

# Betriebs Berater

37 | 2015

Recht | Wirtschaft | Steuern

7.9.2015 | 70. Jg.  
Seiten 2177–2240

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Christian von Oertzen**, RA/FAStR

Die EU-ErbVO – Neue Planungsgrundlage für internationale Familienunternehmer

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Holger Fleischer**, LL.M., und **Claudius Eschwey**, LL.M.

Die versäumte Einladung als Beschlussmangel im Aktien-, GmbH-, Vereins- und Wohnungseigentumsrecht | 2178

**Dr. Christoph Andreas Weber**

Kündigung von Bausparverträgen – § 489 BGB als Ausweg aus der eigenen Vertragsgestaltung? | 2185

## STEUERRECHT

**André Kral** und **Anne-Kathrin Watzlaw**, StBin

Die geplante Reform der Investmentbesteuerung – Praxishinweise und Handlungsbedarf aus Sicht einer depotführenden Stelle | 2198

**Dietrich Loll**, RA/StB, und **Christoph Malzkorn**, RA/StB

Aktuelle finanzgerichtliche Rechtsprechung für Freiberufler-Personengesellschaften | 2204

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Prof. Dr. Andreas Dutzi**, **Holger Christoph Leuvelde**, und **Bastian Rausch**, StB

Zweifelsfragen bei der Bilanzierung von Upstream Mergers nach HGB und IFRS | 2219

## ARBEITSRECHT

**Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann**, RA

Tarifeinheitengesetz – Die neue Unordnung in der gewillkürten Ordnung (Teil 1) | 2229

nehmigen. Als paradigmatischen Fall nennen die Gesetzesmaterialien die unterbliebene Einladung einzelner Aktionäre durch eingeschriebenen Brief infolge eines Büroversehens der Verwaltung.<sup>152</sup> Für das GmbH-Recht hatten die Gerichte zuvor schon gleichsinnig geurteilt<sup>153</sup> – eine Rechtsprechungslinie, die sich heute durch eine Analogie zu § 242 Abs. 2 S. 4 AktG noch weiter abstützen lässt. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Wertungsgleichklangs im Körperschaftsrecht sollte man für den Verein ebenso entscheiden und eine Genehmigung durch das nicht eingeladene Vereinsmitglied zulassen.<sup>154</sup> Auch im Aufsichtsratsrecht leuchtet es letztlich nicht ein, warum nicht betroffene Organmitglieder eine Heilung durch das übergangene Aufsichtsratsmitglied sollen unterlaufen können.<sup>155</sup> Hier sollte ebenso wie im Rahmen des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG gelten, dass die Genehmigung durch den Nichtgeladenen einer Klage durch andere Aufsichtsratsmitglieder die Grundlage entzieht.<sup>156</sup> Hält man mit der hier vertretenen Ansicht nur das übergangene Mitglied für rügeberechtigt, fallen Rügeverzicht und Heilung faktisch ohnehin zusammen.

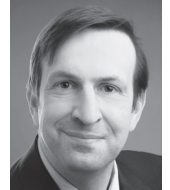
#### IV. Zusammenfassung

1. Welche Auswirkungen die versäumte Einladung eines Aktionärs, GmbH-Gesellschafters, Aufsichtsratsmitglieds, Vereinsmitglieds oder Wohnungseigentümers auf gleichwohl gefasste Gesellschafter- oder Organbeschlüsse hat, wird in Rechtsprechung und Rechtslehre mit unterschiedlicher Intensität erörtert.
2. Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Nichtladung, der Risikoverteilung bei misslungener Ladung, des Kausalitäts- bzw. Relevanzerfordernisses, der Rügebefugnis und der Heilbarkeit zeigen sich bei den einzelnen Rechtsformen teils konvergierende, teils divergierende Begründungslinien.
3. Die hier vorgenommene Zusammenschau der verschiedenen Grund- und Einzelwertungen zielt nicht auf eine strikte Vereinheitlichung sämtlicher Beschlussmängelregime, sondern belässt es dabei,

die Möglichkeiten eines wechselseitigen Wertungstransfers unterhalb der Ebene einer Großanalogie auszuloten.

4. Zu diesem Zweck werden die jeweiligen Einzelergebnisse stärker und strukturierter als bisher in den Gesamtzusammenhang des Körperschafts- und Wohnungseigentumsrechts gestellt. Diese Art der Gegenprobe schärft den Blick für rechtsformübergreifende Prinzipien, aber auch für Sachgründe, die eine rechtsformspezifische Abweichung gebieten, und fördert so die Wertungskonsistenz des Beschlussmängelrechts.

**Prof. Dr. Holger Fleischer**, LL.M., ist seit 1.4.2009 Direktor des Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Zuvor war er von 2003–2009 Universitätsprofessor in Bonn, von 2000–2003 Universitätsprofessor in Göttingen. Seine Forschungsschwerpunkte bilden das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Handelsrecht einschließlich Bilanzrecht, Rechtsökonomie, Rechtsvergleichung und Methodenlehre.



