

Marburg, den 12. Februar 2016

**Stellungnahme für den Rechtsausschuss
des Deutschen Bundestages**

**Öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines
Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie“ am 15. Februar 2016
BT-Drucks. 18/5922, 18/6286**

Angesichts der bereits erfolgten ersten Anhörung vom 14. Oktober 2015 konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die im Änderungsantrag der Fraktionen von CDU/CSU und SPD am 27. Januar 2016 vorgebrachten Änderungsvorschläge zum „ewigen“ Widerrufsrecht¹ und zwei weitere im Gesetzgebungsverfahren diskutierte Punkte (Dispositions kreditzinsen, Kreditwürdigkeitsprüfung).

¹ Ausschussdrucksache 18(6)187.

Gliederungsübersicht

I. Dispositionskreditzinsen	4
II. Kreditwürdigkeitsprüfung	5
1. Sekundärrechtliche Vorgaben	5
2. Bedeutung des EuGH-Urteils „ <i>Crédit Lyonnais</i> “	7
3. Umsetzungsspielraum des deutschen Gesetzgebers und Handlungsempfehlung	8
III. „Ewiges“ Widerrufsrecht	9
1. Ausgangslage.....	9
2. Lösungsmodelle <i>de lege lata</i>	10
3. Lösungsmodell <i>de lege ferenda</i>	11
a) Erlöschen des Widerrufsrechts zu Fixzeitpunkt	11
b) Verfassungsrechtliche Grenzen	11
c) Sonderregel für Haustürgeschäfte	13

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

- I. Eine gesetzliche Obergrenze für **Dispositionskreditzinsen** ist abzulehnen. Zum einen hat der Wettbewerb zu einem spürbaren Rückgang der Dispositionskreditzinssätze geführt, zum anderen existiert bereits über die Sittenwidrigkeitskontrolle des § 138 BGB eine äußerste Grenze für die Zinshöhe.

- II. In § 505d BGB-E sollte durch einen zusätzlichen Absatz 4 klargestellt werden, dass die dort geregelten zivilrechtlichen Folgen einer Verletzung der Pflicht zur **Prüfung der Kreditwürdigkeit** abschließend sind. Ansonsten droht über den Schadensersatz wegen Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Darlehensvertrag (§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB) im wirtschaftlichen Ergebnis ein einseitiges Vertragsaufhebungsrecht des Verbrauchers, das zeitlich nur der regelmäßigen Verjährung (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB: mindestens drei Jahre) unterliegt.

- III. Die Konzeption des Änderungsantrags vom 27. Januar 2016, die ansonsten „ewigen“ **Widerrufsrechte** von Darlehensnehmern zu einem festen Zeitpunkt kraft Gesetzes erlöschen zu lassen, ist zu begrüßen; sie begegnet keinen unions- oder verfassungsrechtlichen Bedenken.

Allerdings sollte die Sondervorschrift für Haustürgeschäfte in Art. 229 § [...] Abs. 3 Satz 2 EGBGB-E ersatzlos gestrichen werden. Entgegen der Annahme der Antragsbegründung zwingt das Sekundärrecht auch nicht im Lichte der EuGH-Judikatur in Sachen *Hamilton* zu einer solchen zeitlichen Erweiterung des Widerrufsrechts.

I. Dispositionskreditzinsen

Der Bundesrat hat im Gesetzgebungsverfahren die Einführung einer gesetzlichen Obergrenze für Dispositionskreditzinsen – auch bei geduldeten Überziehungen (§ 505 BGB) – gefordert.² Die variable Grenze solle bei acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz (§ 247 BGB) liegen. Die Bundesregierung hat den Vorschlag unter Hinweis auf die Selbstverpflichtung der Kreditwirtschaft zu einem Warnhinweis, das verpflichtende Angebot zu einer Beratung (§§ 504a, 505 BGB-E), die Pflicht zur Veröffentlichung der Zinssätze (§ 675a Abs. 4 BGB-E) und schließlich den funktionierenden Wettbewerb abgelehnt.

