



JOHANNES GUTENBERG
UNIVERSITÄT MAINZ



Johannes Gutenberg-Universität Mainz (JGU) D 55099 Mainz
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

Fachbereich Rechts- und
Wirtschaftswissenschaften

Prof. Dr. Peter O. Mülbert

Johannes Gutenberg-Universität Mainz
(JGU)
Jakob-Welder-Weg 9
Haus Recht- und Wirtschaft I
2. Stock, Zimmer 02-208
55099 Mainz

Tel. +49 6131 39 230 40

muelbert@uni-mainz.de

www.uni-mainz.de

Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags

Zu der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie“ BT-Drucksache 18/5922

Der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie gibt dem Rechtsausschuss des Bundestags nur sehr punktuell Anlass, bislang noch nicht ganz hinreichend bedachten Themen und Einzelfragen nachzugehen. Das gilt sowohl für die Vorschriften zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie als auch die Vorschriften, mit denen aus Anlass dieser Umsetzung weitere Komplexe geregelt werden sollen.

Im Folgenden ist zunächst der dem deutschen Gesetzgeber verbleibende Handlungsrahmen (I.) und die daraus abzuleitenden Fragestellungen (II.) zu umreißen, um diese dann im Einzelnen zu erörtern (III. – VI.).

I. Handlungsrahmen des deutschen Gesetzgebers

Bei der Richtlinie 2014/17/EU über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 2008/48/EG und 2013/36/EG und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 (im Folgenden: RL) handelt es sich um einen umfangreichen Rechtsakt. Neben zahlreichen, teils sehr detaillierten Einzelvorschriften tragen hierzu insbesondere auch die sehr umfangreichen Erwägungsgründe (15 S.) bei, die die einzelnen Richtlinienbestimmungen näher erläutern.

Konzeptionell ist die Richtlinie weithin dem Konzept einer bloßen Mindestharmonisierung verpflichtet und lässt den Mitgliedstaaten zumeist Spielraum für strengere nationale Vorschriften. Vorschriften, bei denen das nationale Recht keine strengeren Regelungen vorsehen darf, sind in Art. 14 Abs. 2 RL ausdrücklich aufgeführt. Das betrifft im Wesentlichen vorvertragliche Informationspflichten (Art. 14 Abs. 2 RL) und Vorgaben zum effektiven Jahreszins. Gegenläufig wird dem nationalen Recht allerdings vereinzelt auch erlaubt, die Richtlinie oder einzelne Vorschriften nicht umzusetzen, gegebenenfalls unter dem Vorbehalt, dass das nationale Recht hinreichende alternative Schutzvorschriften enthält (Art. 3 Abs. 3-5 RL).

Für den deutschen Gesetzgeber resultiert aus den Vorgaben der Wohnimmobilienkreditrichtlinie ein zugleich enger und weiter Gestaltungsspielraum:

- bei Umsetzung der Mindestvorgaben der Richtlinie, hat der Gesetzgeber keinen Spielraum für Abweichungen nach unten. Solche unzulässigen Abweichungen nach unten liegen auch dann vor, soweit unter harmonisierendem Rückgriff auf die Terminologie des nationalen Rechts Begriffe Verwendung finden, die gegenüber den Richtlinienvorgaben eine zu Gunsten des Darlehensgebers großzügigere Regelung bedeuten würden;
- soweit gegenüber den Mindestvorgaben strengere nationale Regelungen in Rede stehen, ist der deutsche Gesetzgeber dagegen grundsätzlich frei. Grenzen ziehen insoweit nur die Vorschriften mit maximalharmonisierendem Charakter (Art. 2 Abs. 2 RL) und etwaiges sonstiges Unionsrecht wie insbesondere auch die Verbürgung der Grundfreiheiten.