**Claudius Eschwey**, LL.M., Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand von Prof. Dr. Holger Fleischer am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München, der Bucerius Law School und der Harvard Law School.



<sup>152</sup> So Begr. RegE BT-Drs.12/6721, 11.

<sup>153</sup> Vgl. OLG Frankfurt, 26.8.1983 – 20 W 528/83, GmbHR 1984, 99, 100; in diese Richtung auch BGH, 7.2.1983 – II ZR 14/82, NJW 1983, 1677, 1678; darauf allgemein Bezug nehmend BT-Drs.12/6721, 11.

<sup>154</sup> Dazu auch *Schöpflin*, in: BeckOK BGB, Stand 2014, § 32 BGB, Rn. 37.

<sup>155</sup> Ebenso *Götz*, FS Lücke, 1997, S. 167, 181 mit dem Zusatz: „Ihre Bedenken gegen die Aufrechterhaltung des Beschlusses sollten sie [= die anderen Aufsichtsratsmitglieder] dem bei der Einladung übergangenen Aufsichtsratsmitglied notifizieren, welches diese in seine Überlegungen, ob es sein Anfechtungsrecht ausüben will, einbeziehen kann.“

<sup>156</sup> Sehr deutlich im Rahmen des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG BT-Drs. 12/6721, 11: „Hat der betroffene Aktionär die Genehmigung erteilt, können auch andere Aktionäre sich auf den Einberufungsmangel nicht mehr berufen.“

Dr. Christoph Andreas Weber

# Kündigung von Bausparverträgen – § 489 BGB als Ausweg aus der eigenen Vertragsgestaltung?

Eine Erwiderung auf *Edelmann/Suchowerskyj*, BB 2015, 1800

Nach Jahren ohne intensives Echo in der Fachliteratur nimmt die wissenschaftliche Diskussion um die Kündigungswelle bei Bausparverträgen zunehmend an Fahrt auf. In einem aktuellen Beitrag in dieser Zeitschrift vertreten *Edelmann/Suchowerskyj* den Standpunkt, § 489 BGB gewähre Kreditinstituten das Recht, die von ihnen selbst abgeschlossenen (und i. d. R. auch vorformulierten) Verträge zu kündigen. Sie wollen die als Schuldnerschutzinstrument konzipierte Norm damit in ein Instrument der Kreditwirtschaft zur Korrektur der eigenen Vertragsgestaltung um-

funktionieren. Der Beitrag widerspricht dieser These unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte des § 489 BGB und den Grundsatz der Privatautonomie.

## I. Einleitung

Verschiedene Bausparkassen haben sich durch die Niedrigzinspolitik der EZB dazu veranlasst gesehen, alte Bausparverträge mit – aus heu-

tiger Sicht – hohem Guthabenzins zu kündigen.<sup>1</sup> In einer teilweise vergleichbaren Ausgangslage befinden sich einige Sparkassen, die hoch verzinsliche Sparverträge mit langer Laufzeit geschlossen haben. Dies gilt etwa für die Sparkasse Ulm, die jedoch eine zurückhaltendere Strategie verfolgt und keine Kündigungen ausspricht, sondern sich um eine Nachverhandlung der Verträge bemüht<sup>2</sup> – wenngleich es auch hier die Verhandlungspositionen beeinflusst, ob die Sparkasse ansonsten zur Kündigung berechtigt wäre oder nicht. In beiden Konstellationen kann sich die Frage stellen, ob dem Kreditinstitut ein Kündigungsrecht nach § 489 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 BGB zusteht, sofern es ausnahmsweise die Darlehensnehmerrolle einnimmt, wie es beim Sparvertrag und – in der sog. Ansparphase – auch beim Bausparvertrag der Fall ist.<sup>3</sup> Das LG Ulm und der Verfasser verneinen ein solches Kündigungsrecht mit der Begründung, die Tatbestände des § 489 BGB seien teleologisch zu reduzieren und fänden deshalb keine Anwendung auf die genannten Fallgestaltungen.<sup>4</sup> *Edelmann* und *Suchowerskyj* widersprechen dieser These vehement,<sup>5</sup> was Anlass zu einigen Ergänzungen und Klarstellungen gibt.<sup>6</sup>