In der Tat sollte keine gesetzliche Obergrenze für Dispositionskreditzinsen eingeführt werden. Grundlegend streitet hierfür das **Prinzip der Zinsfreiheit**, welches das deutsche Privatrecht beherrscht.³ Es beruht auf der grundrechtlich geschützten (insbesondere Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG) Privatautonomie und der Erwägung, dass eine staatliche Preiskontrolle mangels tauglichem Angemessenheitsmaßstab – gerade in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung – prinzipiell abzulehnen ist. An die Stelle der staatlichen Preisaufsicht tritt der Wettbewerb der Anbieter, der ausweislich deutlich gesunkener Durchschnittszinssätze in jüngster Vergangenheit an Schärfe zugenommen hat. Der Durchschnittszinssatz für Dispositionskredite von Banken an private Haushalte ist im Dezember 2015 nach Erhebungen der Deutschen Bundesbank auf 8,80 % p.a. gesunken.⁴ Damit hat sich der Durchschnittssatz allein aufgrund des Wettbewerbs und ohne systemfremden staatlichen Eingriff dem geforderten Höchstsatz von derzeit 7,17% p.a. (Basiszinssatz -0,83% + 8 Prozentpunkte) spürbar angenähert. Erwägenswert wären eher Maßnahmen zur Steigerung der Wettbewerbsintensität in diesem Bereich (z.B. durch weiter verstärkte Publizitätserfordernisse). Weiterhin ist auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht ersichtlich, warum gerade bei Dispositionskreditzinsen eine Deckelung erfolgen sollte.

Hinzu tritt der Umstand, dass über die **Sittenwidrigkeitskontrolle des § 138 BGB** ein bewährtes Instrumentarium zur Verfügung steht, um einen Individualschutz vor überhöhten Zinssätzen sicherzustellen. Nach der ständigen höchstrichterlichen

² BT-Drs. 18/6286, S. 25.

³ Vgl. dazu Mot., in: Mugdan II S. 107; Prot., in: Mugdan II S. 628; Staudinger/*Blaschczok*, 1997, § 246 Rn. 143 m.w.N.

⁴ Zeitreihe BBK01.SUD112, abrufbar unter www.bundesbank.de.

Rechtsprechung⁵ liegt ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor, wenn der Vertragszins den Marktzins entweder relativ um 100% oder absolut um 12 Prozentpunkte übersteigt. Bei diesen äußersten Grenzen für Dispositionskreditzinsen sollte es auch *de lege ferenda* bleiben.

Ergebnis: Der Gegenäußerung der Bundesregierung entsprechend sollte **keine gesetzliche Obergrenze** für Dispositionskreditzinsen vorgesehen werden.

II. Kreditwürdigkeitsprüfung

Ein wesentlicher Bestandteil sowohl der Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher 2014/17/EU⁶ (nachfolgend: WohnimmobilienkreditRL) als auch des deutschen Umsetzungsgesetzes ist die Kreditwürdigkeitsprüfung im Vorfeld einer Darlehensvergabe. Zugrunde liegen das Kapitel 6 der WohnimmobilienkreditRL und §§ 505a-505d BGB-E. Vor dem Hintergrund der **Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs** vom 27. März 2014 in der Rechtssache C-565/12 (*Le Crédit Lyonnais/Fesih Kalhan*)⁷ ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur **umstritten**, ob es sich um eine echte Pflicht des Darlehensgebers handelt, die zumindest auch dem **Schutz des Verbrauchers vor Überschuldung** dient.⁸

1. Sekundärrechtliche Vorgaben

Die Richtlinienvorgaben zur Kreditwürdigkeitsprüfung finden sich in Art. 18-20 der WohnimmobilienkreditRL, auf welche die Erwägungsgründe 55 bis 62 Bezug nehmen. Art. 18 der WohnimmobilienkreditRL äußert sich mit keiner Silbe seines **Wortlauts** zugunsten einer auch nur teilweise verbraucherschützenden Ausgestaltung der Kreditwürdigkeitsprüfung. Ganz im Gegenteil deutet die Formulierung auf einen ausschließlichen Schutz des Darlehensgebers vor einem Forderungsausfall und einem flankierenden überindividuellen Schutz der Stabilität des Finanzmarkts hin: Der Darlehensgeber darf sich exklusiv auf den Wert der Wohnimmobilie und deren zukünftige

⁵ Grundlegend BGHZ 104, 102, 105; BGHZ 110, 336, 340.