Zudem folgt aus dem vom EuGH entwickelten Gebot der richtlinienkonformen Auslegung in der Sache eine weitere Einschränkung des Gestaltungsfreiraums des deutschen Gesetzgebers. Soweit er von den Begrifflichkeiten der Richtlinie abweicht, etwa um Umsetzungsbestimmungen an die eingeführte Terminologie des BGB anzupassen oder um als unpräzise empfundene Begrifflichkeiten zu schärfen, liegt darin in der Sache lediglich eine scheinbare Präzisierung(sleistung). Wegen des Gebots der richtli-

nienkonformen Auslegung als vorrangigem Auslegungstopos bestimmt sich der Inhalt der deutschen Vorschrift unabhängig von allen nationalen Präzisierungen letztlich doch nach den jeweiligen Vorgaben der Richtlinie, deren inhaltliche Ausformung dem Auslegungsmonopol des EuGH überantwortet ist.

II. Fragestellungen

Ausgehend von dem vorstehend umrissenen Handlungsrahmen des deutschen Gesetzgebers sind, was die Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie anbelangt, drei Themenkomplexe von Interesse:

- unzulässige Abweichungen im Bereich der Mindestharmonisierung nach unten (III.)
- Bewertung strengerer nationaler Regelungen im Bereich der Mindestharmonisierung (IV.)
- sonstige Desiderata: Fehlen von Regelungen, gesetzestechnische Verbesserungen (Systematik, Terminologie etc.) (V.).

Die richtlinienunabhängigen Regelungen schließlich sind gesondert zu bewerten (VI.).

III. Keine Abweichungen im mindestharmonisierten Bereich

1. Allgemeines

Die Umsetzung der mindestharmonisierenden Vorschriften der Wohnimmobilienkreditrichtlinie durch die Bestimmungen des Regierungsentwurfs lässt keine unzulässigen Abweichungen von den Richtlinienvorgaben erkennen.

Soweit die Stellungnahme des Bundesrats (BR-Drucksache 359/16 - Beschluss) gewisse Abmilderungen oder auch sprachliche Anpassungen anregt (Nr. 4, 5, 6, 19, 209) und die Gegenäußerung der Bundesregierung dies unter Hinweis auf die Regelungsvorgaben der Wohnimmobilienkreditrichtlinie ablehnt, ist der Gegenäußerung jeweils zu folgen. Das gilt nicht zuletzt für das Petitum, die echte Abschnittsfinanzierung der unechten Abschnittsfinanzierung im Hinblick auf die Entbehrlichkeit einer erneuten Kreditwürdigkeitsprüfung gleichzustellen, was mit Art. 18 Abs. 5 lit. a RL unvereinbar ist.

2. Rechtsfolgen einer fehlerhaften Kreditwürdigkeitsprüfung

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung werden in § 504d E-BGB erstmals ausdrücklich geregelt. Die in Abs. 1 vorgesehene zentrale Rechtsfolge – eine differenzierte Ermäßigung des Vertragszinssatzes je nachdem, ob der Vertrag einen gebundenen Sollzinssatz (§ 489 Abs. 5 BGB) oder einen variablen Sollzinssatz vorsieht –, stellt eine in den Kategorien des deutschen Rechts sachgerechte Rechtsfolge dar und ist mit dem EU-Recht vereinbar.

Was zunächst das nationale Recht anbelangt, kam als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die in § 18 Abs. 2 KWG enthaltene Verpflichtung zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen an sich allenfalls in Betracht, § 18 Abs. 2 KWG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu qualifizieren und dem Verbraucher einen auf Aufhebung des Vertrages gerichteten Schadensersatzanspruch zuzubilligen. Jedoch ist es zunächst Sache jedes eigenverantwortlich handelnden Verbrauchers, sich seiner Fähigkeit zur Rückzahlung eines Kredits zu versichern. Mit der Bejahung von „Schadensersatzansprüchen des Verbrauchers ist damit zugleich die Entscheidung getroffen, die Verantwortung für die finanziellen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Verbrauchers teilweise auf den Kreditgeber zu verlagern. Die Vorschriften mögen [daher] aus rechtspolitischer Sicht zu kritisieren sein, jedoch ist ... im Rahmen der nationalen Umsetzung die Annahme eines Schadensersatzanspruchs aus rechtssystematischen Gründen zwingend“ (*Zahn, Überschuldungsprävention durch verantwortliche Kreditvergabe*, 2011, S. 257). Mit anderen Worten handelt es sich bei der Kreditwürdigkeitsprüfung um eine im eigenen Interesse des Kreditgebers liegende Obliegenheit, die mit einem Schadensersatzanspruch wegen einer echten Pflichtverletzung rechtssystematisch inadäquat sanktioniert wurde. Demgegenüber erweist sich die nunmehr in § 505d Abs. 1 E-BGB vorgesehene Sanktion eines partiellen Rechtsverlusts in Form einer Reduktion des Vertragszinses als sehr viel adäquatere Sanktion.