## II. Einordnung des Problems, Klarstellung der eigenen Position

### 1. Schuldnerschutz, nicht Verbraucherschutz als Ziel des § 489 BGB

*Edelmann/Suchowerskyj* legen dem Verfasser die Aussage in den Mund, § 489 BGB sei „ausschließlich ein Schutzgesetz zugunsten des Verbrauchers“.<sup>7</sup> Schlägt man an der von ihnen zitierten Stelle nach, so steht dort jedoch: „Richtig ist zwar, dass sich die Kündigungsrechte nach § 489 nicht auf Verbraucher als Darlehensnehmer beschränken, sondern der Schutz der Vorschrift bewusst sogar auf Kaufleute ausgedehnt wurde.“<sup>8</sup> – Empfindlichkeiten bzgl. der Zitierweise von *Edelmann/Suchowerskyj* würden die Diskussion nicht weiterbringen. Zielführender erscheint der Hinweis, dass ihre Argumentation aufgrund dieses unzutreffenden Ausgangspunkts teilweise zu einem „Kampf gegen Windmühlenflügel“ gerät, weil versucht wird, eine These zu widerlegen, die – jedenfalls vom Verfasser<sup>9</sup> – so gar nicht aufgestellt worden ist. Entscheidend ist, dass es sich um eine Schuldnerschutzbestimmung (und keine reine Verbraucherschutzbestimmung) handelt (dazu unter III.1.).

### 2. Schutz der privatautonom eingegangenen Bindung, nicht Verbraucherschutz

Den Blick auf den Kern des Problems verstellt tendenziell auch die Formulierung von *Edelmann/Suchowerskyj*, für die geforderte teleologische Reduktion spreche „nichts als der Wunsch nach mehr Verbraucherschutz, als er im Gesetz tatsächlich vorgesehen und vom Gesetzgeber gewollt ist“.<sup>10</sup> Hier wird zu sehr in „Lagerstrukturen“ gedacht. Nicht jeder, der eine für Teile der Kreditwirtschaft im Einzelfall ungünstige Position vertritt, propagiert Verbraucherschutz. Vielmehr ist es dem Verfasser (auch in anderem Zusammenhang<sup>11</sup>) ein Anliegen, der Vertragsfreiheit – einschließlich der Bindungswirkung privatautonom getroffener Absprachen<sup>12</sup> – nach Möglichkeit Raum zu geben, so dass er (im Ausgangspunkt durchaus „pro Kreditwirtschaft“) der Vorschrift des § 489 BGB insgesamt kritisch gegenübersteht, weil diese in jedem Satz paternalistischen Geist atmet.<sup>13</sup> Es gilt jedoch, konsequent zu bleiben und die Vorschrift nicht plötzlich gutzuheißen, wenn sich in den hier gegebenen Sonderkonstellationen die Kredit-

wirtschaft darauf beruft. Dementsprechend ist klarzustellen, dass es nicht um Verbraucherschutz geht, sondern um die Frage, ob die privatautonom eingegangene und ausgestaltete Vertragsbindung der (Bau-)Sparkassen aufrechterhalten bleibt (so das LG Ulm und der Verfasser) oder ob sie durch eine paternalistisch ausgerichtete Schutzvorschrift durchbrochen wird,<sup>14</sup> wie es normalerweise eher der Denkrichtung der Verbraucherschützer entspricht, hier aber von *Edelmann* und *Suchowerskyj* zugunsten der Kreditwirtschaft empfohlen wird.

## III. Die historische Perspektive: § 489 BGB als Schuldnerschutzbestimmung

### 1. Ausgangspunkt: Schutz gegen die (vermeintliche) „Uebermacht des Gläubigers“

Der Rechtscharakter des § 489 BGB erschließt sich aus seiner Entstehungsgeschichte. Die Vorschrift geht – über (durchaus unterschiedliche) Vorläufernormen in den § 609a BGB a.F., 247 BGB a.F. – auf ein Gesetz des Norddeutschen Bundes aus dem Jahr 1867 zurück, welches dem Darlehensnehmer eines mit mehr als 6% p. a. verzinnten Darlehens in seinem § 2 Abs. 1 ein Kündigungsrecht einräumte. Diese Ursprungsfassung enthielt tatsächlich eine Ausnahme für „Darlehne [sic.], welche ein Kaufmann empfängt“ (§ 2 Abs. 3 Alt. 2).<sup>15</sup> Diese Ausnahme wurde jedoch bewusst nicht in das BGB und das HGB übernommen.<sup>16</sup> Im „Kommissionsbericht über den Entwurf eines H. G. B.“ heißt es dazu, dass das Kündigungsrecht „als geeignetes Mittel anerkannt worden sei, dem Schuldner gegen die Uebermacht des Gläubigers Schutz zu gewähren und dieser Schutz auch im kaufmännischen Verkehre durchaus angebracht sei“.<sup>17</sup> Damit korrespondiert folgende Formulierung in den Materialien zu § 247 BGB a.F.: „Das hier in Rede stehende Kündigungsrecht des Schuldners bei hohen Zinsen sei, jedenfalls seiner Wirkung nach, ein Mittel gegen den Mißbrauch der wirtschaftlichen Uebermacht des Gläubigers gegenüber

1 *Frühau*, *Faz.net* v. 15.11.2012, abrufbar unter [www.faz.net/-gv6-74cz4](http://www.faz.net/-gv6-74cz4) (Abruf: 14.8.2015).

