

## **Problemkreditbetreuung: Besonderheiten für Genossenschaftsbanken und Sparkassen**

---

Genossenschaften sind zur aktiven Förderung jedes Mitglieds und zu deren Gleichbehandlung verpflichtet, woraus sich hinsichtlich der Betreuung und Abwicklung von an Mitglieder gewährten Problemkrediten weitgehende Rücksichtnahme- und Leistungspflichten ergeben. Im Gegensatz zu anderen Privatbanken müssen sich Genossenschaftsbanken gegenüber ihren Mitgliedern für die Dauer des Kreditverhältnisses auf die Minimierung der Kreditrisikokosten beschränken und auch danach die Interessen ihres Mitglieds wahren. Sie sind unter engen Voraussetzungen zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des betroffenen Mitglieds durch Forderungsverzichte oder Stundungen verpflichtet.

Sparkassen haben den Auftrag, eine angemessene und ausreichende Versorgung aller Personen mit Krediten und anderen Bankdienstleistungen sicherzustellen und den Wettbewerb auf „Grundlage der Markt- und Wettbewerbserfordernisse“ stärken. Sie sind bei der Erfüllung ihres Auftrags als öffentlich-rechtliche Institute unmittelbar an die Grundrechte, insbesondere das Willkür- und Übermaßverbot und die Gewährung rechtlichen Gehörs gebunden. Sie müssen ihr Verhalten an der tatsächlichen Verringerung der Kreditrisiken und der materiellen Gleichbehandlung aller Kunden ausrichten, aber auch erhebliche Nachteile für den Schuldner vermeiden, soweit dies für sie nur mit geringen Nachteilen verbunden ist.

---

### **I. Einführung**

Mit der Neufassung der Baseler Eigenkapitalvereinbarung von 1988 (Basel II) bewerten Banken bestehende Kreditengagements risikosensitiver<sup>1</sup>. Sparkassen sind darüber hinaus vom Wegfall der Gewährträgerhaftung zum 18.7.2005<sup>2</sup> betroffen. Die Betreuung und Abwicklung Not leidender Kredite gewinnt auch durch die jüngsten Verschärfungen der Eigenkapitalanforderungen für Banken als Folge der Finanzkrise 2008 an Bedeutung. Die individuelle und situationsadäquate Problemkreditbehandlung wird zunehmend als eigenständige Aufgabe begriffen, die sich an übergeordneten Unternehmenszielen orientiert.<sup>3</sup> Dabei ist vorrangiges Ziel die Minimierung notwendiger Einzelwertberichtigungen und Risikovorsorge durch Verringerung der jeweiligen Kreditrisiken.<sup>4</sup>

Not leidende Kredite sind aber nicht nur ein Problem betroffener Kreditgeber, sondern auch betroffener Kreditnehmer. Unternehmerisch tätige Schuldner verlieren im Rahmen der Abwicklung problematischer Kreditbeziehungen oft die Basis ihrer wirtschaftlichen Existenz und die

- 
- Dr. Ludolf von Usslar ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Usslar.co und war jahrelang geschäftsführender Gesellschafter der Dr. Stange + Co Nachf.

<sup>1</sup> Vgl. Deutsche Bundesbank, Neue Eigenkapitalanforderungen für Kreditinstitute (Basel II), in: Monatsbericht September 2004, 57. Jg., Nr. 9, Frankfurt a.M. 2005.

<sup>2</sup> Vgl. Deutscher Sparkassen- und Giroverband, e.V., Fakten, Analysen, Positionen, Nr.16, Für die Kunden der Sparkassen ändert sich nichts – Informationen zur Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, Berlin 2005.

<sup>3</sup> Vgl. KPMG Deutsche Treuhandgesellschaft AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Financial Advisory Services: Restructuring Renewal Strategy – Kreditinstitute und Unternehmensrestrukturierungen, Berlin 1999, S. 10.

<sup>4</sup> Singer, Jürgen/ KPMG Deutsche Treuhandgesellschaft AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Corporate Restructuring, Kreditinstitute und Unternehmenskrisen – Ergebnisse der Umfrage 2002, Berlin/Leipzig, Oktober 2002, S. 15: Ziel von 93 % der befragten Kreditinstitute.

Möglichkeit, eine neue aufzubauen, obwohl ihre Erfolgsaussichten nach einer Untersuchung der Boston Consulting Group deutlich höher als die von Erst-Gründern sind<sup>5</sup>. Außerdem sind mehr als zwei Millionen deutscher Haushalte überschuldet<sup>6</sup>, d. h. sie können weder Kapitaldienst leisten noch ihre regelmäßigen Ausgaben decken.<sup>7</sup>

Die Volks- und Raiffeisenbanken betreuen mehr als 18 Mio. Mitglieder<sup>8</sup>. Sie sind gem. § 1 GenG verpflichtet, die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder zu fördern<sup>9</sup> und nicht den eigenen Gewinn, sondern uneigennützig<sup>10</sup> den wirtschaftlichen Erfolg ihrer Mitglieder, auch als „Member-Value“ bezeichnet, zu maximieren.<sup>11</sup> Erfüllen sie erkennbar diesen Zweck nicht, können sie gem. § 81 (1) Alt.2 GenG auf Antrag der obersten Landesbehörde aufgelöst werden.

Manche Genossenschaftsbanken vertreten die Auffassung, dass der Förderauftrag ein historisches Relikt sei, und Genossenschaftsbanken am Markt wie beliebige Privatbanken aufträten und deshalb auch keinen weitergehenden Pflichten als andere Geschäftsbanken hätten. Dem tritt das Bundesverfassungsgericht<sup>12</sup> entschieden entgegen und hält fest, dass die Erfüllung des zugunsten der Mitglieder bestehenden Förderzwecks gemäß § 1 Abs. 1 GenG sicherzustellen und im Rahmen der Geschäftsführungsprüfung zu kontrollieren ist, gerade auch, wenn die Genossenschaft wirtschaftlich auch im Verhältnis zu Nichtmitgliedern wie eine beliebige nicht-genossenschaftliche Bank tätig wird.

Der Förderauftrag umfasst nicht nur die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf jeden Genossen, sondern auch dessen aktive wirtschaftliche Förderung<sup>13</sup> und findet seine Grenzen erst in den Erfordernissen der Genossenschaft als Selbsthilfeorganisation im Ganzen<sup>14</sup>. Genossenschaftsbanken haben demnach ihr Verhalten an der bestmöglichen Förderung jeden Mitglieds, also auch solchen, die Kreditnehmer Not leidender Kredite sind, unter der Nebenbedingung der Erzielung eines

---

<sup>5</sup> Dazu ausführlich The Boston Consulting Group: Die Kraft des Phoenix befreien, Pressemitteilung, München 06.06.2001.

<sup>6</sup> Vgl. Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung:, 5. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung, - Entwurf- Berlin 13.12.2016, S. 476 ff.

<sup>7</sup> Vgl. dazu Korczak, D.: Definitionen der Verschuldung und Überschuldung im europäischen Raum, Literaturrecherche im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, München 2003. Der Begriff der Überschuldung von Privathaushalten basiert nicht auf einem Haben-Soll-Vergleich entsprechend der Definition der deutschen Insolvenzordnung, sondern eher der Definition von Zahlungsunfähigkeit.

<sup>8</sup> Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V, Geschäftsergebnis 2016, Berlin 24.3.2017 unter: <https://www.vr.de/privatkunden/news/geschaeftergebnis.html>

<sup>9</sup> BT-Drs. 14/6456 vom 27.06.200, S. 15

<sup>10</sup> Vgl. Bonus, H./Greve, R.: Mitglieder gewinnen, pflegen, fördern, Zukunftschancen für Genossenschaftsbanken, in: Genossenschaftsverband Bayern e. V. (Hrsg.), Genossenschaften: Leitbilder und Perspektiven, München 1996, S. 286 ff.: Bestandteil des sog. modernen Förderauftrags.

<sup>11</sup> Vgl. Vincenz, P.: Die Genossenschaft im Dienste ihrer Mitglieder, Beilage zur internen Publikation „Market Info“ der Raiffeisenbanken Schweiz, St. Gallen 2002, S. 7 f.; Schröder, J.: Der moderne Förderauftrag im Gründungsgeschäft der Kreditgenossenschaften: Herleitung, Funktion und Möglichkeiten der Umsetzung, Münster 1997, S. 121 f.

<sup>12</sup> BVerfG Lexetius.com/2001/2/69, Beschluss vom 19. 1. 2001 - 1 BvR 1759/ 91 Rnrn.30,34

<sup>13</sup> Vgl. Bänsch, A./Ringle, G.: Genossenschaftliche Betriebswirtschaften im Ökonomisierungsprozess, Hamburg 1974, S. 13; Hahn, O.: Die Unternehmensphilosophie einer Genossenschaftsbank, Tübingen 1980, S. 19; Grosskopf, W.: Strukturfragen der deutschen Genossenschaften, Teil I, Frankfurt/M. 1990, S. 26, mit Darstellung abweichender Interpretationen des Förderauftrags.

<sup>14</sup> Vgl. PSD Bank Frankfurt am Main eG: Bericht über das Geschäftsjahr, Eschborn 2004, S. 37.

für die dauerhafte Zweckerfüllung notwendigen und hinreichenden Gewinns auszurichten. Jeder darüber hinaus gehende Gewinn stiftet für die Mitglieder als Träger und Inhaber der Genossenschaft keinen Nutzen, weil sie von etwaigen Wertmehrungen des Genossenschaftsvermögens mangels Beteiligung an selbigem (§ 73 (2) Satz 3 GenG) nicht profitieren.

Sparkassen sind per Gesetz volkswirtschaftliche und soziale Aufgaben zugewiesen<sup>15</sup> und im Mittelpunkt ihrer Tätigkeit steht die Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags<sup>16</sup>. So sollen sie in ihrem Geschäftsgebiet den Wettbewerb „auf Grundlage der Markt- und Wettbewerbserfordernisse“ stärken<sup>17</sup> und eine angemessene und ausreichende Versorgung aller Bevölkerungskreise mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen sicherzustellen<sup>18</sup>, insbesondere die privaten Kreditbedürfnisse ausreichend und zu angemessenen Konditionen<sup>19</sup> befriedigen<sup>20</sup>.

Sparkassen und andere in der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt tätigen Kreditinstitute sind als Teil staatlichen Handelns<sup>21</sup> anders als private Banken auch bei materiell privatem Recht unterliegenden Rechtsgeschäften an die verfassungsgemäßen Grundrechte gebunden<sup>22</sup>. Sie müssen insbesondere das Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 GG) mit dem daraus entnommenen Willkürverbot<sup>23</sup> und des Übermaßverbot als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit<sup>24</sup> sowie die Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs.1 GG) beachten. Privatautonome Willkür, wie sie Private besitzen, steht dem Staat nicht zu. Dies gilt auch für Bereiche, in denen der Staat selbst zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben privatrechtlich handelt. Das Willkürverbot als niedrigste Stufe öffentlich-rechtlicher Bindung ist deshalb auch auf privatrechtlich gestaltete Kreditverhältnisse anwendbar<sup>25</sup>, stellt aber keinen eigenständig durchsetzbaren Anspruch dar. Das

---

<sup>15</sup> Vgl. Hessisches Sparkassengesetz, in der Fassung vom 24.2.1991, § 2; Niedersächsisches Sparkassengesetz v. 14.12.2004, § 4 (1); Sparkassengesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern v. 26.7.1994, § 2 (1); Sparkassengesetz für das Land Schleswig-Holstein, in der Fassung v. 9.2.2005, § 2.

<sup>16</sup> Vgl. Sparkassengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, in der Fassung v. 10.9.2004, § 3 (3); Sparkassengesetz des Freistaats Sachsen v. 3.5.1999, § 2 (3); Sparkassengesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Fn. 15), § 2 (3);.

<sup>17</sup> Niedersächsisches Sparkassengesetz (Fn. 15), § 4 (1); Sparkassengesetz für Baden-Württemberg, in der Fassung v. 1.4.2003, § 6 (1); Sparkassengesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Fn. 15), § 2 (1); Sparkassengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (Fn. 16), § 3 (2); Sparkassengesetz für das Land Schleswig-Holstein (Fn. 15), § 2.

<sup>18</sup> Vgl. Niedersächsisches Sparkassengesetz (Fn. 15), § 4 (1); Sparkassengesetz für Baden-Württemberg (Fn. 17), § 6; Sparkassengesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Fn. 15), § 2; Sparkassengesetz für Rheinland-Pfalz, in der Fassung v. 22.12.2004, § 2 (1); Sparkassengesetz für das Land Schleswig-Holstein (Fn. 15), § 2; Sparkassengesetz des Freistaats Sachsen (Fn. 16), § 2 (1);.

<sup>19</sup> Vgl. Sparkassengesetz für Baden-Württemberg (Fn. 17), § 6 (1) Satz 1.

<sup>20</sup> Vgl. Sparkassengesetz für Baden-Württemberg (Fn. 17), § 6; Sparkassengesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Fn. 15), § 2.

<sup>21</sup> Vgl. Forstthoff E., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, München 1973, S. 478 f., 493 ff.

<sup>22</sup> Vgl. BGH – Az.: XI ZR 403/01 – Urteil v. 11.3.2003; BGH – Az.: XI ZR 195/02 – Urteil v. 17.6.2003.

<sup>23</sup> Dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 3 I GG entnommen, vgl. BGH – Az.: XI ZR 397/02 – Urteil v. 2.12.2003.

<sup>24</sup> BGH – Az.: XI ZR 195/02 m.w.N. – Urteil v. 17.6.2003.

<sup>25</sup> Vgl. BGH NJW 1977, 628, 629 f.; BGHZ 97, 312, 317.

Willkürverbot ist verletzt, wenn sich weder aus der Verfassung noch aus Normen, die den öffentlichen Auftrag der Bank beschreiben, ein vernünftiger, also sachgerechter Grund für eine Maßnahme finden lässt<sup>26</sup>.