⁶ Richtlinie 2014/17/EU vom 4. Februar 2014, ABl. EU Nr. L 60 S. 34 vom 28. Februar 2014.

⁷ EU:C:2014:190.

⁸ Befürwortend wohl *Rott*, BKR 2015, 8, 11; *Piekenbrock*, GPR 2015, 26, 31; ablehnend *König*, WM 2013, 1688, 1694; *Herresthal*, EuZW 2014, 497, 498 ff.; *Schürnbrand*, ZBB 2014, 168, 177; tendenziell auch *Buck-Heeb*, BKR 2015, 177, 180 ff. m.w.N.

Wertentwicklung stützen, sofern der Darlehensvertrag dem Bau oder der Renovierung einer solchen dient (Art. 18 Abs. 2 WohnimmobilienkreditRL). Damit wird bewusst in Kauf genommen, dass sich der Darlehensnehmer im Hinblick auf seine finanzielle Leistungsfähigkeit insgesamt übernimmt, solange nur der Darlehensgeber eine hinreichende Kreditsicherheit erhält.

Auch die **systematische Auslegung** von Art. 18-20 WohnimmobilienkreditRL streitet gegen einen Verbraucherschützenden Charakter der Kreditwürdigkeitsprüfung. Der Schutz des Darlehensnehmers vor Überschuldung will die Richtlinie vor allem durch die vorvertraglichen Informationspflichten sicherstellen, welche eigenständig in ihrem Kapitel 4 geregelt sind.⁹ Nachdem sich der Darlehensnehmer ein Bild über die auf ihn zukommenden Belastungen machen konnte, ist es nach der Richtlinienkonzeption an ihm, sein Eigeninteresse an finanzieller Solidität zu wahren. Ausdrücklich heißt es in Erwägungsgrund 29 Satz 1 der WohnimmobilienkreditRL, „die Verbraucher (!) [sollten] noch besser in die Lage versetzt werden, auf fundierter Grundlage über eine Kreditaufnahme zu entscheiden und verantwortungsvoll mit Schulden umzugehen“; gefördert werden solle ein „verantwortungsvolles Schuldenmanagement“ im Wege der Verbraucheraufklärung und -information.

Anhaltspunkte für die **Teleologie** von Art. 18-20 WohnimmobilienkreditRL lassen sich schließlich den Erwägungsgründen 57 und 58 entnehmen. Für eine aufsichtsrechtliche Ausrichtung lässt sich der Hinweis anführen, dass die Mitgliedstaaten „im Rahmen ihrer Aufsichts- und Kontrolltätigkeit ... die Verfahren der Kreditgeber bei der Kreditwürdigkeitsprüfung ... überwachen“ (Erwägungsgrund 57 Satz 3 WohnimmobilienkreditRL). Erwägungsgrund 58 bezieht explizit die Empfehlungen des Rats für Finanzstabilität (vgl. www.fsb.org) mit in die gebotene Kreditwürdigkeitsprüfung mit ein, welche ohne darlehensnehmerschützende Zielsetzungen arbeitet. Eindeutig äußert sich schließlich Erwägungsgrund 83, wonach die „Mitgliedstaaten ... entscheiden [können], bestimmte von dieser Richtlinie erfasste Aspekte durch das Aufsichtsrecht in nationales Recht umzusetzen, z. B. die Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers“.

Zwischenergebnis: Die WohnimmobilienkreditRL enthält **keine Vorgaben hinsichtlich einer Verbraucherschützenden zivilrechtlichen Pflicht des Darlehensgebers zur Kreditwürdigkeitsprüfung**. Der deutsche Gesetzgeber ist angesichts der insofern eingreifenden Mindestharmonisierung (Art. 2

⁹ Schürnbrand, ZBB 2014, 168, 177.