2 Vgl. die einschlägigen Pressemitteilungen der Sparkasse, abrufbar unter [www.sparkasse-ulm.de](http://www.sparkasse-ulm.de) (Abruf: 14.8.2015).

3 *Mülb*ert/*Schmitz*, in: *Berger* u.a. (Hrsg.), FS Horn, 2006, S. 777, 778 (Bausparvertrag); *Habersack*, *MüKo* BGB, 6. Aufl. 2013, § 808, Rn. 22 (Sparvertrag).

4 Ausführlich LG Ulm, 26.1.2015 – 4 O 273/13, BeckRS 2015, 01783; vgl. auch schon OLG München, 21.11.2011 – 19 U 3638/11, BeckRS 2011, 28765 (knappes obiter dictum); *Weber*, ZIP 2015, 961, 965; zum tatsächlichen Hintergrund vgl. die in Fn. 2 nachgewiesenen Pressemitteilungen der Sparkasse Ulm.

5 *Edelmann/Suchowerskyj*, BB 2015, 1800; gegen die teleologische Reduktion auch *Yildirim*, *VuR* 2015, 258, 259 f.; i. E. ebenso (noch) ohne Auseinandersetzung mit der neu aufkommenden Frage einer teleologischen Reduktion LG Mainz, 28.7.2014 – 5 O 1/14, WM 2015, 181 f.; LG Aachen, 19.5.2015 – 10 O 404/14; LG Hannover, 30.6.2015 – 14 O 55/15; *Mülb*ert/*Schmitz*, in: *Berger* u.a. (Hrsg.), FS Horn, 2006, S. 777, 783 ff.

6 Zur teleologischen Reduktion des § 489 BGB s. ferner *Weber*, *Beck'scher Online-Großkommentar*, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 15.2, 17.2.

7 *Edelmann/Suchowerskyj*, BB 2015, 1800, 1802 bei Fn. 24.

8 *Weber* (Fn. 4), S. 965 bei Fn. 48.

9 Sie findet sich aber immerhin im (von *Edelmann/Suchowerskyj* ebenfalls zitierten) knapp gehaltenen obiter dictum des OLG München, 21.11.2011 – 19 U 3638/11, BeckRS 2011, 28765, das in diesem Punkt nicht überzeugt.

10 *Edelmann/Suchowerskyj*, BB 2015, 1800, 1802 bei Fn. 26.

11 S. etwa *Weber*, *BKR* 2013, 450 (für Wirksamkeit formulärmäßiger Kreditbearbeitungsentgelte).

12 Vgl. *Flume*, AT II, 1965, S. 2.

13 Vgl. *Weber*, *Beck'scher Online-Großkommentar*, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 8; *Hey*, in: *Heldrich* u.a. (Hrsg.), FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 443, 447; kritisch auch *Bühler/Köndgen/Schmidt*, ZBB 1990, 49 ff.

14 S. bereits *Weber* (Fn. 4), S. 964; vgl. auch LG Ulm, 26.1.2015 – 4 O 273/13, BeckRS 2015, 01783, juris Rn. 134.

15 GBl. des Norddeutschen Bundes, S. 159; zum Ganzen RefE zu § 609a BGB a.F., WM 1985, 1488, 1489.

16 RefE zu § 609a BGB a.F., WM 1985, 1488, 1489; *Weber* (Fn. 4), S. 965.

17 Kommissionsbericht über den Entwurf eines H. G. B., abgedruckt bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. 2, 1987, S. 1347 unten; vgl. auch noch S. 1412.

dem Schuldner. Bei der herrschenden starken Strömung, welche auf eine Verstärkung des Schutzes des wirtschaftlich Schwächeren gehe [...] empfehle es sich nicht, dieses bestehende Schutzmittel für den Schuldner fallen zu lassen.<sup>18</sup> In späteren bundesrepublikanischen Zeiten geriet § 247 BGB a.F., weil das Marktzinsniveau über 6% p.a. lag, zu einem „voraussetzungslosen allgemeinen Kündigungsrecht“, das „gesamtwirtschaftlich nachteilige Auswirkungen zeitigte.“<sup>19</sup> Deshalb entschied man sich „den Schuldnerschutz nur dort auf ein angemessenes Maß zurückzuführen, wo er sich in der Vergangenheit als besonders störend erwiesen hatte“, namentlich beim Festzinskredit, behielt den Grundgedanken des Schuldnerschutzes durch ein zwingend normiertes Kündigungsrecht jedoch bei.<sup>20</sup> Der Entstehungsgeschichte nach ist § 489 BGB damit, ebenso wie § 609a BGB a.F. und § 247 BGB a.F., ein sozialpolitisch motiviertes Schuldnerschutzinstrument,<sup>21</sup> welches bewusst auf den kaufmännischen Schuldner erstreckt wurde, weil man auch hier eine „Uebermacht des Gläubigers“ argwöhnte. Wer, wie der Verfasser, derartige Topoi tendenziell mit spitzen Fingern anfasst, wird der Norm kritisch gegenüberstehen.<sup>22</sup> An der gesetzgeberischen Denkrichtung ändert dies jedoch nichts.

