123
2. Kündigungsrecht für den Darlehensnehmer	124
3. Unterlassungsanspruch	125
III. Rechtsvergleich mit dem brasilianischen Recht	125
D. Aufsichtsrechtliche Sonderbestimmungen für die Abtretung von Bankdarlehensforderungen	126
I. Sonderbestimmungen im deutschen Recht	126
II. Sonderbestimmungen im brasilianischen Recht	127
III. Rechtsvergleich mit dem brasilianischen Recht und Zusammenfassung	128
E. Das Amtsgeheimnis als Spezialfall des Bankgeheimnisses bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten	129
I. Das Amtsgeheimnis in Deutschland und seine Auswirkungen auf die Abtretung von Darlehensforderungen	129
1. Die Haltung der Rechtsprechung	129
a) Das Urteil des OLG Schleswig vom 18.10.2007	180
b) Das Urteil des BGH vom 27.10.2009	181
2. Die Haltung der Literatur und eigene Stellungnahme	131
II. Das Amtsgeheimnis in Brasilien und seine Auswirkungen auf die Abtretung von Darlehensforderungen	131
III. Rechtsvergleich mit dem brasilianischen Recht und Zusammenfassung	132

5. Kapitel – Grenzüberschreitende Forderungsabtretung im deutschen und brasilianischen Recht – Internationalprivatrechtliche Fragen.....	134
A. Internationales Privatrecht der Forderungsabtretung.....	134
I. Das anzuwendende Recht bei der Forderungszeession mit Auslandsberührung in Deutschland	135
1. Das auf den Verpflichtungsvertrag zur Abtretung der Forderung anzuwendende Recht.....	135
2. Grenzüberschreitende Abtretung und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis zum Schuldner	135
a) Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Forderungsübertragung, insbesondere die Übertragbarkeit der Forderung	136
b) Sachnormverweisung.....	139
c) Das auf das Verhältnis zwischen neuem Gläubiger und Schuldner anzuwendende Recht	139
d) Das anzuwendende Recht auf die Wirkungen gegenüber dem Schuldner.....	140
e) Die Frage der befreienden Wirkung einer Leistung durch den Schuldner.....	140
3. Zwischenergebnis – Standard des Schuldnerschutzes.....	141
4. Die Abtretung im zukünftigen Kollisionsrecht der Europäischen Union.....	141
II. Das anzuwendende Recht bei der Forderungszeession mit Auslandsberührung in Brasilien.....	142
1. Das auf die Verpflichtung zur Abtretung der Forderung anzuwendende Recht.....	142
a) Das autonome Kollisionsrecht Brasiliens.....	142
b) Fragen der Rechtswahl	144
c) Verweisungen	145
d) Das auf die Abtretung anzuwendende Recht	146
e) Schuldnerschutz	146
III. Rechtsvergleich mit dem brasilianischen Recht	147
B. Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen	148
I. Die UNIDROIT Convention on International Factoring	148
1. Anwendungsbereich.....	149
a) Sachlicher Anwendungsbereich.....	149
b) Räumlicher Anwendungsbereich.....	150
2. Anwendbarkeit der Konvention auf die Verbriefung	150
a) sachliche Anwendbarkeit auf die Verbriefung	150
b) Die räumliche Anwendbarkeit auf die Verbriefung	152
3. Der Schuldnerschutz im Rahmen des Abtretung unter der FactÜ	152
4. Ergebnis.....	153
II. Die United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade	154

1. Anwendungsbereich	154
a) Sachlicher Anwendungsbereich.....	154
b) Räumlicher Anwendungsbereich.....	155
c) Die Verbriefung mittels ABS	156
d) Schuldnerschutz im Rahmen der CARIT	156
2. Materiellrechtliche Bestimmungen	156
a) Abtretungsverbote.....	156
b) Der Schuldnerschutz.....	157
3. Ergebnis.....	158
C. Rechtsvergleich und Zusammenfassung	159
6. Kapitel: Reformansätze im Hinblick auf den Standard des Schuldnerschutzes in Deutschland und Brasilien bei Abtretung von Darlehensforderungen	160
A. Die Frage des angemessenen Schuldnerschutzes bei Darlehensforderungsverkäufen in Deutschland.....	161
I. Die Reformdiskussion in Deutschland	161
1. Lösungsoptionen im Bereich der Rechtsgestaltung.....	161
2. Erste Reaktion des Gesetzgebers: Das Refinanzierungsregister ..	161
a) Die Regelung des § 22d Abs. 4 KWG	162
b) Stellungnahme	163
3. Die Vorschläge des ursprünglichen Regierungsentwurfs und die rechtspolitische Kritik	163
a) Keine Änderung am Grundsatz der Abtretbarkeit von Darlehen	165
b) Pflicht der Banken für ein Angebot nicht abtretbarer Darlehen	165
c) Reform des § 354a HGB – nicht abtretbare Unternehmenskredite.....	166
d) Informatorische Verpflichtungen im Hinblick auf Folgeangebot oder Hinweis auf Nichtverlängerung des Vertrags	166
e) Kündigungsschutz bei Immobiliendarlehen – weitergehende Forderungen von <i>Reifner</i>	167
f) Sonderkündigungsrecht ohne Vorfälligkeitsentschädigung	168
g) Verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren Urkunde.....	168
4. Die Vorschläge des Freistaats Bayerns für ein Kreditnehmerschutzgesetz	169
II. Die Lösungen des Risikobegrenzungsgesetzes	170
1. Keine formularmäßige Übernahme des Darlehensvertrags im nicht gewerblichen Bereich.....	171
2. Hinweispflichten bei Verbraucherdarlehensverträgen	171
a) Möglichkeit eines Wechsels des Gläubigers	171