WohnimmobilienkreditRL) **frei** in seiner Entscheidung, ob er auch den Darlehensnehmer durch die Kreditwürdigkeitsprüfung vor einer Überschuldung schützen und ihm bei Nichteinhaltung einer solchen Nebenpflicht des Darlehensvertrags zivilrechtliche Schadensersatzansprüche zuerkennen will. Erforderlich ist lediglich, dass der deutsche Gesetzgeber bei einer Verletzung der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung Sanktionen vorsieht, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ (Art. 38 Abs. 1 WohnimmobilienkreditRL) sind.

2. Bedeutung des EuGH-Urteils „Crédit Lyonnais“

In dem Vorabentscheidungsverfahren ging es um die Auslegung von Art. 8 und 23 der Richtlinie 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge¹⁰ (nachfolgend: **VerbraucherkreditRL**). Darin ist vorgesehen, dass der Darlehensgeber vor der Darlehensvergabe eine Kreditwürdigkeitsprüfung durchführen und die Nichtbefolgung dieser Pflicht mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen durch die Mitgliedstaaten belegt sein muss. Die Kreditwürdigkeitsprüfung nach der VerbraucherkreditRL dient nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs auch dem Verbraucherschutz.¹¹ Der Europäische Gerichtshof war – vereinfacht formuliert – der Auffassung, dass es keine hinreichende mitgliedstaatliche Sanktion darstelle, wenn bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung nur eine minimale Verringerung der geschuldeten Zinsen auf das gesetzliche Auffangniveau eintrete.¹² Zugleich betont der Europäische Gerichtshof das Wahlrecht der Mitgliedstaaten in Bezug auf die angemessene Sanktionsregelung.¹³

Schon im Anwendungsbereich der VerbraucherkreditRL leitet sich daraus nicht ab, dass die Mitgliedstaaten den Verbraucherschutz bei der Kreditwürdigkeitsprüfung zwingend durch zivilrechtliche Regelungen sicherstellen müssten.¹⁴ Alternativ stehen ihnen **aufsichtsrechtliche Maßnahmen** offen (vgl. § 18 Abs. 2 KWG). Erst Recht kommt der Entscheidung keine überschießende Bedeutung für das übrige Sekundärrecht der Union

¹⁰ Richtlinie 2008/48/EG vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge, ABl. L 133, S. 66 mit Berichtigungen ABl. 2009, L 207, S. 14, ABl. 2010, L 199, S. 40 und ABl. 2011, L 234, S. 46).

¹¹ EuGH, EU:C:2014:190, Urt. v. 27. März 2014 – Rs. C-565/12 (*Le Crédit Lyonnais/Fesih Kalhan*), Rn. 42 f.

¹² EuGH, EU:C:2014:190, Urt. v. 27. März 2014 – Rs. C-565/12 (*Le Crédit Lyonnais/Fesih Kalhan*), Rn. 52 f.

¹³ EuGH, EU:C:2014:190, Urt. v. 27. März 2014 – Rs. C-565/12 (*Le Crédit Lyonnais/Fesih Kalhan*), Rn. 43.

¹⁴ *Herresthal*, EuZW 2014, 497, 499.

und damit auch für die WohnimmobilienkreditRL zu. Jeder Sekundärrechtsakt ist grundsätzlich nach seinem Inhalt und seiner *ratio* eigenständig auszulegen.

Zwischenergebnis: Das EuGH-Urteil „*Crédit Lyonnais*“ bleibt **ohne Auswirkungen** auf die Auslegung der WohnimmobilienkreditRL im Hinblick auf die Kreditwürdigkeitsprüfung.