## 2. Schutz gegen die „Uebermacht“ des (Bau)-Sparers als gesetzgeberische Intention?

Wen sich der Gesetzgeber als den „übermächtigen“ Gläubiger vorstellte, erschließt sich indirekt (nur) aus den Materialien zu § 609a BGB a.F. Sie spielen auf die (damalige) Praxis der Kreditwirtschaft an, sich ein weitreichendes Zinsbestimmungsrecht nach § 315 BGB auszubedingen, und sehen die Vorschrift als „Gegengewicht gegen das Zinsbestimmungsrecht des Gläubigers“.<sup>23</sup> Deutlich wird dies etwa in der Passage: „Es bleibt den Geschäftsbedingungen des Kreditinstituts vorbehalten [...] Vorkehrungen zu treffen, die eine zeitliche Eingrenzung der Kündigungsbefugnis des Darlehensnehmers ermöglichen; eine Zinsanpassung gemäß § 315 BGB ist dadurch nicht ausgeschlossen.“<sup>24</sup> Hier liegt offen zutage, dass sich die Entwurfsverfasser den Darlehensgeber als Kreditinstitut vorstellten, das in seinen AGB ein derartiges Zinsbestimmungsrecht verankert hat.<sup>25</sup> Die im Referentenentwurf enthaltene „Kampfrhetorik“, es müsse „Waffengleichheit“ zugunsten des Schuldners hergestellt werden,<sup>26</sup> gehört in den gleichen Kontext. Wichtiger ist jedoch eine Formulierung in der Begründung des Referentenentwurfs. Dort heißt es, (u.a.) Inhaberschuldverschreibungen sollten weiterhin vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen bleiben; bei ihnen bestehe „kein Bedürfnis für ein gesetzliches Kündigungsrecht des Schuldners, der in der Praxis meist ein Kreditinstitut ist“.<sup>27</sup> Es gibt m. a. W. einen Fall in den Materialien, in dem dem Gesetzgeber die hier interessierende Konstellation vor Augen stand, dass ein Kreditinstitut die Schuldnerrolle einnimmt, und in ihr wurde ein Kündigungsrecht als nicht sachgerecht eingestuft. Gleichzeitig liegt sie anders und so speziell, dass nicht unterstellt werden kann, der Gesetzgeber habe ganz allgemein erkannt, dass auch Kreditinstitute bisweilen als Darlehensnehmer auftreten.

## 3. Wirtschaftlicher Hintergrund des Schuldnerschutzes nach § 489 BGB

Von prominenter Seite ist darauf hingewiesen worden, dass auch gewerbliche Darlehensnehmer die Zinsentwicklung nicht über den in § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB angesprochenen Zehnjahreszeitraum prognostizieren können.<sup>28</sup> Das ist im Ausgangspunkt sicher richtig. Der daraus gezogenen Schlussfolgerungen, Bausparkassen bedürften des Schutzes durch diese Vorschrift,<sup>29</sup> ist jedoch zu widersprechen. Zum einen ist der in systematischer Hinsicht passendere Ort, um von der Kreditwirtschaft eingegangene Zinsrisiken zu steuern, das Aufsichtsrecht mit seinem viel differenzierteren Instrumentarium. Zum anderen hat die Kreditwirtschaft es in der Hand, durch geeignete Vertragsgestaltung zu entscheiden, welche Risiken sie eingehen möchte. Vor allem aber können Rechtsvorschriften wie § 489 BGB das Zinsänderungsrisiko ohnehin nicht aus der Welt schaffen, sondern lediglich seine Allokation beeinflussen.<sup>30</sup> Soweit die Vorschrift dem Darlehensnehmer Kündigungsrechte gewährt, überwälzt sie das Zinsänderungsrisiko auf den Darlehensgeber.<sup>31</sup> Dahinter steht nach dem Gesagten offenkundig die Vorstellung, dass es sich dabei um den wirtschaftlich stärkeren Vertragspartner handelt, der i. d. R. ein Kreditinstitut ist. Für die gesetzgeberische Entscheidung lässt sich immerhin anführen, dass Kreditinstitute über eine besondere Befähigung zur Analyse, Steuerung und Tragung von Zinsänderungsrisiken verfügen und sie wenigstens teilweise an den Kapitalmarkt weitergeben können.<sup>32</sup> Wirtschaftlich wäre es einer Pfandbriefbank z.B. möglich, Festzinskredite sogar über einen Zeitraum von 20 Jahren ohne Kündigungsmöglichkeit zu vergeben, wenn die Refinanzierung über einen Pfandbrief gleicher Laufzeit erfolgen kann. Im Bauspargeschäft liegen die Dinge insoweit zweifellos anders. Das ändert jedoch nichts daran, dass auch Bausparkassen im Verhältnis zum Bausparer die bessere Befähigung zur Analyse, Steuerung und Bewältigung von Zinsänderungsrisiken sowie zu einer geeigneten Vertragsgestaltung attestiert werden muss.