Diese Rechtsfolge ist auch mit dem Unionsrecht und insbesondere der Entscheidung des EuGH in Sachen „LCL Le Crédit Lyonnais SA ./ Fesih Kalhan“ (Rs. 565/12) vereinbar. Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie gibt keine spezifischen Rechtsfolgen für Verletzungen des Prüfungserfordernisses vor, sondern gebietet lediglich die Festlegung von Sanktionen, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind (Art. 38 Abs. 1 RL). In Erwägungsgrund 57 ist, was eine Sanktionierung anbelangt, sogar nur die Rede von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen. Die Mitgliedstaaten sollen „von den zuständigen Behörden verlangen, im Rahmen ihrer Aufsichts- und Kontrolltätigkeit entsprechende [Durchsetzungs–]Maßnahmen einzuleiten und die Verfahren der Kreditgeber bei der Kreditwürdigkeitsprüfung zu überwachen“.

Andererseits hat der EuGH in der Rs. 565/12 zu den Anforderungen an „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionen seine ständige Judikatur in Erinnerung gerufen, dass „Verstöße gegen das Unionsrecht nach materiellen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden, die denjenigen ähneln, die bei nach Art und Schwere gleichartigen Verstößen gegen das nationale Recht gelten“ (Rn. 44). Ob danach ein Verstoß gegen die Obliegenheit zur Kreditwürdigkeitsprüfung völlig sanktionslos bleiben könnte, erscheint zweifelhaft (vgl. § 254 BGB). Andererseits gebietet diese Entscheidung des EuGH auch nicht etwa eine strengere Sanktionierung als die im Entwurf vorgesehene. Der EuGH beanstandet nämlich lediglich eine Regelung des Inhalts, dass die Sanktion einer fehlerhaften oder fehlenden Kreditwürdigkeitsprüfung dahin geht, dass der Kreditnehmer zwar keine Vertragszinsen zu entrichten hat, wohl aber gesetzliche Zinsen, „wenn die infolge der Anwendung der Sanktion der Verwirkung des Zinsanspruchs tatsächlich zu zahlenden Beträge nicht wesentlich geringer sind als diejenigen, die ihm [dem Kreditgeber] zustünden, wenn er seiner Verpflichtung zur Prüfung der Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers nachgekommen wäre“ (Rn. 55).

IV. Strengeres nationales Recht im Bereich der Mindestharmonisierung

Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge werden in § 491 Abs. 3 S. 1 E-BGB legal definiert. Diese Definition geht über die Vorgaben der Richtlinie insoweit hinaus, als auf die Beschränkung auf „Wohnimmobilien“ verzichtet wird.

Nach Erwägungsgrund 13 regelt die Wohnimmobilienkreditrichtlinie solche Kreditverträge, „die sich ausschließlich oder **hauptsächlich** auf Wohnimmobilien beziehen“ (Hervorhebung nicht im Original). Beim fehlenden Bezug auf Wohnimmobilien in § 491 Abs. 3 S. 1 E-BGB handelt es sich daher nicht in toto um eine überschießende Umsetzung (a.A. BT-Drucksache 18/5922, S. 81), sondern nur hinsichtlich der Einbeziehung auch solcher Kreditverträge, die sich nicht hauptsächlich oder gar überhaupt nicht auf Wohnimmobilien beziehen.