3. Umsetzungsspielraum des deutschen Gesetzgebers und Handlungsempfehlung

Dem deutschen Gesetzgeber steht es folglich aus Sicht des Unionsrechts offen, ob er die **Sanktionen** bei Verletzung der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung aufsichts- oder zivilrechtlich ausgestaltet, solange sie nur **hinreichend effektiv** i.S.v. Art. 38 Abs. 1 WohnimmobilienkreditRL sind. In § 505d BGB-E sind die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Prüfung der Kreditwürdigkeit aufgelistet. In den Gesetzesmaterialien findet sich darüber hinaus lediglich der Hinweis, § 505a BGB-E stelle kein Verbotsgesetz dar, das zu einer Nichtigkeit des Darlehensvertrags nach § 134 BGB führen könne.¹⁵

Deutlicher herausgestellt werden sollte jedoch im Hinblick auf die Diskussionen im Nachgang zur EuGH-Judikatur in Sachen *Crédit Lyonnais*, dass es sich **nicht** um eine **Nebenpflicht des Darlehensgebers** aus dem Darlehensvertragsverhältnis handelt, deren Nichtbefolgung nach § 280 Abs. 1 BGB zu Schadensersatzpflichten des Darlehensgebers führen kann. Über die Naturalrestitution des § 249 Abs. 1 BGB könnte es zu einer vollständigen Rückabwicklung des Darlehensvertrags kommen. Im wirtschaftlichen Ergebnis gäbe es im Zeitrahmen der Regelverjährung (§§ 195, 199 BGB: mindestens drei Jahre) ein **einseitiges Vertragsrückabwicklungsrecht des Verbrauchers**, das zeitlich deutlich über die Widerrufsfrist nach §§ 495 Abs. 1, 355 Abs. 2 Satz 1 BGB von grundsätzlich 14 Tagen hinausreichte. Auch im Hinblick auf die Restriktionen beim „ewigen“ Widerrufsrecht in Art. 229 § 37 Abs. 3 EGBGB-E wäre es systemwidrig, auf dem Umweg über das Leistungsstörungsrecht ein potentiell ebenfalls „ewiges“, d.h. nur dem Verwirkungseinwand unterliegendes, Vertragsrückabwicklungsrecht vorzusehen; der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist setzt nämlich ein subjektives Element (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) voraus, das im Einzelfall erst nach Ablauf langer Zeiträume vorliegen kann, da die Vorgänge bei der Kreditwürdigkeitsprüfung für den Darlehensnehmer nicht umfänglich einsehbar sind.

¹⁵ BT-Drs. 18/5922, S. 98, 100.

Für einen abschließenden Charakter des § 505d BGB-E und einen Ausschluss von weiteren zivilrechtlichen Sanktionen spricht weiterhin auch der Gedanke der Rechtssicherheit. Die betroffenen Verkehrskreise haben sich auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁶ eingestellt, wonach die Kreditwürdigkeitsprüfung allein dem individuellen Interesse des Darlehensgebers und dem überindividuellen Interesse der Kreditwirtschaft an Finanzstabilität dient. Insofern ist eine Kontinuität der Rechtslage auch aus Vertrauensschutzgründen anzuraten.

Daher sollte in § 505d BGB-E klargelegt werden, dass die dort genannten zivilrechtlichen Sanktion abschließend sind. Hierzu eignet sich beispielsweise folgende Formulierung eines zusätzlichen Absatzes 4:

„Absätze 1 bis 3 sind hinsichtlich der vertraglichen Folgen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung abschließend.“

Ergebnis: § 505d BGB-E sollte durch einen Absatz 4 ergänzt werden, der den zivilrechtlich abschließenden Charakter der Bestimmung klarstellt.

III. „Ewiges“ Widerrufsrecht

1. Ausgangslage

Die Widerrufsfrist bei Verbraucherdarlehensverträgen beginnt nach §§ 356b Abs. 2 Satz 1, 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB nicht vor Erteilung einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung zu laufen. Parallel dazu stellte sich die Rechtslage zuvor nach § 355 Abs. 3 Satz 3 BGB a.F. und § 495 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. dar.¹⁷ Daraus resultiert die Problematik eines zeitlich unbegrenzt ausübbar und damit „ewigen“ Widerrufsrechts, sofern der Darlehensgeber eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung erteilt hatte.¹⁸ Die Ursache für die praktisch verbreiteten Fehlinformationen durch die Darlehensgeber lag in inhaltlichen Mängeln der früheren

¹⁶ BGH BKR 2014, 415 Rn. 60 ff.; BGHZ 201, 168 = NJW 2014, 2420 Rn. 51; ebenso OLG Bamberg WM 2010, 2072, 2074; OLG Karlsruhe WM 2011, 1366, 1370; OLG Celle WM 2012, 191.