Damit stellt sich die Frage, inwieweit diese besonderen Aufgaben bzw. Verpflichtungen von Genossenschaftsbanken und Sparkassen sich jeweils auf deren Problemkreditbetreuung und das Rechtsverhältnis zwischen Kreditgeber und Genossenschaftsmitglied bzw. Sparkassenkunde auswirkt

## **II. Der Förderauftrag der Genossenschaftsbanken und seine Konsequenzen**

### **A) Rechtliche Grundlagen**

Das Rechtsverhältnis zwischen Genossenschaft und Mitglied richtet sich gem. § 18 GenG nach der Satzung. Die Satzung als Bestandteil der Eintragung<sup>27</sup> und somit Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit<sup>28</sup> der Genossenschaft ist aus Gründen der Verkehrssicherheit<sup>29</sup> nach dem objektiven Erklärungsinhalt auszulegen<sup>30</sup> und einer subjektiven Interpretation entzogen.

Die Satzungen der Volks- und Raiffeisenbanken<sup>31</sup> enthalten in § 2 Abs. 2 lit. c als Geschäftszweck u. a. die Gewährung von Krediten,<sup>32</sup> deren Vergabe an Mitglieder somit Gegenstand und Mittel zur Erfüllung des übergeordneten Förderauftrags ist. § 11 begründet nicht nur einen Förderauftrag an die Bank, sondern auch ausdrücklich einen Anspruch jeden Mitglieds auf Teilhabe an den genossenschaftlichen Leistungen,<sup>33</sup> der auch den Zugang zu Krediten der Genossenschaft umfasst. Dieser Anspruch wird allerdings durch die in § 12 den Mitgliedern auferlegten Treuepflichten<sup>34</sup> dahingehend eingeschränkt, dass diese das Interesse der Genossenschaft zu wahren verpflichtet sind. Aus dem Förderauftrag gegenüber dem jeweiligen Mitglied einerseits und der Verpflichtung, allen Mitgliedern Zugang zu den Leistungen der Genossenschaft zu gewähren, andererseits ergibt sich das Gebot, alle Mitglieder gleich zu behandeln, aber auch die Interessen des einzelnen gegenüber denen aller anderen Mitglieder abzuwägen. Damit ist weder eine willkürliche noch eine unverhältnismäßige Behandlung einzelner Mitglieder vereinbar.

---

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 55, 72, 89 f.; 78, 232, 248.

<sup>27</sup> Vgl. §§ 10 I, 11 II GenG.

<sup>28</sup> Vgl. §§ 13, 17 GenG.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 64 II 281; 96 II 273 für juristische Personen, die ins Handelsregister eingetragen werden.

<sup>30</sup> Vgl. BGHZ 14, 25, 36 f.; 38, 155, 161; 1974, 107.

<sup>31</sup> Alle Satzungen von Volks- und Raiffeisenbanken basieren auf Vorgaben des Bundesverbands der deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken.

<sup>32</sup> Z. B. Volksbank Börde-Bernburg eG, Satzung der Volksbank Börde-Bernburg eG, Bernburg, in der Fassung vom 18.12.2001, Volksbank Kirchheim-Nürtingen eG, Satzung, Nürtingen vom 14.5.2002, jeweils § 2 (2) c.

<sup>33</sup> Z. B. Volksbank Börde-Bernburg eG (Fn. 21), Volksbank Kirchheim-Nürtingen eG (Fn. 21), jeweils § 11.

<sup>34</sup> Z. B. Volksbank Börde-Bernburg eG (Fn. 21), Volksbank Kirchheim-Nürtingen eG (Fn. 21), jeweils § 12.

Kredite an Genossen werden in Erfüllung deren Anspruchs auf Teilhabe an den genossenschaftlichen Leistungen gewährt und sind demzufolge von der genossenschaftlichen Beziehung zwischen Bank und Kreditnehmer überlagert.<sup>35</sup> Genossenschaften dürfen und können sich ihren genossenschaftlichen Pflichten nicht entziehen.<sup>36</sup> Regelt der Kreditvertrag die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien nicht abschließend oder sind einzelne Bestimmungen auslegungsbedürftig bzw. mit dem genossenschaftlichen Förderauftrag unvereinbar, kommen die Regelungen in Satzung und Genossenschaftsgesetz zur Anwendung. Kreditnehmer, die gleichzeitig Genossen sind, können sich direkt auf dem in § 11 der Satzung enthaltenen Förderanspruch beziehen oder bei Verletzung sich aus dem Förderauftrag ergebender Pflichten auch gem. Nrn. 16(2), Satz 1, 17(1), 13(2), Satz 2 i. V. m. 3(1) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>37</sup> Leistungs- oder Schadensersatzansprüche geltend machen.

## **B) Auswirkungen auf Betreuung und Abwicklung von Problemkrediten**

### **1. Zielsetzungen**

Banken verfolgen mit der Betreuung und Abwicklung von Problemkrediten das Ziel, etwaige Ausfälle bzw. Verluste zu vermeiden oder zumindest zu verringern. Genossenschaftsbanken müssen dabei den ihnen auferlegten „Förderauftrag“ berücksichtigen, der auch die langfristige Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des betroffenen Mitglieds umfasst,<sup>38</sup> und dürfen deshalb keine Maßnahmen zu Lasten des Mitglieds ergreifen, die den diesem durch Kreditvergabe in Erfüllung des Förderauftrags gewährten Vorteil schmälern. Der Vorteil besteht nicht nur in der Überlassung des Geldwerts, sondern auch im übernommenen Kreditausfallrisiko und des unter Berücksichtigung dieses Risikos vereinbarten Zinses. Demzufolge dürfen Genossenschaftsbanken, soweit es sich um mit Mitgliedern bestehende Kreditverhältnisse handelt, nur die sog. Kreditrisikokosten (UL)<sup>39</sup> als Kosten der Abweichung des erwarteten effektiven Verlusts über den bei Kreditvergabe kalkulierten Verlust minimieren.

Nach Beendigung eines Kreditverhältnisses streben alle Banken die höchstmögliche Rückführung der ausgereichten Kredite (Recovery Rate) an.<sup>40</sup> Dies gilt auch für Genossenschaftsbanken, **weil einerseits mit Beendigung des Kreditverhältnisses der dem Mitglied gewährte Vorteil entfällt und andererseits, weil ein Verzicht auf die maximal mögliche Rückführung das bei zukünftigen**

---

<sup>35</sup> Vgl. RGZ 91, 335.

<sup>36</sup> Vgl. Hettrich, E./Pöhlmann, P./Gräser, B./Röhrich, R.: Kommentar zu dem Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und zu umwandlungsrechtlichen Vorschriften für Genossenschaften, 2. Aufl., München 2001, § 18 Rn. 26; Burger, S./Untenberger, F.-J.: Asset Securitisation, Die Verbriefung bankeigener Forderungen als neue Herausforderung für Genossenschaftsbanken, in: Disch, W. (Hrsg.), Berufsakademie Villingen-Schwenningen, Fachrichtung Banken und Bausparkassen, Diskussionsbeiträge Nr. 02/04, Villingen-Schwenningen 2004, S. 26.

<sup>37</sup> Bundesverband deutscher Banken e. V.: Muster der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken zwischen Kunde und Bank, Berlin, Stand 1.4.2002.

<sup>38</sup> Vgl. Mändle, E.: Raiffeisengrundsätze, in: Mändle, E./Swoboda, W. (Hrsg.), Genossenschaftslexikon, S. 537 ff., Wiesbaden 1992, S. 538.

<sup>39</sup> Geiger, H.: Banking: Kredit- und Einlagengeschäft, Kreditrisikomanagement I: Einzelgeschäftsbetrachtung, Skript zur Vorlesung im Wintersemester 2002/03 am Institut für schweizerisches Bankwesen der Universität Zürich, Zürich 2002, S. 5, Definition der Kreditrisikokosten UL.

<sup>40</sup> Vgl. Singer, J./KPMG (Fn. 1), S. 25: für 51 % Erfolgskriterium der Problemkreditbetreuung.

Kreditvergaben an andere Mitglieder zu berücksichtigende Ausfallrisiko erhöhen würde. Das Ausfallrisiko ergibt sich aus der auf Basis historischer Daten errechneten durchschnittlichen Ausfallwahrscheinlichkeit<sup>41</sup>. Ein höheres Ausfallrisiko würde also bedeuten, dass andere Mitglieder dann zukünftig höhere Zinsen bezahlen müssten, was dem Ziel der wirtschaftlichen Förderung aller Mitglieder widerspräche.

## **2. Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners**

### **i. Wiederherstellung der Solvenz des Schuldners**

Der Förderauftrag umfasst, wie beschrieben, auch die langfristige Sicherung der wirtschaftlichen Existenz der einzelnen Mitglieder. Eine Pflicht zur Wiederherstellung der Solvenz ist aber nur gegeben, wenn dies im Interesse des Schuldners ist, der dazu notwendige Aufwand ( $A_G$ ) nicht die Leistungs- und Förderfähigkeit der Bank gegenüber anderen Mitgliedern beeinträchtigt und die Art des Sanierungsbeitrags vom in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand<sup>42</sup> gedeckt ist.

Kapitalgesellschaften, aber auch andere Wohlstand maximierende Schuldner haben kein Interesse an der Wiederherstellung ihrer Solvenz, wenn sie unter Annahme der ganzen oder teilweisen Fortführung ihrer Tätigkeit und unter Berücksichtigung des möglichen Sanierungsbeitrags der Bank überschuldet sind<sup>43</sup>. Sind die Schuldner natürliche Personen, gilt dies nur, wenn der Barwert des nach vollständiger Liquidation des Schuldnervermögens, den Gläubigern unter Berücksichtigung einer etwaigen Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO) zustehenden Teils zukünftig erzielbarer Einnahmen geringer als die Überschuldung ist.

Die Leistungs- und Förderfähigkeit der Bank gegenüber anderen Genossen wird durch das Mitwirken der Bank an der Wiederherstellung der Solvenz des Schuldners nicht beeinträchtigt, wenn ihr erwarteter Anteil am Fortführungserfolg des Schuldners abzüglich des von ihr zu tragenden Aufwands ( $A_G$ ) das Kreditobligo oder den erwarteten Anteil am Liquidationserlös aus dem Schuldnervermögen zuzüglich den Erlösen aus der Verwertung externer Sicherheiten übersteigt. Der Sanierungsbeitrag hat in Erfüllung des Auftrags zur Förderung des Erwerbs und der Wirtschaft des Schuldners<sup>44</sup> auch über die Beseitigung der Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit hinauszugehen, soweit dies für die Fortführung von dessen Erwerbstätigkeit notwendig ist.

Die Übernahme unternehmerischer Risiken gehört hingegen nicht zu den typischen Bankgeschäften<sup>45</sup> und auch nicht zu den Aufgaben der Volks- und Raiffeisenbanken.<sup>46</sup> Aus dem Förder-

---

<sup>41</sup> Vgl. Behr, P./Güttler, A.: Die risikoadäquate Kalkulation der Fremdkapitalkosten für nicht öffentlich gehandelte Unternehmen, E-Finance Lab Working Paper Series der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt/M. und Technischen Universität Darmstadt in der Version vom 19.5.2003, Frankfurt/M./Darmstadt 2003, S. 5 ff.

<sup>42</sup> Z. B. Volksbank Börde-Bernburg eG (Fn. 21), Volksbank Kirchheim-Nürtingen eG (Fn. 21), jeweils § 2 (2).

<sup>43</sup> Kapitalgesellschaften sind dann zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet.

<sup>44</sup> Vgl. Schröder, J. (Fn. 13), S. 121 f.

<sup>45</sup> Vgl. §§ 1 I, 32 KWG.

<sup>46</sup> Vgl. Volksbank Börde-Bernburg eG (Fn. 21), Volksbank Kirchheim-Nürtingen eG (Fn. 21), jeweils § 2 (2).

auftrag ergibt sich daher keine Verpflichtung zur Teilnahme an Kapitalerhöhungen oder Umwandlung von Kreditforderungen in Eigen- bzw. Genussrechtskapital,<sup>47</sup> sondern allenfalls eine zu Forderungsverzichten mit Besserungsschein<sup>48</sup>, Stundungen bzw. Aussetzungen fälliger Zins- und Tilgungsleistungen oder der Freigabe von Sicherheiten zur Erlangung zusätzlicher Kredite. Eine Verpflichtung zur Gewährung von Überbrückungs- oder Sanierungskrediten besteht nicht, wenn die Bank zusätzliche Wagnisse eingehen muss, die über die typischerweise bei einer Kreditgewährung an einen kreditwürdigen Genossen übernommenen Risiken hinausgehen.<sup>49</sup>

Die Stundung bzw. Aussetzung fälliger Forderungen verursacht der Bank Opportunitätskosten, weil sie das gebundene Kapital nicht anderweitig verwenden kann, und zusätzliche Kreditrisikokosten, soweit das Ausfallrisiko ansteigt. Der Aufwand für die Freigabe von Sicherheiten wird von den meisten Gläubigern höher als der für Stundungen und Aussetzungen eingeschätzt.<sup>50</sup> Für Forderungsverzichte mit Besserungsschein ist der Aufwand hingegen eher schlecht abschätzbar, weil zwar die Höhe des Forderungsverzichts, nicht aber die der zukünftigen Einnahmen aus dem Besserungsschein feststeht.

## ii. Leistungsanspruch des Schuldners

Vorgenannte Voraussetzungen für die Leistung solcher Sanierungsbeiträge wird der Schuldner nur selten beweisen können.

Ist das Mitglied allerdings eine natürliche Person ohne nennenswerten Vermögenswert, deren weitere erfolgreiche Berufs- bzw. Erwerbstätigkeit geordnete Vermögensverhältnisse (z. B. Rechtsanwalt, Steuerberater)<sup>51</sup> oder zumindest Zahlungsfähigkeit<sup>52</sup> voraussetzt, und verfügt die Bank über keine werthaltigen Sicherheiten (mehr), wird ein Anspruch auf Forderungsverzicht oder Stundung regelmäßig zu bejahen sein.

Etwaige Rückführungen der Kreditforderungen können nämlich nur aus zukünftigen Einnahmen des Schuldners erfolgen, weshalb die Fortführung der Berufs- bzw. Erwerbstätigkeit des Schuldners auch im Interesse der Bank ist. Verliert der Schuldner hingegen seine Erwerbsgrundlage, kann er den Einkommensverlust in den wenigsten Fällen durch eine andere, unselbstständige Tätigkeit kompensieren. Außerdem wird er wegen Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit Insolvenz anmelden und die Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO) beantragen, womit die Ansprüche der Gläubiger auf den während der Wohlverhaltensphase von sechs Jahren pfändbaren Lohn und die Hälfte des aufgrund eines Erbrechts anfallenden Vermögenszuwachses beschränkt sind.