b) Ablauf von Zinsbindungsperioden bzw. der Vertrags- laufzeit.....	172
c) Informationsverpflichtung bei Wechsel in der Gläubiger- stellung.....	174
3. Kündigungsschutz.....	175
4. Kein gutgläubiger einredefreier Erwerb von Sicherungsgrundschulden – Mitlauf des Sicherungsvertrags.....	176
5. Kündigung des Grundschuldkapitals der Sicherungs- grundschuld.....	176
6. Einstellung der Zwangsvollstreckung.....	177
7. Verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch bei rechtswidriger Vollstreckung.....	177
8. Abtretungsverbote im kaufmännischen Verkehr.....	177
a) Auswirkungen auf Verbriefungstransaktionen mittels Refinanzierungsregister.....	178
b) Abtretbarkeit von Sparkassenforderungen.....	178
III. Zusammenfassung und Stellungnahme hinsichtlich des Schuldnerschutzstandards.....	179
B. Spezifischer Schuldnerschutz im brasilianischen Recht bei Forderungsverkäufen vor dem Hintergrund der Reform- diskussion.....	182
I. Differenzierung zwischen Verbraucherschutz und Schuldner- schutz.....	182
1. Allgemeine verbraucherschutzrechtliche Vorgaben und Begriffe.....	183
a) Definition des Verbrauchers – Abgrenzung des Schutzbereichs.....	183
b) Definition des Lieferanten und der Dienstleistung.....	185
c) Anwendbarkeit des Verbraucherschutzgesetzes auf Bankgeschäfte.....	186
II. Schutzstandard unter dem Verbraucherschutzgesetz bei Verbraucherdarlehensverträgen.....	187
1. Informationspflicht über die Abtretbarkeit wegen Qualifizierung als Allgemeine Geschäftsbedingung?.....	187
2. Spezifische Informationspflichten gemäß Art. 52 CDC auch im Fall der Abtretung?.....	189
3. Verbraucherschutz im Rahmen der Abtretung von Darlehensforderungen.....	190
4. Verbraucherschutz und das Gesetz Nr. 9.514/97 über die Verbriefung vom Immobiliendarlehen.....	191
C. Rechtsvergleich mit dem brasilianischen Recht und Zusammenfassung.....	192
7. Kapitel: Rechtsvergleichung und Bewertung mit Ausblick.....	193

A. Ergebnisse der Rechtsvergleichung	193
I. Darlehensforderungsverkäufe als sinnvolles Element der Risiko- und Liquiditätssteuerung für Kreditinstitute	193
II. Rechtsrahmen des Abtretungsrechts – Forderungen als fungibler Vermögensgegenstand	193
III. Inhalt und Umfang des Bankgeheimnisses und seine Ein- ordnung im Verhältnis zu anderen Berufsgeheimnissen	194
IV. Wirksame Abtretung von Darlehensforderungen und die Frage der Vereinbarkeit mit dem Bankgeheimnis	195
V. Verstoß gegen das Bankgeheimnis und sonstige zivilrechtliche Sanktionen	195
VI. Angemessener Schuldnerschutz als Lösung – Der Ansatz des deutschen Gesetzgebers	196
VII. Die grenzüberschreitende Forderungsabtretung – Kollisionsrechtliche Aspekte	197
B. Ausblick auf die weitere Entwicklung der Rechtsharmonisierung im Hinblick auf den Schuldnerschutz bei Darlehensverkäufen	197
Literaturverzeichnis	199