Die Zulässigkeit dieser überschießenden Umsetzung ist in der Wohnimmobilienkreditrichtlinie nicht ausdrücklich vorgesehen. Jedoch berührt diese überschießende Umsetzung nicht die Richtlinie 2008/48/EG, weil diese weithin vollharmonisierenden Charakter aufweisende Richtlinie nach Art. 2 Abs. 2 lit. a und b nicht für Kreditverträge mit Bezug zu Immobilien gilt, also nicht nur Kreditverträge mit einem Bezug zu Wohnimmobilien ausklammert. Im Ergebnis ist die überschießende Umsetzung in § 491 Abs. 3 S. 1 E-BGB daher zulässig.

Immobilien-Verbraucherkreditverträge sind, darauf sei ergänzend hinzuweisen, stets in toto als solche zu behandeln und nicht – etwa hinsichtlich der Informationsangaben – nur insoweit, als der Kreditvertrag einen Bezug zu Wohnimmobilien aufweist. Das ist jedenfalls insoweit schon durch die Wohnimmobilienkreditrichtlinie vorgegeben, als diese den hauptsächlichen Bezug auf Wohnimmobilien genügen lässt.

V. Desiderata im Umsetzungsbereich

1. Unvollkommene Umsetzung des Art. 7 Abs. 1 S. 1 RL

Eine nur unvollkommene Umsetzung ist für die Vorgabe des Art. 7 Abs. 1 S. 1 RL festzustellen, wonach die Mitgliedstaaten verlangen, „dass der Kreditgeber, der Kreditvermittler oder der benannte Vertreter **bei der Gestaltung von Kreditprodukten** oder der Gewährung oder der Vermittlung von Krediten ... unter Berücksichtigung der Rechte und Interessen der Verbrauch ehrlich, redlich und professionell handeln“ (Hervorhebung nicht im Original). Der hervorgehobene Teil des Art. 7 Abs. 1 S. 1 RL ist zwar zu Recht in den Beratungsleistungen bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen betreffenden § 511 E-BGB nicht eingegangen, bedarf aber gleichwohl der sachgerechten Umsetzung.

Diese Vorgabe zur Gestaltung von Kreditprodukten ist zwar insofern überschließend, als Kreditvermittler und benannte Vertreter nicht an der Produktgestaltung mitwirken. Im Übrigen aber handelt es sich um eine Vorgabe an das nationale Recht, die sich in paralleler Form auch in der neuen Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente (sog. MiFID II) findet und dort unter dem Stichwort Produkt Governance die Grundlage dafür bildet, Emittenten von Finanzprodukten zahlreiche neue Pflichten mit weithin prozeduralem Zuschnitt aufzuerlegen: Auflegung eines spezifischen Produktprüfungs- und genehmigungsprozesses, laufende Produktbeobachtungspflicht und anderes (Art. 16 Abs. 3, 24 Abs. 2). In der Zwischenzeit hat die European Banking Authority in einer Guideline auf Basis des Art. 16 Abs. 3 der VO (EU) Nr. 1093/210 den Bankaufsichtsbehörden unter Einschluss der EZB vorgegeben, dass bei von ihnen beaufsichtigten Instituten für Retailbankprodukte jeweils ein Product Governance-Regime vorhanden sein muss (näher EBA, Final Report – Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail banking products, EBA/GL/2015/18 vom 15.07.2015, Guideline 5, S. 16 ff.).

Die Rechtsgrundlage für diese Anforderung an die Institute hat die EBA nicht benannt. Bei der Wohnimmobilienkreditrichtlinie ergibt sich die Rechtsgrundlage hierfür aus Art. 7 Abs. 1 S. 1 RL, der – auch deswegen – einer Umsetzung bedarf.

Umzusetzen ist diese Produkt Governance-Anforderung für Immobiliendarlehensverträge im KWG.