---

<sup>47</sup> Vgl. Lützenrath, C./Thiele, A. T.: Begleitung in der Krise – Finanzinstrumente zur Sanierung von Unternehmen, in: Kreditpraxis, Heft 4/2001, S. 21.

<sup>48</sup> Nur der Besserungsschein stellt die höchstmögliche Kreditrückführung sicher, und aufgrund der Berücksichtigung historischer Daten bei zukünftigen Kreditvergaben an andere Genossen auch, dass die von diesen zu entrichtenden Zinsen möglichst niedrig sind; vgl. auch Lützenrath, C./Thiele, A. T. (Fn. 36), S. 20.

<sup>49</sup> Vgl. Timm, W.: Sanierung von Unternehmen, Eine Untersuchung zur Rechtslage zwischen Krise und Insolvenz, Bonn 1984, S. 572 ff., 577 m. w. N.; Hopt, K. J.: Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbe-lassung und Sanierung von Unternehmen, in: ZHR 143 (1979), S. 142 ff. m. w. N.

<sup>50</sup> Singer, J./KPMG (Fn. 4), S. 19, wonach 96 % aller Kreditinstitute häufig zu Tilgungsaussetzungen und 94 % häufig zu Fristverlängerungen von Krediten, aber nur 2 % häufig zur Freigabe von Sicherheiten bereit sind.

<sup>51</sup> Rechtsanwalt gem. §§ 7 Nr. 9, 14 II Nr. 7 BRAO, Steuerberater gem. § 46 II Nr. 4 StBerG.

<sup>52</sup> Notwendige Voraussetzung für die meisten selbstständigen Erwerbstätigkeiten, da andernfalls die Gefahr besteht, dass sich der Schuldner wegen Eingehungsbetrug gem. § 246 StGB strafbar macht.

In den allermeisten Fällen erhalten Gläubiger nach Abzug der Verfahrenskosten gar keine Quote<sup>53</sup>, weil der Schuldner kein Interesse an über den Pfändungsfreibetrag hinausgehenden Einkünften aus unselbstständiger Tätigkeit hat.

Ein bedürftiges Mitglied hat Anspruch auf vorübergehende Aussetzung vereinbarter Tilgungsleistungen, wenn die Kreditrisikokosten (UL) nicht ansteigen. Diese steigen regelmäßig nicht an, wenn zu erwarten ist, dass sich die Leistungsfähigkeit des Schuldners mittelfristig verbessert, z.B. er nach vorübergehender Arbeitslosigkeit oder Krankheit wieder eine Erwerbstätigkeit ausüben oder ansonsten mittelfristig steigende Einnahmen erzielen kann, und keine Sicherheiten bestehen, von denen anzunehmen ist, dass die sie währenddessen an Wert verlieren.

Im Einzelfall können auf Zinsstundungen oder –verzichte beansprucht werden, wenn die damit verbundenen Opportunitätskosten geringer sind als jene, die durch eine andernfalls außerordentliche Kündigung oder Nicht-Prolongation oder/und zwangsweisen Eintreibung von Forderungen nebst etwaiger damit verbundener Ausfälle zu erwarten sind. Zu berücksichtigen sind dabei auch etwaige vom Schuldner angebotene Zusatzsicherheiten, bspw Bürgschaften von Angehörigen oder verbundenen Personen.

Besteht ein Anspruch des Mitglieds auf Aussetzung oder Verringerung des Kapitaldienstes und leistet das Mitglied weiterhin den ihm zumutbaren Kapitaldienst, liegt auch bei Zahlungsverzug kein wichtiger Kündigungsgrund i.S. Nr.19 (3) der AGB der Volksbanken und Raiffeisenbanken<sup>54</sup> vor, weil es der Bank unter Berücksichtigung der berechtigten Belange ihres Mitglieds zumutbar ist, die Geschäftsbeziehung bzw. das Kreditverhältnis fortzuführen. In Nr. 10.1 der AGB für Kredite und Darlehen<sup>55</sup> wird auf Nr. 19 (3) Bezug genommen. Nr. 10.3 enthält für den Fall des Zahlungsverzugs eine Spezialregelung, das nicht in allen sondern nur den aufgeführten Fällen eine Kündigung statthaft ist, womit aber nicht die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Kreditverhältnisses als Kündigungsvoraussetzung entfällt<sup>56</sup>.

### iii. Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Belange des Schuldners

Aus dem Genossenschaftsverhältnis ergibt sich neben der Verpflichtung zur aktiven Förderung der Mitglieder auch jene, auf deren Interessen Rücksicht zu nehmen und diese nicht willkürlich also grundlos zu schädigen.

Alle Mitglieder, auch solche, die ihre Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Bank nicht erfüllen können, haben ein elementares Interesse am bestmöglichen Erhalt ihrer Bonität. Negative Einträge in der SCHUFA oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen wie Lohnpfändungen und die Abgabe eidesstattlicher Versicherungen über die Vermögensverhältnisse gegenüber erschweren oder verunmöglichen dem Betroffenen die Aufnahme von Krediten und auch die Inanspruchnahme von wiederkehrenden Dienstleistungen und Warenlieferungen auf Rechnung.

---

<sup>53</sup> Verband der Vereine Creditreform e. V.: Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen – Jahr 2003, Eine Untersuchung der Creditreform Wirtschafts- und Konjunkturforschung, Neuss 2003, S. 21, Tab. 21.

<sup>54</sup> Deutscher Genossenschaftsverlag, Muster AGB 130240, Stand 11/15

<sup>55</sup> Deutscher Genossenschaftsverlag, Muster AGB 210260, Stand 11/16

<sup>56</sup> Vgl. Bunte H-J. AGB Banken und Sonderbedingungen, 3.A., 2011, RN 446 zu I Nr. 19



Insofern ist eine Genossenschaftsbank anders als rein gewinnorientierte Geschäftsbanken verpflichtet, bei der Weitergabe von Informationen über negatives Zahlungsverhalten eines Mitglieds in jedem Einzelfall das Interesse des Schuldners angemessen zu berücksichtigen und gegen die Interessen der Genossenschaft als Ganzes abzuwägen. Allerdings haben die Mitglieder regelmäßig mit Eröffnung eines Kontos oder dem Abschluss eines Kreditvertrags eingewilligt, dass Daten über Konten, Kredite und Bürgschaften übermittelt werden dürfen und insoweit auf die Wahrung des Bankgeheimnisses verzichtet. Grundsätzlich sind Banken dann auch zur Weitergabe von sog. „Negativdaten“ gem. § 28 (1), Satz 1 Nr.2 BDSG befugt, wenn ein berechtigtes Interesse besteht (vgl. BGH NJW 86, 46), also die Übermittlung personenbezogener Daten als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke erforderlich ist und kein Grund zur Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Begründet wird dies mit der Funktion der SCHUFA, im Interesse der allgemeinen Kreditwirtschaft ihren Vertragspartnern Informationen zu übermitteln, um sie vor Verlusten im Kreditgeschäft zu schützen. Gleichzeitig würde den Vertragspartnern die Möglichkeit gegeben, die Kunden durch Beratung vor einer übermäßigen Überschuldung zu bewahren. Somit diene das SCHUFA-Informationssystem sowohl den Interessen der Kreditinstitute, der kreditgebenden gewerblichen Wirtschaft als auch dem Interesse der Kreditnehmer<sup>57</sup>. Zulässig sind danach die Übermittlung von Konto- und Kreditkündigungen nebst Höhe der (Darlehens-)Forderung der Bank selbst dann, wenn die Wirksamkeit der Kündigung oder die Forderung vom Schuldner bestritten werden<sup>58</sup>.

Auf das Genossenschaftsbanken dürfte dies nicht ohne weiteres zu übertragen sein, weil deren Geschäftszweck eben primär die Förderung ihrer Mitglieder ist und das Interesse der Genossenschaft als Ganzes an bestmöglichem Schutze vor Verlusten nicht per se Vorrang vor dem Interesse des betroffenen Mitglieds an bestmöglicher Bonität hat. Unterbleibt eine Abwägung dieser gegenläufigen Interessen, ist eine Datenübermittlung jedenfalls unzulässig (vgl. LG Düsseldorf v. 5.5.08, 14d O 39/08) und erfolgt sie ohne das durch den Förderauftrag begründete besondere Gewicht der Interessen des Betroffenen zu berücksichtigen, stellt sie zumindest einen Schadenersatz begründenden Pflichtverstoß der Bank dar.

Die Bank verletzt mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gem. § 802 c ZPO ihre Pflichten gegenüber dem betroffenen Mitglied, wenn sie über dessen wirtschaftlichen Verhältnisse aufgrund der Geschäftsbeziehung umfassend informiert oder der Schuldner zu einer vollständigen Erklärung seiner Vermögensverhältnisse bereit ist und kein begründeter Zweifel an der Richtigkeit seiner Angaben besteht. Die Bank hat dann kein vernünftiges Interesse an einer solchen Zwangsvollstreckungsmassnahme, welches das Interesse des Mitglieds auf Erhalt seiner Bonität überwiegen könnte.

---

<sup>57</sup> OLG Saarbrücken MDR 2006, 525

<sup>58</sup> Vgl. OLG Frankfurt v. 15.11.04 Az. 23 U 1550/03, v. 18.6.08 Az. 23 U 221/07; anders AG Elmshorn NJW 2005, 2004 für substantiiert bestrittene Forderung

### 3. Freigabe und Verwertung von Sicherheiten

#### i. Freigabe einer vom Schuldner bestimmten Sicherheit

In den Kreditverträgen wird regelmäßig vereinbart, dass nicht akzessorische Sicherheiten der Besicherung aller bestehenden Kreditforderungen dienen und nur dann freizugeben sind, wenn alle Forderungen erloschen sind oder der Wert aller Sicherheiten nicht nur vorübergehend die Kreditanspruchnahme übersteigt.<sup>59</sup> Allerdings ist den Banken unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Schuldners vorbehalten, welche Sicherheiten sie im Falle einer Übersicherung freigeben.<sup>60</sup> Aus der dem Förderauftrag immanenten Verpflichtung, allen Mitgliedern gleichen Zugang zu den Leistungen der Bank zu gewähren, ergibt sich anders als für andere Privatbanken, dass eine vom Kredit nehmenden Genossen bestimmte Sicherheit freizugeben ist, wenn der dann noch offene Kredit gegen Stellung der verbleibenden Sicherheiten anderen Mitgliedern mit gleicher Bonität gewährt werden würde.

#### ii. Berücksichtigung der Belange von Schuldner und Sicherungsgeber bei der Verwertung

Die Banken lassen sich regelmäßig das Recht zur Verwertung der ihnen gewährten Sicherheiten für den Fall einräumen, dass der Schuldner mit seinen Verpflichtungen aus dem Kreditengagement in Verzug gekommen ist.<sup>61</sup> Ausdrücklich verpflichten sie sich, bei der Verwertung auf die berechtigten Belange von Schuldner und Sicherungsgeber Rücksicht zu nehmen,<sup>62</sup> insbesondere sind sie verpflichtet, von Verwertungsmaßnahmen Abstand zu nehmen, wenn Sicherungsgeber oder Schuldner eine anderweitige konkrete Verwertungsmöglichkeit nachweisen, aus welcher der Bank unter Berücksichtigung des Zeitpunkts der Einnahmen und deren Unsicherheit mehr Nutzen erwächst.<sup>63</sup> Genossenschaftsbanken haben auch darüber hinaus ihr Verhalten an der bestmöglichen Förderung ihrer Mitglieder auszurichten und sind deshalb verpflichtet, grundsätzlich und unabhängig vom Vorliegen eines konkreten Angebots die für das Mitglied günstigste Verwertungsalternative zu wählen, soweit ihnen dadurch kein Nachteil droht.

Soweit eine Bank das Sicherungsgut aufgrund der Art des Sicherungsrechts<sup>64</sup> nur im Wege der Zwangsvollstreckung verwerten kann, hat sie zwar die Herrschaft über den sachenrechtlichen Anspruch, nicht aber über das Verwertungsverfahren selbst, welches öffentlichrechtlicher Natur ist<sup>65</sup> und der Bindung an die Grundrechte unterliegt<sup>66</sup>. Die Pflicht einer Genossenschaftsbank erschöpft sich darin, bei Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung oder dessen Rücknahme die Interessen des betroffenen Mitglieds zu verfolgen, soweit ihr dadurch kein Nachteil droht. Ein Verzicht auf die Zwangsversteigerung kann insbesondere dann geboten sein, wenn das Sicherungsgut nur im Verbund mit anderen Faktoren des Sicherungsgebers zur Erzielung von Einnahmen dient und

---

<sup>59</sup> So z. B. BGH NJW 1998, 671 ff.; Bundesverband deutscher Banken e. V. (Fn. 36), Nr. 16 (2).

<sup>60</sup> BGH Az. IV ZR 227/01, Urteil vom 03.07.2002.

<sup>61</sup> Vgl. BGH NJW 1999, S. 3705.

<sup>62</sup> Vgl. Bundesverband deutscher Banken e. V. (Fn. 26), Nr. 17 (1).

<sup>63</sup> Vgl. BGH WM 1997, 1474, 1476.

<sup>64</sup> Z. B. Grundschulden, Hypotheken gem. §§ 1147, 1192 BGB.

<sup>65</sup> Vgl. Lücke, G.: Die öffentlichrechtliche Theorie der Zwangsvollstreckung und ihre Grenzen, Frankfurt/M. 1953; OVG Münster, NJW, 1984, 2485.

<sup>66</sup> Vgl. BVerfGE 46, 325; 42, 64 ff.

deshalb der zu erwartende Steigerungserlös markant niedriger als der Barwert des Beitrags des Sicherungsguts zum Fortführungserfolg des Genossen ist.

#### 4. Forderungsverkauf

Der Verkauf Not leidender Kredite an darauf spezialisierte Dritte, insbesondere Opportunity-Fonds, hat in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen. Alleine die US-Fondsgesellschaft Lone Star hat von deutschen Banken in den Jahren 2003–2005, teils mit Co-Investoren Kreditforderungen im Volumen von rund 7,9 Mrd. Euro erworben.<sup>67</sup> Bis heute bestehen allerdings noch erhebliche Rechtsunsicherheiten, unter welchen Voraussetzungen Kreditforderungen abgetreten<sup>68</sup> und nicht akzessorische Sicherheiten übertragen werden können<sup>69</sup>. Daneben müssen Genossenschaftsbanken weitere, sich aus dem Förder- bzw. Sicherungsauftrag ergebende Restriktionen und Verpflichtungen beachten.