stuzieren können.<sup>28</sup> Das ist im Ausgangspunkt sicher richtig. Der daraus gezogenen Schlussfolgerungen, Bausparkassen bedürften des Schutzes durch diese Vorschrift,<sup>29</sup> ist jedoch zu widersprechen. Zum einen ist der in systematischer Hinsicht passendere Ort, um von der Kreditwirtschaft eingegangene Zinsrisiken zu steuern, das Aufsichtsrecht mit seinem viel differenzierteren Instrumentarium. Zum anderen hat die Kreditwirtschaft es in der Hand, durch geeignete Vertragsgestaltung zu entscheiden, welche Risiken sie eingehen möchte. Vor allem aber können Rechtsvorschriften wie § 489 BGB das Zinsänderungsrisiko ohnehin nicht aus der Welt schaffen, sondern lediglich seine Allokation beeinflussen.<sup>30</sup> Soweit die Vorschrift dem Darlehensnehmer Kündigungsrechte gewährt, überwälzt sie das Zinsänderungsrisiko auf den Darlehensgeber.<sup>31</sup> Dahinter steht nach dem Gesagten offenkundig die Vorstellung, dass es sich dabei um den wirtschaftlich stärkeren Vertragspartner handelt, der i. d. R. ein Kreditinstitut ist. Für die gesetzgeberische Entscheidung lässt sich immerhin anführen, dass Kreditinstitute über eine besondere Befähigung zur Analyse, Steuerung und Tragung von Zinsänderungsrisiken verfügen und sie wenigstens teilweise an den Kapitalmarkt weitergeben können.<sup>32</sup> Wirtschaftlich wäre es einer Pfandbriefbank z.B. möglich, Festzinskredite sogar über einen Zeitraum von 20 Jahren ohne Kündigungsmöglichkeit zu vergeben, wenn die Refinanzierung über einen Pfandbrief gleicher Laufzeit erfolgen kann. Im Bauspargeschäft liegen die Dinge insoweit zweifellos anders. Das ändert jedoch nichts daran, dass auch Bausparkassen im Verhältnis zum Bausparer die bessere Befähigung zur Analyse, Steuerung und Bewältigung von Zinsänderungsrisiken sowie zu einer geeigneten Vertragsgestaltung attestiert werden muss.

## IV. Methodische Rechtfertigung der teleologischen Reduktion

Durch teleologische Reduktion wird eine „nach ihrem insoweit eindeutigen Wortsinn zu weit gefasste Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck oder Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt“.<sup>33</sup> Dessen bedarf es auch in Bezug auf § 489 BGB.

18 Mugdan II, 1899, S. 628 f.

19 RefE zu § 609a BGB a.F., WM 1985, 1488, 1489; Weber, Beck'scher Online-Großkommentar, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 2.

20 Fraktionsentwurf zu § 609a BGB a.F., BT-Drs. v. 29.1.1986 10/4741, 21; vgl. auch LG Ulm, 26.1.2015 – 4 O 273/13, BeckRS 2015, 01783, juris Rn. 130; Weber, Beck'scher Online-Großkommentar, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 2, 7 ff.

21 Zur Einordnung als Schuldnerschutzinstrument LG Ulm, 26.1.2015 – 4 O 273/13, BeckRS 2015, 01783, juris Rn. 129; Berger, MüKoBGB, 6. Aufl. 2012, § 489, Rn. 2; Weber, Beck'scher Online-Großkommentar, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 7.

22 So zumindest in der Tendenz auch Bühler/Köndgen/Schmidt, ZBB 1990, 49 ff.

23 Fraktionsentwurf zu § 609a BGB a.F., BT-Drs. v. 29.1.1986 10/4741, 22 o. links; vgl. auch LG Ulm, 26.1.2015 – 4 O 273/13, BeckRS 2015, 01783, juris Rn. 130; Weber, Beck'scher Online-Großkommentar, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 10.

24 Fraktionsentwurf zu § 609a BGB a.F., BT-Drs. v. 29.1.1986 10/4741, 22 u. rechts.

25 Vgl. LG Ulm, 26.1.2015 – 4 O 273/13, BeckRS 2015, 01783, juris Rn. 132 f.

26 RefE zu § 609a BGB a.F., WM 1985, 1488, 1491 (zu Abs. 1 Nr. 1); vgl. dazu auch LG Ulm, 26.1.2015 – 4 O 273/13, BeckRS 2015, 01783, juris Rn. 133; Weber, Beck'scher Online-Großkommentar, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 11, 15.2.