2. Abgleich von § 499 Abs. 3 S. 2 E-BGB und § 505d Abs. 3 E-BGB

Die Relevanz von Falschangaben des Kreditnehmers wird in § 499 Abs. 3 E-BGB und in § 505d Abs. 3 E-BGB an im Detail unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft. Nach § 499 Abs. 3 S. 2 E-BGB kann der Darlehensgeber deswegen nur dann aus wichtigem Grund kündigen, wenn der Darlehensnehmer für die Kreditwürdigkeitsprüfung „relevante Informationen wissentlich vorenthalten oder diese gefälscht hat“. Dagegen ist eine Kreditwürdigkeitsprüfung nach § 505d Abs. 3 E-BGB nicht mangelhaft, soweit der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber „vorsätzlich oder grob fahrlässig Informationen im Sinne des § 505b Absatz 1 bis 3 unrichtig erteilt oder vorenthalten hat“.

Nach allgemeinen Grundsätzen erscheint eine Harmonisierung der beiden Bestimmungen dahingehend geboten, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund auch bei einer grob fahrlässigen Fehlinformation durch den Darlehensnehmer möglich ist. Jedoch heißt es in Erwägungsgrund 58 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten Sanktionen vorsehen können, wenn Verbraucher „bewusst unvollständige oder unrichtige Informationen bereitstellen“. Wenn die Begründung zum Regierungsentwurf hieraus folgert, dass diese Regelung aus Konsistenzgründen auch auf die Kündigung von Allgemein-Verbraucherkreditverträgen zu erstrecken sei (BT-Drucksache 18/ 5922, S. 94 f.), geht sie daran vorbei, dass der Wertungswiderspruch zu § 505d Abs. 3 E-BGB sich hierdurch noch vergrößert. Vorzugswürdiger erscheint daher eine Anpassung des § 499 Abs. 3 S. 2 E-BGB an die Formulierung des § 505d Abs. 3 E-BGB mit einer richtlinienkonformen Einschränkung für Immobiliendarlehensverträge.

3. § 505d E-BGB: Verbraucherdarlehensvertrag

In § 505d E-BGB ist der Begriff „Darlehensvertrag“ durchgängig durch den Begriff „Verbraucherdarlehensvertrag“ zu ersetzen.

VI. Umsetzungsunabhängige Regelungen

Die Begrenzung des Widerrufsrechts, das bei Verbraucherdarlehensverträgen durch die Verwendung einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung entsteht, durch die in § 356b Abs. 2 S. 4 E-BGB vorgesehene absolute Erlöschensregelung, tariert die widerstrebenden Interessen der beiden Parteien angemessen aus.

Für das „ewige“ Widerrufsrecht, das in den Jahren 2002 bis 2010 vielfach wegen der Verwendung einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung entstand, wäre eine sachgerechte Begrenzung zu begrüßen. Soweit Kreditgeber die vom Ordnungsgeber zur Verfügung gestellten Musterwiderrufsbelehrungen aufgrund entsprechender instanzgerichtlicher Rechtsprechung abwandeln und in der Folge fehlerhafte Widerrufsbelehrungen verwendeten, fehlt nach der höchstgerichtlichen Korrektur der instanzgerichtlichen Judikatur jeder Anlass, ihnen die nachteiligen Folgen des Versuchs eines sozusagen besonders rechtstreuen Verhaltens aufzuerlegen. Eine andere Bewertung kommt über den Fall einer gänzlich unterbliebenen Widerrufsbelehrung nur dann in Betracht, wenn der Fehler den Darlehensnehmer bei objektiver Würdigung von der Ausübung des Widerrufsrechts abhalten konnte. Bei Abweichungen unter Beachtung instanzgerichtlicher Vorgaben ist dies nicht anzunehmen.

Als Vorbild einer solchen Erlöschensregelung sowohl in wertender als auch rechtstechnischer Hinsicht ist auf Art. 229 § 32 Abs. 2 und 3 EGBGB zu verweisen.