Übertragen Genossenschaften bestehende Kreditverträge auf einen Dritten, haben sie diesen zu verpflichten, sich auf die Minimierung der Kreditrisikokosten zu beschränken, weil dieser regelmäßig das Ziel der Gewinn- bzw. Vermögensmaximierung und damit die Minimierung der Kreditausfallkosten verfolgt, was der von Genossenschaftsbanken gegenüber ihren Mitgliedern übernommenen Förderverpflichtung widerspricht. Der Schuldner kann gegenüber dem neuen Gläubiger gem. § 404 BGB einwenden, dass der Altgläubiger dazu verpflichtet war, nur die Minimierung der Kreditrisikokosten anzustreben.

Vor der Übertragung von Kreditforderungen haben Genossenschaftsbanken dem betroffenen Mitglied selbige zu den gleichen Konditionen wie einem Dritten anzubieten, es sei denn, gewichtige Interessen der Genossenschaft stehen dem entgegen. Da der Verkaufspreis von Not leidenden Kreditforderungen oft deutlich weniger als die Hälfte des Nominalbetrags der Forderung beträgt,<sup>70</sup> hat der Schuldner häufig ein Interesse daran, sich seiner Verbindlichkeiten günstig zu entledigen. Dem kann das Interesse der Genossenschaft am Verkauf eines ganzen, für potenzielle Investoren interessanteren Kreditportefeuilles<sup>71</sup> gegenüberstehen, um so den insgesamt aus der Veräußerung von Not leidenden Kreditforderungen zu erzielenden Erlös bzw. das dadurch freizusetzende Eigenkapital zu maximieren.

---

<sup>67</sup> Vgl. Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V., Arbeitskreis „Strategieentwicklung und Controlling in Banken“: Das Geschäft mit Non-Performing Loans, München 2005, S. 12.

<sup>68</sup> Vgl. BGH 40, 159; 70, 301; 102, 301; OLG Frankfurt/M., Az. 8 U 84/04, Urteil vom 25.04.2004 zur Unwirksamkeit der Abtretung wg. Verstoßes gegen das Bankgeheimnis; Abtretbarkeit Not leidender Kreditforderungen bejahend: Bomhard, R./Kessler, O./Dettmeier, M.: Wirtschafts- und steuerrechtliche Gestaltungsfragen bei der Ausplatzierung Not leidender Kredite, in: BB 2004, S. 2085 ff. m. w. N.; Daynes, C./Schalast, C.: Distressed Debt-Investing in Deutschland – Geschäftsmodelle und Perspektiven, Arbeitsberichte der Hochschule für Bankwirtschaft, Nr. 66, Frankfurt/M. 2005, S. 46 m. w. N.; LG Koblenz ZIP 2005, 21, 23; LG Frankfurt/M. ZIP 2005, 115 f.

<sup>69</sup> Vgl. BGH DNotZ 1992, 51 f.; Daynes, C./Schalast, C. (Fn. 52), S. 45.

<sup>70</sup> Vgl. Siems, S. (Fn. 5), S. 32; Schmidtchen, M./Krämer-Eis, H.: Verbriefung von Krediten, Die Rating-Ansätze der Agenturen, Analyse von CDOs, in: Kreditrating & Praxis, Zeitschrift für Finanzspezialisten, Heft 6/2002, St. Gallen 2002, S. 2.

<sup>71</sup> Vgl. Siems, S. (Fn. 5), S. 17.

## **C.) Durchsetzbarkeit der Rechte aus dem Förderauftrag**

Das einzelne Mitglied ist zwar Adressat des Förderauftrags und damit unmittelbar Berechtigter, aber die gerichtliche Durchsetzung bestehender Leistungsansprüche und Rücksichtnahmepflichten wird nicht ohne weiteres gelingen.

### **1. Prozessuale Geltendmachung von Leistungsansprüchen**

Ansprüche auf Forderungsverzicht, Stundung, Prolongation aber auch Freigabe bestimmter Sicherheiten können grundsätzlich im Wege einer auf das begehrte Tun oder Unterlassen gerichteten Leistungsklage (§ 253 ZPO) geltend gemacht oder einer etwaigen Zahlungsklage der Bank gegenüber eingewendet werden. Dienen Grundschulden als Sicherheiten für die Forderungen der Bank, beinhaltet deren notarielle Grundschuldbestellungsurkunde regelmäßig eine Klausel, wonach der Schuldner die persönliche Haftung für einen Geldbetrag in Höhe der Grundschuld übernimmt und sich wegen dieser Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft<sup>72</sup>; die Bank hat dann einen Titel gem. § 794 (1) Nr. 5 ZPO, aus dem sie ohne vorheriges Klagverfahren vollstrecken kann.

Dann bleibt dem seine Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommenden Mitglied zumindest, wenn die Bank daraufhin das Darlehen oder gar die Geschäftsbeziehung gekündigt hat, ebenso wie bei Ansprüchen auf ein Unterlassen bestimmter Zwangsvollstreckungsmaßnahmen als solches nur, seine Leistungsansprüche im Rechtsbehelfsverfahren zur Abwehr von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzuwenden.

Ansprüche auf Tilgungsaussetzung, Zinsstundungen und –verzichte oder darüber hinausgehende Forderungsverzichte sind als rechtshemmende bzw. rechtsvernichtende Einwendungen im Wege der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) einzuwenden, weil diese die Fälligkeit und/oder Höhe der vollstreckungsweise geltend gemachten Forderung der Bank betreffen<sup>73</sup>. So wird das Gericht die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären, wenn die vorangegangene Kündigung des Kredits aufgrund vorgenannter Ansprüche des Mitglieds unwirksam war oder ansonsten kein Zahlungsverzug besteht, weil den Schuldner aufgrund eines fälligen Stundungs- oder Verzichtsanspruchs gegen die Bank kein Verschulden trifft.

Soweit etwaige Ansprüche auf eine vermögenschonende Verwertung der Sicherheiten gerichtet sind, kommt eine Beantragung von Vollstreckungsschutz gem. § 765a ZPO oder § 30a ZVG in Betracht. Gem. § 765a ZPO ist eine Vollstreckungsmaßnahme ganz oder teilweise aufzuheben oder einstweilen einzustellen, wenn es günstigere Verwertungsalternativen gibt oder das Mitglied dadurch in einem Masse geschädigt wird, welches in keinem Verhältnis zum Vollstreckungserfolg steht. Gem. § 30a ZVG ist das Zwangsversteigerungsverfahren in ein Grundstück einstweilen einzustellen, wenn dadurch die Zwangsversteigerung vermieden werden kann, bspw. durch Umschuldung, Verkauf oder Tilgung aus anderen zu erwartenden Einnahmen des Schuldners, und wenn nicht damit zu rechnen ist, dass eine Versteigerung zu einem späteren Zeitpunkt einen wesentlich geringeren Erlös bringen würde.

---

<sup>72</sup> Vgl. z.B. Landeskreditbank Baden-Württemberg, Grundschuldbestellungsurkunde mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, Formular 1160, Karlsruhe 7/12, IV.

<sup>73</sup> Die Präklusionswirkung des § 767 (2) ZPO gilt nicht für die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunden, in der sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

## **2.Schadenersatzansprüche wegen Verletzung der Förderungspflicht**

Hat ein weitgehend mittelloses Mitglied seine Erwerbsgrundlage, z.B. Anwaltszulassung mangels geordneter Vermögensverhältnisse verloren und wäre dies durch Stundung bzw. Forderungsverzicht seitens der Genossenschaft abzuwenden gewesen, ist die Bank ihrem Mitglied zum Schadensersatz verpflichtet, also auf die entgangenen Einnahmen und etwaige Folgeschäden.

Verweigert die Bank die Freigabe einer bestimmten Sicherheit trotz im Übrigen hinreichender Sicherheiten oder verwertet sie eine solche, obwohl der zu erzielende Verwertungserlös unter dem Verkehrswert liegt und hätte sie anderweitig ebenso Befriedigung erlangen können, ohne dass das Mitglied einen so großen Vermögensschaden erlitten hätte, haftet sie für den dadurch verursachten Schaden, dessen Höhe zumindest im ersten Fall unter Berücksichtigung der Beweislast häufig nicht gerichtsfest nachgewiesen werden kann.

Übermittelt die Bank „Negativ-Daten“ an die SCHUFA ohne Berücksichtigung des besonderen Gewichts der Interessen des Mitglieds im Rahmen der obligaten individuellen Abwägung, ist sie zum Schadensersatz verpflichtet. Die Beweislast sowohl für den Pflichtverstoß als auch den dadurch begründeten Schaden liegt beim Mitglied und nicht bei der Bank. Hinreichend für den Beweis eines Pflichtverstoßes oder zumindest einer Beweislastumkehr dürfte sein, wenn die Bank die Prüfung für Mitglieder und Nicht-Mitglieder nach den gleichen Kriterien vornimmt, also den Förderauftrag durch deren Gleichbehandlung negiert. Der Nachweis eines durch einen solchen Verstoß begründeten Vermögensschaden ist noch schwieriger, da Negativ-Merkmale in der SCHUFA in den meisten Fällen nur dazu führen, dass Dritte kreditbasierte Vertragsbeziehungen mit dem Mitglied ablehnen, z.B. Handy- oder Stromvertrag, Ratenkäufe, Konsumentenkredite etc. ablehnen. Das für sich ist aber noch kein Vermögensschaden sondern nur dann, wenn der Betroffene auf andere Anbieter ausweichen muss, die höhere Entgelte bzw. Zinsen für die gleiche Leistung verlangen. Außerdem kann die Bank einwenden, dass sie die „Negativ-Merkmale“ auch bei pflichtgemäßer Abwägung übermittelt hätte.

Ähnlich verhält es sich, wenn die Bank pflichtwidrig die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verlangt hat und dadurch die Bonität des Mitglieds zweifelsfrei zerstört hat. Auch hier gelingt der Nachweis eines dadurch konkret eingetretenen Vermögensschadens nicht ohne weiteres. Wird dadurch aber eine Umschuldung verunmöglicht und kommt es deshalb zur Verwertung von Vermögenswerten des Schuldners unterhalb des Verkehrswerts, haftet die Bank für den Differenzschaden.

Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ist ein Verschulden der Bank, was im Falle der Nichterfüllung von sich aus dem Förderauftrag ergebenden Leistungsansprüchen bedingt, dass die Bank sich in Verzug befand, also zuvor die Ansprüche seitens des Mitglieds auf Tilgungsaussetzung, Forderungsverzicht, Freigabe einer bestimmten Sicherheit etc. geltend gemacht und die Bank durch Mahnung in Verzug gesetzt wurde.

## **III. Der Öffentliche Auftrag der Sparkassen und seine Konsequenzen**

## A) Rechtliche Grundlagen

Aus den jeweiligen Sparkassengesetzen der Länder ergibt sich der öffentliche Auftrag, die ausreichende Versorgung aller Personen mit Krediten und anderen Bankdienstleistungen sicherzustellen und den Wettbewerb auf Grundlage der Markt- und Wettbewerbserfordernisse zu stärken<sup>74</sup>. Die Geschäfte sollen nach kaufmännischen Grundsätzen unter Wahrung eben dieses Auftrags geführt werden<sup>75</sup>. Ihr Auftrag ist demnach nicht, einzelne Kreditnehmer zu alimentieren, sondern eine angemessene und ausreichende Versorgung aller Personen mit Krediten sicherzustellen.

In einigen Bundesländern sind den Sparkassen noch weitere Aufgaben zugewiesen, z.B. die Befriedigung des örtlichen Kreditbedarfs unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitnehmer und öffentlichen Hand (§ 2 (2) Hessisches SparkassenG), oder die Unterstützung der kommunalen Aufgabenerfüllung ihrer Träger im wirtschaftlichen, regionalpolitischen, sozialen und kulturellen Bereich (§ 4 (1) Niedersächsisches SparkassenG).

Die Kreditgewährung durch öffentlich-rechtliche Institute ist Teil staatlichen Handelns und damit zumindest das Willkürverbot als niedrigste Stufe öffentlich-rechtlicher Bindung auch auf privatrechtlich gestaltete Kreditverhältnisse anwendbar<sup>76</sup>, es stellt aber keinen eigenständig durchsetzbaren Anspruch dar. Das Willkürverbot ist verletzt, wenn sich weder aus der Verfassung noch aus Normen, die den öffentlichen Auftrag der Bank beschreiben, ein vernünftiger, also sachgerechter Grund für eine Maßnahme finden lässt<sup>77</sup>. Daneben ist das Übermaßverbot als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit<sup>78</sup> zu beachten, welches Maßnahmen verbietet, die erkennbar außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen<sup>79</sup>. So kann selbst die Durchführung einer für die Sparkasse optimalen Alternative gegen das Übermaßverbot verstoßen, wenn dem Schuldner dadurch erhebliche Nachteile gegenüber der Durchführung einer anderen Alternative, die für die Sparkasse nur geringfügig weniger nützlich ist, entstehen..

Die Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs.1 GG) ist ebenso zwingend aber unterliegt anders als im öffentlichen Verwaltungsrecht keinen formalen Anforderungen. Es genügt, wenn der Schuldner zu irgendeinem Zeitpunkt Gelegenheit hat, seine Ansprüche vorzubringen. So reicht im Falle einer Kreditkündigung, dass der Schuldner innerhalb eines Prozesses über die Rückzahlung des Kredits seine Argumente gegen die Kündigung vortragen kann<sup>80</sup>.

Kündigt eine Sparkasse unter Verstoß gegen das Willkür- und/oder Übermaßverbot einen Kreditvertrag, ist die Kündigung gem. § 134 BGB nichtig<sup>81</sup>. Im Übrigen ist die Sparkasse gem. §§ 823 ff. BGB zum Schadensersatz verpflichtet, der gem. § 249 BGB auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands oder Geld gerichtet sein kann.

---

<sup>74</sup> Z.B. Niedersächsisches Sparkassengesetz (Fn. 15), § 4 (1); Sparkassengesetz für das Land Schleswig-Holstein (Fn. 15), § 2; Sparkassengesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Fn. 15), § 2 (1).