27 RefE zu § 609a BGB a.F., WM 1985, 1488, 1490; vgl. auch Weber, Beck'scher Online-Großkommentar, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 15.1 f.

28 Mülberr/Schmitz, in: Berger u. a. (Hrsg.), FS Horn, 2006, S. 777, 784; so wohl auch Edelmann/Suchowerskyj, BB 2015, 1800, 1801 f.

29 Mülberr/Schmitz, in: Berger u. a. (Hrsg.), FS Horn, 2006, S. 777, 784.

30 Weber (Fn. 4), S. 965; Weber, Beck'scher Online-Großkommentar, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 15.1 f.

31 RefE zu § 609a BGB a.F., WM 1985, 1488, 1489, wo es darum geht, diese Risikoüberweisung durch Begrenzung des Kündigungsrechts abzuschwächen.

32 Weber, Beck'scher Online-Großkommentar, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 15.1 f.

33 Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 210 f.



Orientiert man sich zunächst an den o.g. Materialien, so soll die Vorschrift die Position des Darlehensnehmers gegenüber seinem als „übermächtig“ vermuteten Vertragspartner stärken. Dabei wird nicht gefragt, ob der Darlehensgeber im Einzelfall wirklich „mächtiger“ ist, sondern – augenscheinlich im Interesse der Rechtssicherheit<sup>34</sup> – eine typisierende Betrachtung anhand der Rollen der Parteien bei Vertragsschluss vorgenommen. Eine teleologische Reduktion, die darauf abstellt, ob der Darlehensgeber im Einzelfall „übermächtig“ ist oder nicht, wäre deshalb mit dem gesetzlichen Regelungsplan unvereinbar. Anders liegen die Dinge jedoch, wenn ein derartiges „Übermachtverhältnis“ in einer abstrakt-generell umreißbaren Fallgruppe von vornherein ausgeschlossen werden kann.<sup>35</sup> So verhält es sich, wenn ein Kreditinstitut die Darlehensnehmerrolle einnimmt und auf der anderen Seite ein Verbraucher steht. Der vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Schutzzweck trägt in diesem Fall nicht, woran im Gesetzgebungsverfahren ersichtlich nicht gedacht wurde, so dass auch eine planwidrige Regelungslücke vorliegt und die vorgeschlagene teleologische Reduktion jedenfalls in dieser Konstellation gerechtfertigt ist.<sup>36</sup> Löst man sich von der „Machtrhetorik“ der Gesetzesmaterialien zugunsten der oben für eher sachgerecht befundenen Argumentation (III.3.) – Verlagerung des Zinsänderungsrisikos auf den insoweit „risikokompetenteren“ Vertragspartner –, so gilt nichts Anderes. Ein Kreditinstitut behält seine besondere Risikokompetenz auch dann, wenn es sich im Einzelfall in der Darlehensnehmerrolle wiederfindet, so dass die Risikozuweisung an den Darlehensgeber in diesem Fall fehlginge.

## V. Weitere Gesichtspunkte

*Edelmann/Suchowskyj* stützen sich ferner darauf, dass § 489 BGB normensystematisch nicht dem Verbraucherdarlehensrecht zuzuordnen ist und entnehmen daraus die – im Grunde selbstverständliche und vom Verfasser nicht bestrittene<sup>37</sup> –, Aussage dass es sich nicht um eine reine Verbraucherschutzvorschrift handelt.<sup>38</sup> Das ändert aber nichts daran, dass es sich gleichwohl um eine Schuldnerschutzvorschrift handelt, hinter der der Gedanke einer wirtschaftlichen „Uebermacht“ des Gläubigers steht, der in den hier vorliegenden Konstellationen nicht trägt.

Ebenso wenig verfährt der Hinweis auf die in § 489 Abs. 4 S. 2 BGB normierten Ausnahmen, die sich nicht auf Kreditinstitute erstrecken.<sup>39</sup> Zum einen liegt es gerade im Wesen der teleologischen Reduktion, dass sie über etwaige geschriebene Ausnahmetatbestände hinausgeht.<sup>40</sup> Zum anderen folgt aus § 489 Abs. 4 S. 2 BGB wertungsmäßig nichts für die Gegenposition. Diese Ausnahmebestimmung korrespondiert weitgehend mit § 20 Abs. 1 Nr. 1 lit. a-c PfandBGB, und die Bedeutung des Öffentlichen Pfandbriefs belegt, dass staatliche Körperschaften in großem Umfang als Darlehensnehmer auftreten. Dass der Gesetzgeber daran gedacht hat, überrascht kaum und besagt nicht, dass auch an die hier interessierende (im Fall des § 489 Abs. 4 S. 2 BGB aber gerade nicht gegebene) Konstellation mit dem Kreditinstitut in der Darlehensnehmerrolle gedacht wurde.