<sup>75</sup> Z.B. Brandenburgisches Sparkassengesetz, in der Fassung v.10.7.2002, § 2 (3); Sparkassengesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Fn. 15), § 2 (3); Sparkassengesetz des Landes Sachsen-Anhalt, in der Fassung v. 18.12.2002, § 2 (3); .

<sup>76</sup> Vgl. BGH NJW 1977, 628, 629 f.; BGHZ 97, 312, 317.

<sup>77</sup> Vgl. BVerfGE 55, 72, 89 f.; 78, 232, 248.

<sup>78</sup> BGH – Az.: XI ZR 195/02 m.w.N. – Urteil v. 17.6.2003.

<sup>79</sup> Kauffmann, Hans (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 12. A., München 1994, S. 1199

<sup>80</sup> Vgl. BGH – Az.: XI ZR 195/02 – Urteil v. 17.6.2003.

<sup>81</sup> BGH – Az.: XI ZR 403/01 – Urteil v. 11.3.2003.

Soweit nunmehr als private Rechtssubjekte auftretende Banken zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegründet wurden oder deren Kapital mehrheitlich von der öffentlichen Hand gehalten wird, unterliegen diese weiterhin öffentlich-rechtlichen Bindungen<sup>82</sup>, insbesondere auch dem Willkür- und Übermaßverbot. Die freien Sparkassen der Hansestädte Bremen und Hamburg sind hingegen seit ihrer Gründung in privater Hand und waren zu keinem Zeitpunkt öffentlich-rechtliche Sparkassen oder im Besitz öffentlich-rechtlicher Anstalten bzw. Körperschaften. Allerdings stellt sich die wohl nur nach den Umständen des Einzelfalls zu beantwortende Frage, ob durch die Firmierung als Sparkasse bei Vertragsschluss der Rechtsschein gesetzt wurde, öffentlich-rechtliche Anstalt zu sein oder zumindest die Kreditgewährung in Erfüllung öffentlicher Aufgaben vorzunehmen. So dürfen nach § 40 KWG grundsätzlich nur Banken die Bezeichnung „Sparkasse“ führen, die öffentlich-rechtliche Sparkassen sind<sup>83</sup> und regelmässig wird angenommen, dass Sparkassen öffentlich-rechtliche Kreditinstitute sind<sup>84</sup>. Darf der Schuldner aufgrund eines solchen Rechtscheins darauf vertrauen, dass die Bank das Willkür- und Übermaßverbot im Rahmen der Kreditbeziehung beachten wird, stehen ihm für den Fall der Enttäuschung dieses Vertrauens auf das negative Interesse beschränkte Schadensersatzansprüche zu, eine willkürliche Kündigung wäre aber nicht gem. § 134 BGB nichtig.

## **B.) Auswirkungen auf die Betreuung und Abwicklung von Problemkrediten**

### **1. Zielsetzungen:**

Sparkassen haben sich im Verhältnis zum einzelnen Schuldner marktgerecht, also wie private, auf Gewinnmaximierung ausgerichtete Wettbewerber zu verhalten und die Kreditausfallkosten zu minimieren bzw. nach Beendigung des Kreditverhältnisses die höchstmögliche Rückführung (Recovery Rate) anzustreben<sup>85</sup>. Maßnahmen, die nicht dem Ziel der Minimierung der Kreditausfallkosten oder der höchstmöglichen Rückführung ausgereicher Kredite dienen, verstossen nicht nur gegen den Unternehmenszweck sondern regelmässig auch gegen das Willkürverbot, wenn sie nicht im Einzelfall wegen des Übermassverbots geboten oder zur Erfüllung besonderer, der betreffenden Sparkasse durch Gesetz oder Satzung zugewiesenen Aufgaben notwendig erscheinen.

Sparkassen werden im Hinblick auf das Übermassverbot eine den Gesamtnutzen aller Beteiligten optimierende Alternative anstreben, wenn sie von Schuldner oder Dritten so gestellt werden, dass der ihnen zufließende Erlös gleichwertig zu demjenigen aus der von ihnen bevorzugten Alternative ist.

### **2. Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners**

Im Mittelpunkt steht, inwieweit Banken zur Berücksichtigung der Belange ihrer Kunden verpflichtet sind. Eine derartige Verpflichtung ergibt sich für die Abwicklung problematischer Kreditbeziehungen aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken<sup>86</sup> und umfasst nach Teilen

---

<sup>82</sup> Vgl. BGHZ 91,84,97; BGH WM 2000, 185 f.; BVerwG NJW 1990, 134 f..

<sup>83</sup> § 40 (2) und (3) KWG beinhalten allerdings Ausnahmen für Kreditinstitute, die vor dessen Inkrafttreten zur Führung der Bezeichnung Sparkasse befugt waren, so die freien Sparkassen Hamburg und Bremen.

<sup>84</sup> z.B. <http://de.wikipedia.org/wiki/Sparkasse>, 30.12., 15h 47; Deutscher Sparkassen- und Giroverband, e.V., Fakten, Analysen, Positionen 2006, Nr.23, Sparkassen und der Bankenmarkt in Deutschland, aktualisierte Fassung, Berlin 2006, S.2; Hammer, Thomas, Identität gesucht, in: Die Zeit, Nr. 27/2006; Bertelsmann Volkslexikon, Gütersloh 1956, S. 1626.

<sup>85</sup> Vgl. Singer, J./KPMG (Fn.4), S. 25: für 51% Erfolgskriterium der Problemkreditbetreuung.

<sup>86</sup> Vgl. Bundesverband Deutscher Banken e.V., Muster der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken zwischen Kunde und Bank, Berlin, Stand 1.5.2002, Nr. 16 (2), 17 (1), 18 (2), 19 (1) u. (2); Deutscher Sparkassen

der Literatur auch die Einhaltung eines fairen, alle Interessen der Beteiligten berücksichtigendes Verfahrens<sup>87</sup>. Zu den Belangen des Kunden gehört auch der Erhalt seiner Kreditwürdigkeit, die ein Gläubiger nicht ohne besonderen Grund, z.B. durch öffentliche Statements<sup>88</sup> oder anderen Verlautbarungen gegenüber Dritten beeinträchtigen darf. Die Belange des Kreditnehmers sind insbesondere bei der Beendigung von Kreditverhältnissen und etwaigen Sanierungsbeiträgen zur Wiederherstellung der Solvenz des Kreditnehmers zu berücksichtigen.

Sparkassen haben das Willkür- und Übermaßverbot zu beachten und müssen ihr Verhalten an der tatsächlichen Verringerung der Kreditrisiken und der materiellen Gleichbehandlung aller Kunden ausrichten, aber auch erhebliche Nachteile für den Schuldner vermeiden, soweit dies für sie nur mit geringen Nachteilen verbunden ist. Eine als Hausbank des Kreditnehmers fungierende Sparkasse ist wegen ihrer überragenden Bedeutung für die Kreditfähig- und -würdigkeit des Schuldners demnach verpflichtet, diesem gewährte Kredite auch in der Krise zu belassen, also auf eine Kündigung zu verzichten, wenn Gesellschafter oder andere Dritte für die Rückzahlung der Kredite die Einstandspflicht übernehmen<sup>89</sup>.

Eine Verpflichtung zur Prolongation ausgelaufener Kredite besteht hingegen nicht, weil mit der Kreditvergabe, - anders als bei der Führung eines Girokontos auf Guthabenbasis, wozu Sparkassen per Gesetz<sup>90</sup> oder in Ableitung aus ihrem öffentlichen Auftrag<sup>91</sup> verpflichtet sind-, erhebliche finanzielle und haftungsrechtliche Risiken für die Bank entstehen können. Die Sparkassen sind demnach berechtigt, nur einem von ihnen nach sachlichen Kriterien ausgewählten Personenkreis den Abschluss bzw. die Prolongation von Kredit- und Darlehensverträgen anzubieten und im Übrigen eine Prolongation abzulehnen<sup>92</sup>. Davon abzugrenzen sind die Fälle, in den der Wille der Vertragsparteien nur auf eine Befristung der Zinsfestschreibung, nicht aber des Kredits selbst gerichtet war, z.B. langfristig angelegte Hypothekenfinanzierungen<sup>93</sup>, oder sich die Laufzeit aus dem Verwendungszweck ergibt, z.B. Sanierungsdarlehen<sup>94</sup>. Für die Nichtverlängerung solcher Kredite gelten die gleichen Regeln wie für die Kündigung.

Eine Pflicht zur Wiederherstellung der Solvenz des Schuldners ist nur gegeben, wenn dies sowohl im Interesse der Sparkasse als auch des Schuldners ist und die Erfüllung des öffentlichen Auftrags durch den dazu notwendigen Sanierungsbeitrag nicht gefährdet wird. Dem Interesse der

---

Verlag GmbH, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Grundlagen der Geschäftsbeziehung zwischen Kunden und Sparkassen, Stuttgart, August 2005, Nr. 21 (5), 22 (2), 26 (1) u. (2).

<sup>87</sup> Krüger, Ulrich, Aspekte unberechtigter Kreditkündigungen – zugleich Anmerkung zu LG München I, Urteil v. 25.8.2000, 19 O 389/98, in: VuR 4/2001, S. 125 (125 f.) ff.; Reifner, Udo, Handbuch des Kreditrechts, München 1991, § 30, S. 16 ff., für den Fall der fristlosen Kündigung.

<sup>88</sup> Vgl. auch OLG München – Az.: 21 U 2392/03 – Urteil v. 10.12.2003, ZIP 2004, S. 19, zur Schadensersatzpflicht der Bank wegen Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung.

<sup>89</sup> Vgl. Timm, Wolfram, Sanierung von Unternehmen, Eine Untersuchung zur Rechtslage zwischen Krise und Insolvenz, Bonn 1984, S. 582 allgemein für Hausbanken; weitergehend auch Canaris, Claus-Wilhelm, Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden in: ZHR 143 (1979), S. 113 f., 121,124; wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Vertragsfreiheit aber für private Geschäftsbanken abzulehnen.

<sup>90</sup> Z.B. Sparkassenverordnung Sachsen-Anhalt v. 21.5.2003, Verordnung über die Geschäfte und die Verwaltung der Sparkassen Mecklenburg-Vorpommern v. 31.1.2001, jeweils § 5; Verordnung zur Regelung des Geschäftsrechts und des Betriebs der Sparkassen in Nordrhein-Westfalen v. 15.12.1995, § 4 II, ebenso Brandenburg, Sachsen, Thüringen, Bayern, Rheinland-Pfalz; anders z.B. Baden-Württemberg, Berlin.

<sup>91</sup> So OLG Hamm ZIP 1980, 872, Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 6. Aufl., München 1983, S. 48.

<sup>92</sup> Vgl. BGH WM 2002, 2281 f.

<sup>93</sup> Z.B. ausdrücklich Landesbank Baden-Württemberg, Darlehensvertrag mit Festzinsbindung, Stuttgart u.a., Fassung 03/2000, Nr. 5.1.

<sup>94</sup> BGH – Az.: XI ZR 184/03 – Urteil v. 14.8.2004.



Bank entspricht die Wiederherstellung der Solvenz nur, wenn ihr Anteil am Fortführungserfolg der Erwerbstätigkeit des Schuldners abzüglich des von ihr zu tragenden Sanierungsaufwands den Anteil am Liquidationserlös aus dem Schuldnervermögen zuzüglich den Erlösen aus der Verwertung externer Sicherheiten übersteigt. Etwaige Einnahmen aus der Erwerbstätigkeit natürlicher Personen nach vollständiger Liquidation deren Vermögens können hingegen unberücksichtigt bleiben, weil Schuldner kein Interesse an über den Pfändungsfreibetrag hinausgehende Einnahmen haben<sup>95</sup>. Das Gros der Insolvenzverfahren von Privatpersonen sind sog. „Nullplanverfahren“, in denen die Gläubiger keine Quote erhalten<sup>96</sup>.

Die Verpflichtung zur Leistung von Sanierungsbeiträgen umfasst weder die Teilnahme an Kapitalerhöhungen oder Umwandlung von Kreditforderungen in Eigen- bzw. Genussrechtskapital noch die Gewährung von Überbrückungs- oder Sanierungskrediten, weil die damit einzugehenden Wagnisse über die typischerweise im Bankgeschäft als Fremdkapitalgeber zu übernehmenden Risiken hinausgehen<sup>97</sup>. In Betracht kommen allenfalls Forderungsverzichte mit Besserungsschein<sup>98</sup>, Stundungen fälliger Zins- und Tilgungsleistungen oder die Freigabe von Sicherheiten zur Erlangung zusätzlicher Kredite. Die Stundung fälliger Forderungen verursacht Opportunitätskosten und zusätzlich Kreditrisikokosten, wenn das Ausfallrisiko ansteigt. Der Aufwand für die Freigabe von Sicherheiten wird von den meisten Gläubigern allerdings höher als der für Stundungen eingeschätzt<sup>99</sup>.

Ein Anspruch des Schuldners auf Forderungsverzicht oder Stundung wird regelmäßig zu bejahen sein, wenn der Schuldner eine natürliche Person ohne nennenswerten Vermögenswert ist, deren weitere erfolgreiche Erwerbstätigkeit geordnete Vermögensverhältnisse oder zumindest Zahlungsfähigkeit voraussetzt, und die Bank über keine werthaltigen Sicherheiten (mehr) verfügt. Der Schuldner kann oder wird in den wenigsten Fällen den andernfalls eintretenden Einkommensverlust durch eine unselbständige Tätigkeit kompensieren. Da Rückführungen der Kreditforderungen nur aus zukünftigen Einnahmen des Schuldners erfolgen können, wahrt die Bank nur durch Wiederherstellung der Solvenz des Schuldners die Chance auf die höchstmögliche Rückführung des Kreditobligos.

### 3. Freigabe und Verwertung von Sicherheiten

In den Kreditverträgen wird regelmäßig vereinbart, dass nicht akzessorische Sicherheiten der Besicherung aller bestehenden Kreditforderungen dienen und nur dann freizugeben sind, wenn alle Forderungen erloschen sind oder der Wert aller Sicherheiten nicht nur vorübergehend die Kreditanspruchnahme übersteigt<sup>100</sup>. Allerdings ist den privaten Geschäftsbanken unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Schuldners gem. § 262 BGB vorbehalten, welche Sicherheiten

---

<sup>95</sup> Vgl. dazu Bigus, Jochen/ Langer, Thomas/ Schierbeck, Dirk, Theoretische Erkenntnisse zum Einsatz von Kredit-sicherheiten, Arbeitspapier, Hamburg, Mannheim i.d.F. vom 10.3.2004, S. 25 f., mit Ausführungen zum Problem mangelnder Arbeitseinsatz, Unterinvestitionen.

<sup>96</sup> Verband der Vereine Creditreform e.V., Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen – Jahr 2003, Eine Untersuchung der Creditreform Wirtschafts- und Konjunkturforschung, Neuss 4.12.2003, S. 21, Tab. 21.

<sup>97</sup> Vgl. Timm, W. (Fn. 37), S. 572 ff., 577 m.w.N.; Hopt, Klaus J., Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbelassung und Sanierung von Unternehmen, in: ZHR 143 (1979), S. 142 ff. m.w.N..

<sup>98</sup> Nur der Besserungsschein stellt die höchstmögliche Kreditrückführung sicher, und aufgrund der Berücksichtigung historischer Daten bei zukünftigen Kreditvergaben an andere Genossen auch, dass die von diesen zu entrichtenden Zinsen möglichst niedrig sind; vgl. auch Lützenrath, Christian/ Thiele, Achim T., Begleitung in der Krise – Finanzinstrumente zur Sanierung von Unternehmen, in: Kreditpraxis Heft 4 (2001), S. 20.

<sup>99</sup> Singer, J./ KPMG (Fn. 4), S. 19, wonach 96% aller Kreditinstitute häufig zu Tilgungsaussetzungen und 94% häufig zu Fristverlängerungen von Krediten aber nur 2% häufig zur Freigabe von Sicherheiten bereit sind.

<sup>100</sup> So z.B. BGH NJW 1998, 671 ff.; Deutscher Sparkassen Verlag GmbH (Fn. 85), Nr. 22 (2).

sie im Falle einer Übersicherung freigegeben<sup>101</sup>. Sparkassen haben das Willkür- und Übermaßverbot zu beachten und sind deshalb im Falle einer Übersicherung verpflichtet, die vom Schuldner bzw. Sicherungsgeber gewünschte Sicherheit freizugeben, wenn sich kein vernünftiger Grund für die Verweigerung der vom Schuldner begehrten Freigabe einer bestimmten Sicherheit finden lässt<sup>102</sup> bzw. die Freigabe gegenüber anderen Sicherheiten für das Kreditinstitut gar nicht oder nur geringfügig nachteilig ist. Ein eigenständiger Freigabeanspruch kann zwar nicht mit dem Willkürverbot, aber entspr. §§ 263 (2), 262 BGB begründet werden.

Prinzipiell gilt gleiches auch für den Austausch von Sicherheiten. Deutsche Sparkassen sind aber an das Regionalprinzip gebunden, welches vorschreibt, dass Kredite nur an solche Personen gewährt werden sollen, die im Geschäftsgebiet der Bank ihren Sitz haben oder das Beleihungsobjekt im Geschäftsgebiet liegt<sup>103</sup>. Auswärtige Schuldner haben daher keinen Anspruch, Sicherheiten gegen solche auszutauschen, die an außerhalb des Geschäftsgebiets gelegenen Sicherungsgütern begründet sind.

Banken lassen sich regelmäßig das Recht zur Verwertung der ihnen gewährten Sicherheiten für den Fall einräumen, dass der Schuldner mit seinen Verpflichtungen aus dem Kreditengagement in Verzug gekommen ist<sup>104</sup>. Ausdrücklich verpflichten sie sich, bei der Verwertung auf die berechtigten Belange von Schuldner und Sicherungsgeber Rücksicht zu nehmen<sup>105</sup> und von Verwertungsmassnahmen Abstand zu nehmen, wenn Sicherungsgeber oder Schuldner eine anderweitige konkrete Verwertungsmöglichkeit nachweisen, aus welcher der Bank unter Berücksichtigung des Zeitpunkts der Einnahmen und deren Unsicherheit mehr Nutzen erwächst<sup>106</sup>. Sparkassen sind wegen des Übermaßverbots darüber hinaus verpflichtet, eine Sicherheit nicht gegen den Willen von Sicherungsgeber und Schuldner durch Liquidation oder Veräußerung zu verwerten, wenn mit Belassung des Sicherungsguts im Vermögen des Sicherungsgebers höhere Einnahmen erzielt werden können und sie zur Kompensation eines etwaige höheren Risikos einen hinreichend großen Anteil der Einnahmen erhalten. Die Verpflichtung zur Risikoübernahme findet ihre Grenzen aber in der Gefährdung der Erfüllung der dem Kreditinstitut zugewiesenen Aufgaben, insbesondere wenn die dazu notwendige Liquidität oder Sicherheit des eingesetzten Kapitals beeinträchtigt würde<sup>107</sup>. Auch die Übernahme unternehmerischer Risiken gehört nicht zu den typischen Bankgeschäften<sup>108</sup> und ist demzufolge nicht vom öffentlichen Auftrag der Sparkassen umfasst.

Ein privatrechtlicher Verkauf des Sicherungsguts entgegen vorgenannter Verpflichtung ist gem. § 134 BGB nichtig<sup>109</sup>. Allerdings wird der Nachweis im konkreten Fall schwer zu führen sein, dass die Sparkasse tatsächlich zur Übernahme des höheren, sich aus der Belassung des Sicherungsguts beim Sicherungsgeber ergebenden Risikos verpflichtet ist und dafür eine angemessene Kompensation angeboten bekommen hat. Soweit das Sicherungsgut aufgrund der Art des Sicherungsrechts<sup>110</sup> nur im Wege der Zwangsvollstreckung verwerten werden kann, hat die Bank

---

<sup>101</sup> BGH – Az.: IV ZR 227/01 – Urteil v. 3.7.2002.

<sup>102</sup> Vgl. BVerfGE 55, 72, 89 f.; 78, 232, 248.

<sup>103</sup> Z.B. Sparkassengesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern (Fn.15), § 5 I Nr. 2; Brandenburgisches Sparkassengesetz (Fn. 74) § 5 I Nr. 2.

<sup>104</sup> Vgl. BGH NJW 1999, 3705.

<sup>105</sup> Vgl. Bundesverband Deutscher Banken e.V., Muster der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken zwischen Kunde und Bank (Fn. 34), Nr. 17 (1); Deutscher Sparkassen Verlag GmbH (Fn.34), Nr. 21 (5).

<sup>106</sup> Vgl. BGH WM 1997, 1474, 1476.

<sup>107</sup> Z.B. Sparkasse Ulm, Satzung der Sparkasse Ulm, Ulm 18.7.2005, § 4 (1).

<sup>108</sup> Vgl. §§ 1 I, 32 KWG.

<sup>109</sup> Vgl. BGHZ 1965, 284, 287 zur Nichtigkeit bei Verstoß gegen Willkürverbot.

<sup>110</sup> Z.B. Grundschulden, Hypotheken gem. §§ 1147, 1192 BGB.

zwar die Herrschaft über den sachenrechtlichen Anspruch, nicht aber über das Verwertungsverfahren selbst, welches öffentlich-rechtlicher Natur ist<sup>111</sup> und die Einhaltung der Grundrechte, also auch der Wahrung der Verhältnismässigkeit gewährleistet<sup>112</sup>. Eine Verpflichtung der Sparkasse zum Verzicht auf die Zwangsversteigerung kann ausnahmsweise dann gegeben sein, wenn das Sicherungsgut nur im Verbund mit anderen Vermögenswerten und Faktoren zur Erzielung von Einnahmen dient und deshalb der zu erwartende Steigerungserlös markant niedriger als der Barwert des Beitrags des Sicherungsguts zum Fortführungserfolg des Sicherungsgebers oder Schuldners ist.

#### 4. Forderungsverkauf

Einer Abtretbarkeit der Kreditforderungen steht im Besonderen die von den Banken gegenüber dem Kreditnehmer übernommene Verschwiegenheitsverpflichtung<sup>113</sup> entgegen, die mit der sich aus § 402 BGB ergebenden Auskunftspflicht gegenüber dem Zessionar kollidiert<sup>114</sup>. Der Bundesgerichtshof<sup>115</sup> und die überwiegende Literatur verneinen einen Verstoß gegen das Bankgeheimnis, wenn der Schuldner ihm obliegende Vertragspflichten, insbesondere die der fristgemäßen Darlehensrückzahlung, verletzt hat<sup>116</sup> oder der Kredit bereits gekündigt ist<sup>117</sup>. Teilweise wird das damit begründet, dass in diesen Fällen in analoger Anwendung des § 28 (1) Nr. 2 BDSG das Schutzinteresse der Bank jenes des säumigen Schuldners überwiege<sup>118</sup>. Diese Auffassung stösst aber zumindest für Sparkassen auf erhebliche Bedenken, weil diese anders als Privatbanken für die Abwicklung gekündigter Engagements vereinbart haben, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in entsprechendem Umfang weiter gelten sollen<sup>119</sup>, was auch die in Nr. 3 (1), Satz 2 enthaltene Verpflichtung umfasst, ohne Zustimmung des Schuldners keine betragsmäßigen Angaben zu Kontoständen sowie Kreditinanspruchnahme zu machen. Inwieweit diese Verpflichtung durch Weitergabe der zur Beurteilung des Kreditrisikos notwendigen Daten in anonymisierter Form bzw. mittels eines von Berufs wegen zur Verschwiegenheit verpflichteten Datentreuhänders erfüllt wird<sup>120</sup>, erscheint fraglich.

Werden Kreditverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten verkauft, also einschliesslich der von der Sparkasse in Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags eingegangene Verpflichtung zur Überlassung eines Geldbetrags an den Schuldner für einen bestimmten Zeitraum<sup>121</sup>, übernimmt der Erwerber insoweit eine öffentliche Aufgabe und es stellt sich die Frage, ob die Sparkasse diesen zur Beachtung von Willkür- und Übermaßverbot verpflichten muss, weil dieser als Privatrechtssubjekt nicht an die Grundrechte gebunden ist. Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute sind zwar an das

---

<sup>111</sup> Vgl. Lüke, Gerhard, Die öffentlich-rechtliche Theorie der Zwangsvollstreckung und ihre Grenzen, Diss., Frankfurt a.M. 1953; OVG Münster NJW 1984, 2485.

<sup>112</sup> Vgl. BVerfGE 46, 325; 42, 64 ff..

<sup>113</sup> Bundesverband Deutscher Banken e.V.(Fn. 34), Nr. 2 (2); Deutscher Sparkassen Verlag GmbH (Fn.34), Nr. 1 (1), 3 (1), Satz 2.

<sup>114</sup> Vgl. OLG Frankfurt a.M. – Az.: 8 U 84/04 – Urteil v. 25.4.2004 zur Unwirksamkeit der Abtretung wg. Verstosses gegen das Bankgeheimnis.

<sup>115</sup> BGH, - Az.: XI ZR 195/05 - Urteil v. 27.2.2007

<sup>116</sup> Vgl. Bomhard, R./ Kessler, O./ Dettmeier, M. (Fn. 64), S. 2085 ff. m.w.N..

<sup>117</sup> Vgl. Daynes, C./Schalast (Fn. 64), S. 46 m.w.N..

<sup>118</sup> Z.B. LG Frankfurt a. M. ZIP 2005, 115 f.

<sup>119</sup> Vgl. Deutscher Sparkassen Verlag GmbH (Fn.34), Nr. 27.

<sup>120</sup> Vgl. Toth-Feher, Geza M./Schick, Olaf, Distressed Opportunities, Rechtliche Probleme beim Erwerb notleidender Forderungen von Banken, in: ZIP 2004, S. 491–494.

<sup>121</sup> § 488 I S. 1 BGB; BT-Drs. 14/6040, S. 253.

Vergaberecht gebunden<sup>122</sup>, das für Finanzdienstleistungen, aber nicht für Geschäfte gilt, die der Geld- oder Kapitalbeschaffung dienen<sup>123</sup>. Daraus kann aber unabhängig davon, ob das Vergaberecht überhaupt auf die Veräußerung und Übertragung von Kreditverträgen anwendbar ist, keine Verpflichtung der Kreditinstitute abgeleitet werden, einem privaten Erwerber die Beachtung bestimmter Standards aufzuerlegen. Die nach Art. 49 der Richtlinie 2004/18 EG möglichen Bestimmungen zur Qualitätssicherung der Bieter dienen gerade nicht dem Schutz des Schuldners, sondern einem fairen Wettbewerb und den Interessen von Auftraggeber und Bietern<sup>124</sup>.

Der Schuldner kann aber auch dem neuen Gläubiger gegenüber die Verletzung des Willkür- und Übermaßverbots gem. § 404 BGB einwenden, da diese Einwendung zur Zeit der Abtretung der Kreditforderung zumindest dem Rechtsgrund nach angelegt war<sup>125</sup>, selbst dann, wenn sie sich erst aus der weiteren Entwicklung des Vertragsverhältnisses ergibt<sup>126</sup>. Somit erlangt die Frage, ob Sparkassen Zessionare zur Beachtung des Willkür- und Übermaßverbots verpflichten müssen, weniger im Verhältnis zum Schuldner als vielmehr im Verhältnis zum Forderungskäufer Bedeutung, weshalb sich entsprechende Regelungen oder Hinweise in den Kaufverträgen empfehlen.

### **C.) Durchsetzbarkeit von Ansprüchen aus dem Willkür- und Übermaßverbot**

Leistungsansprüche des Bankkunden werden i.d. Regel nicht gegeben sein, weil das Willkür- und Übermaßverbot anders als der Förderauftrag der Genossenschaftsbanken keine Leistungsansprüche gegen die Bank begründet sondern nur die Verpflichtung beinhaltet, nicht ohne vernünftigen Grund zum Nachteil des Schuldners zu handeln.

Einem weitgehend mittellosen Schuldner, dessen Erwerbsgrundlage nur im Fall einer Stundung bzw. Forderungsverzicht seitens der Sparkasse erhalten oder wieder erlangt werden kann, ist wie insoweit notwendig Stundung oder Forderungserlass zu gewähren, wenn die Bank dadurch nicht etwaiger Erlöse aus Verwertung von Sicherheiten oder Zahlungszusagen/ Bürgschaften Dritter verlustig geht. Ausnahmsweise ist dann unter Berücksichtigung des Willkür- und Übermaßverbots das Ermessen der Bank auf „Null“ reduziert und ein Leistungsanspruch des Schuldners gegeben.