## VI. Fazit

Die Bausparkassen – Gleiches gilt für diejenigen Sparkassen, die langfristige und aus heutiger Sicht hoch verzinsliche Sparverträge abgeschlossen haben – zählen zu den Opfern der von der EZB im Rahmen

der Eurorettung verfolgten Niedrigzinspolitik.<sup>41</sup> Sie leiden schuldlos unter dem derzeitigen Zinsumfeld und haben ein nachvollziehbares Interesse daran, nicht zu unveränderten Bedingungen an hochverzinsliche Altverträge gebunden zu bleiben.<sup>42</sup> Allerdings stehen den Bausparkassen durchaus Möglichkeiten zur Vertragsbeendigung zu Gebote, wenn man an die ordentliche Kündigung voll besparter Bausparverträge nach § 488 Abs. 3 BGB denkt und berücksichtigt, dass auch das Nichtbesparen des Vertrags ein Kündigungsrecht begründet.<sup>43</sup> Von einer „ewigen Bindung“ – die noch dazu nur durch die eigenen AGB selbst auferlegt sein könnte – kann deshalb keine Rede sein.<sup>44</sup> Zudem kann auch der Sparer – und sei er, wie beim Bausparvertrag, Zwecksparer – zu den Opfern der Notenbankpolitik gezählt werden.<sup>45</sup> Er findet im derzeitigen Zinsumfeld keine ebenso sichere Anlagealternative, die ihn seinem Sparziel in vergleichbarer Weise näherbringt,<sup>46</sup> und würde durch eine Kündigung um die Früchte der vorausschauenden langfristigen Geldanlage gebracht. Deshalb erscheint es auch unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten nicht geboten, den Bausparkassen ein zusätzliches Kündigungsrecht nach § 489 BGB zu gewähren. Nicht in gleicher Weise schutzwürdig ist hingegen der Wunsch des (Bau-)Sparers, seiner Vertragspartnerin – ggf. unter Auflösung anderer Anlagen – über die vereinbarten Einzahlungen hinaus zusätzliche Mittel aufdrängen zu können. Die Bausparkassen können sich hiergegen mit Hilfe von § 2 Abs. 2 der Muster-ABB wehren.<sup>47</sup> Auch bei den Sparverträgen der Sparkassen könnte eine ausgewogene Lösung darin bestehen, eine Erhöhung der vorgesehenen Ratenzahlung zu unterbinden. Ausführungen dazu, ob dieser Weg juristisch gangbar ist, würden jedoch den Rahmen dieses Beitrags sprengen.

**Dr. Christoph Andreas Weber** ist akademischer Rat auf Zeit und Habilitand an der Ludwig-Maximilians-Universität München am Lehrstuhl von Prof. Dr. Mathias Habersack. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Bürgerlichen Recht, im Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Insolvenzrecht sowie im Bankrecht. Mit dem im Beitrag thematisierten § 489 BGB setzt er sich ausführlich im Rahmen einer gerade erscheinenden Kommentierung im Beck'schen Online-Großkommentar zum BGB auseinander.



34 Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 212.

35 Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 212 f., die mit ähnlichen Erwägungen eine teleologische Reduktion des § 181 BGB begründen.

36 Vgl. LG Ulm, 26.1.2015 – 4 O 273/13, BeckRS 2015, 01783, juris Rn. 133; *Weber* (Fn. 4), S. 965 f.; *Weber*, Beck'scher Online-Großkommentar, 2015 (im Erscheinen), § 489, Rn. 15.1 f., 17.2. Zum Erfordernis einer planwidrigen Regelungslücke *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 210.

37 *Weber* (Fn. 4), S. 965 bei Fn. 48.

38 *Edelmann/Suchowskyj*, BB 2015, 1800, 1801 f.; *Yildirim*, VuR 2015, 258, 260.

39 *Edelmann/Suchowskyj*, BB 2015, 1800, 1801 f.

40 Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 212.

41 Zur Notenbankpolitik und ihren Folgen allgemein etwa *Forkel*, ZRP 2012, 240. Zur Extremform des „Negativzins“ *Tröger*, NJW 2015, 657.

42 Zur Interessenlage ausführlich *Weber* (Fn. 4), S. 962 ff.

43 *Weber* (Fn. 4), S. 962, 966.

44 A. A. *Edelmann/Suchowskyj*, BB 2015, 1800, 1803.

45 Vgl. *Forkel*, ZRP 2012, 240.

46 Vgl. *Loomann*, Faz.net-Artikel vom 20.9.2013, abrufbar unter [www.faz.net/-gvg-7hpdq](http://www.faz.net/-gvg-7hpdq) (Abruf: 17.8.2015).

47 *Weber* (Fn. 4), S. 966.