Verweigert die Bank die Freigabe einer bestimmten Sicherheit trotz im Übrigen hinreichender Sicherheiten oder verwertet sie eine solche, obwohl der zu erzielende Verwertungserlös unter dem Verkehrswert liegt und sie anderweitig ebenso Befriedigung hätte erlangen können, ohne dass der Schuldner einen so hohen Vermögensschaden erlitten hätte, haftet sie für den dadurch verursachten Schaden. Neben Schadenersatzansprüchen kommt bei Verwertung durch Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 704 ff. ZPO) die Beantragung von Vollstreckungsschutz gem. § 765a ZPO oder § 30a ZVG in Betracht.

Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (§ 13 GVG) ist auch für Schadenersatzansprüche wegen Verletzung des Willkür- oder Übermaßverbots gegeben, weil die Geschäftsbeziehung zwischen Sparkasse und Kunde privatrechtlich geregelt ist<sup>127</sup>. Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ist ein Verschulden der Bank bzw. der für sie tätigen Mitarbeiter,

---

<sup>122</sup> Vgl. VK Münster, ZfBR 2002, 724.

<sup>123</sup> Vgl. Richtlinie 2004 / 18 EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004, Art. 1 Abs. 2, Anhang II, Nr 6; Art. 16 d).

<sup>124</sup> Vgl. z.B. § 97 VII GWG; § 13 VgV.

<sup>125</sup> Vgl. BGH 25,29; 93,79 zur Problematik, dass die Einwendung noch nicht im Zeitpunkt des Forderungsübergangs bestand, sondern nur dem Rechtsgrund nach angelegt war

<sup>126</sup> Vgl. BGH NJW 1983, 1905 dazu, wenn sich die Einwendung erst in der weiteren Entwicklung des Vertragsverhältnisses ergibt

<sup>127</sup> Vgl. BGH NJW 1975, 106;

was zumindest für die Fälle, dass der Schuldner den Schadenersatz begründenden Verstoß in einem Unterlassen sieht, z.B. Nichtleistung eines Sanierungsbeitrags oder Verweigerung der Freigabe einer bestimmten Sicherheit, voraussetzt, dass der Schuldner die Bank zu entsprechend spezifizierten Leistungen aufgefordert und selbige danach angemahnt hat. In allen anderen Fällen kommt es einzig auf ein Verschulden des verantwortlichen Mitarbeiters an, was als bewiesen gelten oder zumindest zu einer Beweislastumkehr führen dürfte, wenn der Nachweis gelingt, dass das Willkür- und Übermaßverbot grundsätzlich nicht gesondert bei den Entscheidungsprozessen der Sparkasse berücksichtigt wird.

#### **IV. Fazit**

Aus den Besonderheiten der Verfasstheit von Genossenschaftsbanken und Sparkassen ergeben sich im Rahmen der Problemerkreditbetreuung über die alle Geschäftsbanken treffenden Pflichten hinaus weitere, sich aus dem jeweiligen Unternehmenszweck ergebende spezifische Verhaltenspflichten.

Genossenschaftsbanken müssen sich aufgrund ihres Förderauftrags im Gegensatz zu anderen Privatbanken während der Dauer des Kreditverhältnisses auf die Minimierung der Kreditrisikokosten beschränken, alle Mitglieder gleich behandeln und immer die für den Schuldner beste Alternative wählen, soweit ihnen dadurch kein oder nur ein unwesentlicher Nachteil entsteht. Sparkassen sind aufgrund des Übermassverbots verpflichtet, einer den Gesamtnutzen aller Beteiligten optimierenden Alternative zuzustimmen bzw. durchzuführen, wenn sie von Schuldner oder Dritten so gestellt werden, dass der ihnen zufließende Erlös gleichwertig zu demjenigen aus der von ihnen bevorzugten Alternative ist.

Genossenschaftsbanken sind unabhängig von Wert, Beschaffenheit und Verwertbarkeit einer Sicherheit zu deren Freigabe verpflichtet, wenn nach der vom Schuldner angebotenen Rückführungen der noch offene Kreditbetrag anderen Mitgliedern mit gleicher Bonität gegen Stellung der verbleibenden Sicherheiten gewährt würde. Im Sicherungsfall müssen sie auf eine von ihnen favorisierte Verwertungsalternative auch dann verzichten, wenn zwar kein konkretes Angebot vorliegt, aber damit zu rechnen ist, dass in angemessener Zeit durch Fortführung und/oder durch freihändigen Verkauf ein höherer Erlös zu erzielen ist.

Auch Sparkassen sind zur Freigabe einer bestimmten Sicherheit verpflichtet, wenn dies für sie gegenüber der Freigabe anderer Sicherheiten nicht nennenswert nachteilig ist. Dient ein Sicherungsgut nur im Verbund mit anderen Vermögenswerten und Faktoren zur Erzielung von Einnahmen und ist deshalb der im Wege einer Zwangsversteigerung zu erwartende Steigerungserlös markant niedriger als der Barwert des Beitrags des Sicherungsguts zum Fortführungserfolg des Sicherungsgebers oder Schuldners, kann die Sparkasse im Einzelfall verpflichtet sein, auf die Zwangsversteigerung zu verzichten.

Sowohl Genossenschaftsbanken gegenüber ihre Mitgliedern als auch Sparkassen gegenüber ihren Kunden sind zu Forderungsverzichten oder Stundungen verpflichtet, wenn der Schuldner eine natürliche Person ohne nennenswerten Vermögenswert ist, dessen weitere erfolgreiche Berufs- bzw. Erwerbstätigkeit geordnete Vermögensverhältnisse oder zumindest Zahlungsfähigkeit vorausgesetzt, und die Bank über keine werthaltigen Sicherheiten (mehr) verfügt. Kredite sind Schuldnern ganz allgemein auch in der Krise zu belassen, wenn Dritte für deren Rückzahlung die Einstandspflicht übernehmen.

Kreditforderungen dürfen von Genossenschaftsbanken nur an Dritte verkauft werden, wenn dem betroffenen Genossen zuvor ohne Erfolg die Ablösung zu gleichen Konditionen angeboten wurde, oder gewichtige Interessen der Bank diejenigen des Genossen überwiegen. Der Überneh-

mer von Forderungen aus bestehenden Kreditverhältnissen ist auf die Minimierung der Kreditrisikokosten zu beschränken. Sparkassen dürfen Kreditforderungen nur mit Zustimmung des Schuldners, auch nach Beendigung des Kreditverhältnisses verkaufen, weil die vertragliche Verschwiegenheitsverpflichtung auch über die Beendigung des Kreditverhältnisses hinaus gilt.

Genossenschaftsbanken verletzen regelmäßig Ihre sich aus dem Förderauftrag ergebenden Pflichten zur Rücksichtnahme, wenn Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung über die Vermögensverhältnisse durch ein Mitglied einleiten.

## **V. Exkurs zum Verbraucherinsolvenzrecht und seine Bedeutung für den Erlass von Steuerschulden**

### **A.)Einführung**

Mit dem BMF-Schreiben vom 11. Januar 2002<sup>128</sup> werden die Finanzbehörden angewiesen, sich bei der Entscheidung über den Erlass von Steuerschulden im Rahmen einer außergerichtlichen Schuldenbereinigung bei der Auslegung des Begriffs der „persönlichen Unbilligkeit“ an den Zielsetzungen der Insolvenzordnung zu orientieren, womit eine insoweit abweichende Verwaltungspraxis begründet wurde.

Mit Inkraftsetzung der Insolvenzordnung (InsO) wurde für Verbraucher ein vereinfachtes Insolvenzverfahren (§§ 304 ff. InsO) und die Möglichkeit eingeführt, sich von ihren Restschulden zu befreien (§§ 286 ff. InsO). Dem eigentlichen Verfahren geht der Versuch des Schuldners voraus, sich mit seinen Gläubigern außergerichtlich auf einen Schuldenbereinigungsplan (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) zu einigen. Soweit diesem Plan kopf- und betragsmäßig mehr als die Hälfte der Gläubiger zugestimmt haben, kann das Insolvenzgericht auf Antrag die Zustimmung eines ablehnenden Gläubigers gem. § 309 Abs. 1 InsO ersetzen, wenn dieser im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern angemessen beteiligt und voraussichtlich nicht schlechter gestellt wird, als er bei der Durchführung des Verfahrens über die Anträge auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Erteilung von Restschuldbefreiung stünde. Dies gilt auch für Steuerforderungen; das Gericht prüft nicht, ob die Voraussetzungen der Abgabenordnung (AO) für Erlass (§§ 163, 227 AO) oder Stundung (§§ 222 f. AO) vorliegen<sup>129</sup>.

Aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) ergibt sich die Verpflichtung der Finanzbehörden, alle berechtigten Steueransprüche geltend zu machen<sup>130</sup>; Ausnahmen davon bedürfen einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung<sup>131</sup>. Die Insolvenzordnung enthält keine ausdrückliche Ermächtigung der Finanzbehörden, sondern nur die Bestimmung, dass das Insolvenzgericht die Zustimmung der Finanzbehörden ersetzen kann. Als Ermächtigung kommt für die Finanzbehörden daher nur die Abgabenordnung (§§ 163, 227 AO)<sup>132</sup> in Betracht.

---

<sup>128</sup> BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, BMF-Schreiben v. 11.1.2002 – IVA4-S 0550-1/02, abzurufen unter [www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de), Rubrik BMF-Schreiben; gem. BMF-Schreiben v. 29.3.2007, BStBl. I 2007, 369, Positivliste Anlage Ziff. 80 weiterhin anwendbar.

<sup>129</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 11.1.2002; OLG Köln, Beschluss v. 14.2.2001 – 2 W 249/00, NZI 2001, 205 f.

<sup>130</sup> BVerfGE 25, 216, 228.

<sup>131</sup> BVerfGE 30, 292, 332.

<sup>132</sup> Gilt nicht für kleine Gemeindesteuern und kommunale Abgaben, allerdings entspr. Anwendung der §§ 163, 222 f., 227 AO durch Verweis oder gleich lautende Regelungen in den meisten Landesgesetzen und kommunalen Satzungen; Art. 235 ff. Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates v. 12.10.1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, Amtsblatt Nr. L 302 v. 19.10.1992, S. 1–50 haben als Gemeinschaftsrecht für die Ein- und Ausfuhrabgaben Vorrang.

Von der Geltendmachung und Einziehung berechtigter Ansprüche kann gem. §§ 163, 227 AO abgesehen werden, wenn deren Erhebung oder Vollstreckung im Einzelfall unbillig wäre. Eine wirtschaftliche Krise des Steuerpflichtigen führt nur dann zur Unbilligkeit, wenn dieser eines Erlasses auch bedürftig und würdig ist.

Erlassbedürftigkeit setzt voraus, dass durch die Einziehung der Steuer die wirtschaftliche oder persönliche Existenz des Steuerpflichtigen vernichtet oder ernsthaft gefährdet würde. Die wirtschaftliche Existenz gilt nur als gefährdet, wenn der notwendige Lebensunterhalt vorübergehend oder dauernd nicht mehr bestritten werden kann und sich ein etwaiger Erlass auf die wirtschaftliche Situation des Schuldners<sup>133</sup> oder eines unmittelbar betroffenen Dritten<sup>134</sup> konkret auswirkt.

Lebt der Steuerpflichtige in Verhältnissen, die eine Durchsetzung von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis ausschließen oder deren Durchsetzung zumindest nicht die Höhe des dem Steuerpflichtigen zu belassenden Einkommens (Pfändungsfreibetrag) berühren, ändern weder Erlass noch Stundung etwas an dessen wirtschaftlicher Situation<sup>135</sup>. Bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit kam daher regelmäßig kein Erlass in Betracht<sup>136</sup>, es sei denn die Steuerrückstände hindern den Steuerpflichtigen am Erhalt oder Aufbau einer von Sozialhilfeleistungen unabhängigen Existenz<sup>137</sup>.

Bei Erlassanträgen von Eheleuten sind auch die Einkünfte und das Vermögen des jeweils anderen Ehegatten und ggf. auch der Kinder nach den Grundsätzen des Familienunterhaltsrechts zu berücksichtigen<sup>138</sup>, weshalb ein Erlassantrag abzulehnen war, wenn Einkommen und Vermögen des Ehegatten für den Unterhalt der Familie ausreichten<sup>139</sup>.

Erlassunwürdig ist der Steuerpflichtige in der Regel, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gegen die Interessen der Allgemeinheit verstoßen hat, beispielsweise die ihm zur Verfügung stehenden Mittel in einer den Steuergläubiger benachteiligenden Weise verwendet<sup>140</sup> oder vereinbarte Umsatzsteuer nicht erklärt und abgeführt hat<sup>141</sup>. Eine nachhaltige Nichterfüllung der Erklärungspflichten für sich alleine genügt nicht, um einen Erlass zu versagen<sup>142</sup>. Das Unterlassen der Abgabe von Steuererklärungen über Jahre hinweg kann nur im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung berücksichtigt werden<sup>143</sup> und die Ablehnung eines Erlassantrags rechtfertigen<sup>144</sup>.

Das BMF stellt mit vorgenanntem Schreiben klar, dass auch bei der außergerichtlichen Schuldenbereinigung weiterhin die für einen Forderungsverzicht verbindlichen Bestimmungen in §§ 163, 227 AO zu beachten sind, aber „zusätzlich die Zielsetzung der Insolvenzordnung, redlichen Schuldnern nach einer gewissen Wohlverhaltensphase und unter Einbeziehung sämtlicher Gläu-

---

<sup>133</sup> Vgl. BFH v. 24.10.1988 – X B 54/88, BFH/NV 1989, 285, 286 m.w.N.

<sup>134</sup> Vgl. BFHE 125, 129.

<sup>135</sup> Vgl. BFH v. 24.10.1988, BFH/NV 1989, 285, 286 m.w.N.

<sup>136</sup> Vgl. BFH v. 21.4.1999 – VII B 347/98, BFH/NV 1999, 1440 m.w.N.

<sup>137</sup> Vgl. BFH v. 27.9.2001 – X R 134/98, BStBl 2002 II, 176, z.B. Taxikonzession.

<sup>138</sup> BFH v. 3.10.1988 – IV S 5/86, BFH/NV 1989, 411.

<sup>139</sup> BFH v. 31.3.1982 – I B 97/81, BStBl. 1982 II, 530.

<sup>140</sup> BFH v. 27.2.1985 – II R 83/83, BFH/NV 1985, 6, unter 2.; BFH v. 4.7.1986 – VII B 56/86, BFH/NV 1987, 20.

<sup>141</sup> BFH v. 18.8.1988 – V B 71/88, BFH/NV 1990, 137.

<sup>142</sup> BFH v. 15.10.1992 – X B 152/92, BFH/NV 1993, 80.

<sup>143</sup> BFH v. 15.10.1992, BFH/NV 1993, 80; FG Köln, Urteil v. 29.9.2005 – 15 K 6405/03.

<sup>144</sup> BFH v. 18.8.1988, BFH/NV 1990, 137 f.

biger eine Schuldenbereinigung als Voraussetzung für einen wirtschaftlichen Neuanfang zu ermöglichen“ in die Ermessenserwägungen einzubeziehen sind. „Die Auslegung des Begriffs der ‘persönlichen Unbilligkeit‘ hat sich hierbei an den Zielsetzungen der Insolvenzordnung zu orientieren“.

Aus dem Grundsatz der gleichmäßigen Besteuerung als Ausprägung des Gleichheitsgebots ergibt sich die Verpflichtung der Finanzbehörden, alle Steuerpflichtigen und von ihnen gestellte Erlassanträge gleich zu behandeln, wenn keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen<sup>145</sup>. Durch das BMF-Schreiben sind die Finanzbehörden an die enthaltenen Vorgaben zur Auslegung des Begriffs der „persönlichen Unbilligkeit“ und den zu berücksichtigenden Kriterien nicht nur hinsichtlich der Zustimmung zum Schuldenbereinigungsplan, sondern aufgrund der durch dieses Schreiben begründeten, ständigen Verwaltungspraxis auch in anderen, gleich gelagerten Fällen gebunden<sup>146</sup>.

## **B.) Kriterien für einen Schuldnerlass**

### **1. Verbindliche Ermessensrichtlinien für die Finanzverwaltung**

Im BMF-Schreiben vom 11. Januar 2002 werden für die Finanzbehörden verbindlich Ermessensrichtlinien zur Entscheidung über die Zustimmung aufgestellt, durch welche die Verwaltungspraxis geprägt wird.

#### **i. Zur Persönlichen Unbilligkeit**

Die Auslegung des Begriffs der „persönlichen Unbilligkeit“ soll sich danach an den Zielen der Insolvenzordnung, redlichen Schuldnern einen wirtschaftlichen Neuanfang zu ermöglichen, orientieren. Insbesondere soll von den Finanzbehörden beachtet werden, dass ihre Zustimmung bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 309 Abs. 1 InsO durch Beschluss des Insolvenzgerichts ersetzt werden kann.

#### **ii. Zur Erlassbedürftigkeit<sup>147</sup>**

Danach kann unter dem Gesichtspunkt der Erlassbedürftigkeit dem Schuldenbereinigungsplan zugestimmt werden, wenn der Schuldner sein gesamtes Vermögen und für eine gewisse Zeit das künftig pfändbare Einkommen zur Schuldentilgung einsetzt, die angebotenen Zahlungen unter Berücksichtigung des vorhandenen Vermögens und Einkommens sowie des Alters des Schuldners angemessen sind, alle Gläubiger mit der gleichen Quote befriedigt werden und nach den vorliegenden Umständen damit zu rechnen ist, dass der Schuldner den vorgelegten Schuldenbereinigungsplan vollständig und fristgemäß erfüllt.

Die wirtschaftliche Lage des Ehegatten kann gem. BMF-Schreiben insoweit berücksichtigt werden, als dem Schuldner wegen eines bestehenden Unterhaltsanspruchs (§ 1360 BGB) über den pfändbaren Teil hinaus Zahlungen zumutbar sind. Zahlungen über den pfändbaren Teil hinaus sind dem Schuldner nur zumutbar, wenn er dadurch nicht schlechter gestellt wird als bei der Eröffnung

---

<sup>145</sup> Vgl. BVerfGE 55, 72, 88 m.w.N.

<sup>146</sup> Vgl. BVerfGE 31, 212; BVerwGE 44, 72; Niedersächsisches FG v. 20.11.2003 – 16 K 329703; v. 21.8.2003 – 5 K 223/97; BGH v. 22.4.2004, NotZ 25/03 zur Selbstbindung der Verwaltung durch Richtlinien und Verwaltungspraxis.

<sup>147</sup> BMF-Schreiben v. 11.1.2002, Nr. 5.1.



des Insolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung. Gem. §§ 287 Abs. 2, 295 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 InsO muss der Schuldner eine angemessene Erwerbstätigkeit ausüben, die daraus pfändbaren Einnahmen zur Befriedigung der Gläubiger abtreten, nicht aber ihm zustehende Unterhaltsansprüche. Zahlungen über den pfändbaren Teil hinaus sind demnach nur zumutbar, wenn der Schuldner durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beiträgt und deshalb keine angemessene Erwerbstätigkeit ausübt.

### iii. Zur Erlasswürdigkeit<sup>148</sup>

Erlasswürdigkeit ist entsprechend dem BMF-Schreiben zu bejahen, wenn ein Antrag des Finanzamts auf Versagung der Restschuldbefreiung gem. § 290 InsO voraussichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben wird. In § 290 Abs. 1 Nr. 2 InsO werden nur vorsätzlich oder grob fahrlässig gemachte, unvollständige oder unrichtige schriftliche Angaben über die wirtschaftlichen Verhältnisse zum Zwecke der Vermeidung von Leistungen an die öffentlichen Kassen als Versagungsgrund aufgeführt, nicht aber die Nichtabgabe schriftlicher Erklärungen<sup>149</sup>.

## 2. Erstreckung dieser Verwaltungspraxis auf gleich bzw. ähnlich gelagerte Fälle

Natürliche Personen mit der gleichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wie ein um Zustimmung zum Schuldenbereinigungsplan ersuchender Steuerpflichtiger, also wenn sie im Sinne der §§ 17 f. InsO zahlungsunfähig oder von Zahlungsunfähigkeit bedroht ist, sind grundsätzlich gleich zu be- oder entlasten<sup>150</sup>. Gewährt die Finanzbehörde dem Antragsteller gem. § 258 AO Zahlungsaufschub oder verzichtet einstweilen auf Vollstreckungsmaßnahmen und teilt ihm dies mit, ist der Steueranspruch bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO nicht zu berücksichtigen<sup>151</sup>, und falls dadurch die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wieder hergestellt wird, kann der Steuerpflichtige sich mangels gleicher Leistungsfähigkeit nicht mehr auf die durch das BMF-Schreiben begründete Verwaltungspraxis berufen.

Die Besonderheit der außergerichtlichen Schuldenbereinigung besteht darin, dass die Zugeständnisse aller Gläubiger sich wechselseitig bedingen und zu erwarten ist, dass der Schuldner mit ihrer Hilfe seine wirtschaftliche Krise dauerhaft überwindet. Anträge redlicher Steuerpflichtiger auf Erlass oder Stundung sind deshalb nur wie solche auf Zustimmung zum Schuldenbereinigungsplan zu behandeln, wenn durch die Billigkeitsmaßnahme unmittelbar oder zusammen mit Sanierungsbeiträgen Dritter, deren Gewährung von der Billigkeitsmaßnahme abhängen, die wirtschaftliche Krise des Steuerpflichtigen dauerhaft überwunden wird. Befindet sich der Steuerpflichtige hingegen nicht in einer akuten wirtschaftlichen Krise, sondern dient der Erlassantrag dazu, die für eine spätere Existenzsicherung notwendigen Mittel<sup>152</sup> oder bestimmte Vermögensgegenstände zu erhalten, ist die bisherige Rechtsprechung weiterhin anwendbar, weil die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Antragstellers diejenige des die Zustimmung zum Schuldenbereinigungsplan begehrenden Schuldners übersteigt.

Mit der Annahme des Schuldenbereinigungsplans durch die Gläubiger kommt eine Einigung zustande, welche gem. § 308 Abs. 1 InsO die Wirkung eines Prozessvergleichs hat. Die Zustim-

---

<sup>148</sup> BMF-Schreiben v. 11.1.2002, Nr. 5.2.

<sup>149</sup> Vgl. OLG Köln, Beschluss v. 14.2.2001, NZI 2001, 205 f.; BMF-Schreiben v. 11.1.2002, Nr. 5.2.

<sup>150</sup> Vgl. BVerfGE 82, 60, 89; 84, 239, 269 ff.

<sup>151</sup> Vgl. BGH v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 118, 171, 174 m.w.N.

<sup>152</sup> Vgl. BFH v. 27.5.1987 – X R 41/81, BFH/NV 1987, 691.

mung zum Schuldenbereinigungsplan ist im Gegensatz zum Erlass kein einseitiger Verwaltungsakt, sondern Annahme eines Angebots zum Abschluss einer Vereinbarung<sup>153</sup>, durch welche wechselseitige Leistungspflichten begründet werden. Als Ermächtigungsgrundlage für die Zustimmung beziehen sich die Finanzbehörden auf §§ 163, 227 AO<sup>154</sup>, obwohl diese nur den einseitigen Erlass von Steuerschulden regeln. Die Zustimmung ist trotz des vertragsähnlichen Charakters der Schuldenbereinigung davon gedeckt, weil diese nicht über den Erlass von Steuerschulden hinausgeht; vielmehr bedingt ein Forderungsverzicht neben Leistungen des Schuldners auch solche Dritter, und der Fiskus darf nicht schlechter gestellt sein als im Falle des Scheiterns der außergerichtlichen Schuldenbereinigung (vgl. § 309 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Es drängt sich die Frage auf, ob ein dementsprechendes Vorgehen auch gerechtfertigt werden kann, wenn die Einziehung der Steuer nicht unbillig ist, aber eine vergleichsweise Regelung für den Fiskus vorteilhaft sein und insoweit dem Gemeinwohl dienen würde.

Gem. § 31 Abs. 1 S. 2 HGrG sind Vergleiche über Ansprüche von Bund oder Land nur erlaubt, wenn dies für die betroffene Körperschaft zweckmäßig und wirtschaftlich ist. Einschränkungen des Grundsatzes der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit sind im Interesse des Gemeinwohls zulässig<sup>155</sup>, soweit das Leistungsfähigkeitsprinzip dadurch nicht völlig ausgeschaltet wird. Der Bundesfinanzhof hält zwar Vergleiche über (feststehende) Steueransprüche wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung für unzulässig, anerkennt aber in Fällen erschwerter Sachverhaltsermittlung eine tatsächliche Verständigung über die steuerliche Behandlung von Sachverhalten<sup>156</sup>. Die Finanzbehörden dürfen selbst dann keinen Vergleich über feststehende Steueransprüche abschließen, wenn die Ansprüche auf Dauer nicht durchsetzbar sind und als Gegenleistung für einen Teilverzicht die verbleibende Steuerschuld vom Schuldner oder einem Dritten getilgt würde. Die Finanzbehörden dürfen aber im Eigeninteresse gem. § 261 AO Steuerforderungen niederschlagen, wenn deren Durchsetzung auf Dauer keinen Erfolg verspricht, da der Steuerpflichtige über kein pfändbares Einkommen oder Vermögen verfügt, oder die Vollstreckung aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist<sup>157</sup>. Die Niederschlagung hat keine Außenwirkung<sup>158</sup>, kann jederzeit wieder aufgehoben und der Steueranspruch erneut geltend gemacht werden<sup>159</sup>; unterbleibt aber eine Aufhebung, verjährt der Steueranspruch gem. § 228 AO innert fünf Jahren.

### C.) Fazit

Die Bestimmung des § 309 Abs. 1 InsO zur Ersetzung der Zustimmung eines Gläubigers zum Schuldenbereinigungsplan hat dazu geführt, dass die Finanzbehörden ihre Verwaltungspraxis entsprechend angepasst haben und wegen des Grundsatzes der gleichmäßigen Besteuerung diese auch

---

<sup>153</sup> Vereinbarungen im Steuerrecht als zulässig bejaht: BFHE 142, 549; 162, 211; *Vogel*, in: *Knobbe-Keuck u.a., FS für Georg Döllner*, 677, 690 m.w.N.; anders noch RFH RStBl. 38, 74; *Stadie*, BB 1977, 1648, 1650.

<sup>154</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 11.1.2002; OLG Köln, Beschluss v. 14.2.2001, NZI 2001, 205 f.

<sup>155</sup> BVerfGE 93, 121, 147 f.

<sup>156</sup> Vgl. BFH v. 31.7.1996 – XI R 78/95, BStBl. 1996 II, 625 m.w.N. sog. „tatsächliche Verständigung“; *Klein*, AO, §§ 38 Tz. 15, 78 Tz. 5 m.w.N.

<sup>157</sup> Z.B. keine Vollstreckungshilfe von einem Staat (u.a. Schweiz, Liechtenstein), in dem sich Vermögenswerte oder Einkünfte des Steuerpflichtigen befinden.

<sup>158</sup> *Tipke/Kruse*, Komm. zur AO und FGO, § 261 Tz. 6 selbst für den Fall, dass die Niederschlagung dem Schuldner mitgeteilt wurde.

<sup>159</sup> *Tipke/Kruse*, Komm. zur AO und FGO, § 261 Tz. 6 m.w.N.

auf alle anderen Fälle erstrecken müssen, in denen zahlungsunfähige oder von Zahlungsunfähigkeit bedrohte natürliche Personen einen Erlassantrag stellen.

Redlichen insolventen Steuerpflichtigen sind ihre Steuerschulden ganz oder teilweise zu erlassen, wenn ihnen dadurch ein wirtschaftlicher Neuanfang ermöglicht wird und die Billigkeitsmaßnahme im Verhältnis zu den Sanierungsbeiträgen anderer Gläubiger angemessen ist. Einkommen und Vermögen von Ehegatten oder Familienangehörigen sind nur zu berücksichtigen, soweit ein durchsetzbarer Unterhaltsanspruch des Steuerpflichtigen gegen diese besteht.

Die Nichtabgabe von Steuererklärungen kann weder für sich noch zusammen mit anderen Tatsachen die Ablehnung des Erlassantrags eines insolventen Schuldners begründen