¹⁷ Zur Entwicklung der Gesetzgebung vgl. *Gansel/Huth/Knorr*, BKR 2014, 353, 355 f.; *Lechner*, WM 2015, 2165 ff.

¹⁸ Dazu jüngst *Bülow*, WM 2015, 1829 ff.; *Gansel/Huth/Knorr*, BKR 2014, 353 ff.; *Habersack/Schürnbrand*, ZIP 2014, 749 ff.; *Lechner*, WM 2015, 2165 ff.; *Scholz/Schmidt/Ditté*, ZIP 2015, 605 ff.; *Wahlers*, WM 2015, 1043 ff.

Musterbelehrung aus der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 BGB-InfoV a.F. Die höchstrichterliche Rechtsprechung verfolgt einen sehr restriktiven Kurs bei Korrekturversuchen des über das Widerrufsrecht Belehrenden; nur die inhaltlich wie äußerlich vollständig entsprechende Widerrufsbelehrung wird akzeptiert.¹⁹ Die Darlehensgeber stehen damit – nicht selten wegen der fehlerhaften Musterbelehrung unverschuldet oder zumindest rechtspraktisch nachvollziehbar – vor der Herausforderung, unter Umständen langjährig valutierende Darlehensverträge nach Maßgabe des Rücktrittsfolgenrechts rückabzuwickeln: ein **schlechthin untragbares Ergebnis**.²⁰

2. Lösungsmodelle de lege lata

Zur Lösung der Problematik werden verschiedene Modelle diskutiert. *De lege lata* kommt eine Heranziehung des Rechtsinstituts der **Verwirkung** in Betracht. Verschiedene Instanzgerichte²¹ und auch Literaturstimmen²² halten eine Verwirkung des Widerrufsrechts dem Grunde nach für möglich. Ob eine Verwirkung vorliegt, hängt jedoch von einer Vielzahl von Umständen des Einzelfalles ab. Eine rechtssichere Anwendung im Massengeschäft der Verbraucherdarlehensverträge scheidet damit aus. Zudem dürfte für das erforderliche Zeitmoment regelmäßig eine mehrjährige Zeitspanne zu fordern sein,²³ so dass das Widerrufsrecht zunächst für einen erheblichen Zeitraum fortbestünde. Daher erscheint die Verwirkung als unzulänglich zur Lösung des Massenphänomens eines „ewigen“ Widerrufsrechts.

Alternativ könnte eine **Nachbelehrung** durch den Darlehensgeber in Betracht kommen.²⁴ Dagegen spricht jedoch bereits, dass die Ursache für die verbreiteten fehlerhaften Widerrufsbelehrungen nur in zweiter Linie in einem individuellen Versagen des Darlehensgebers und in erster Linie in der inhaltlich mangelhaften Musterbelehrung zu suchen ist. Daher sollte die Folgenlast zuvörderst beim Gesetzgeber und nicht beim

¹⁹ BGHZ 172, 58 Rn. 12; BGH NJW 2011, 1061 Rn. 14; BGH NJW-RR 2011, 785 Rn. 14 f.

²⁰ Scholz/Schmidt/Ditté, ZIP 2015, 605, 612 f.

²¹ OLG Karlsruhe WM 2003, 1218 [zum Widerruf nach § 7 VerbrKrG a.F.]; OLG Köln WM 2012, 1532, 1533; OLG Düsseldorf ZVertriebsR 2014, 238; OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2015, 05107.

²² Habersack/Schürmbrand, ZIP 2014, 749, 754 ff.; Lechner, WM 2015, 2165, 2171 f.; Scholz/Schmidt/Ditté, ZIP 2015, 605, 614 ff.; MüKo BGB/Schürmbrand, 7. Auflage 2016, § 495 Rn. 13; a.A. Gansel/Huth/Knorr, BKR 2014, 353, 357 ff.; zurückhaltend auch Bülow, WM 2015, 1829 ff.

²³ OLG Karlsruhe WM 2003, 1218 [6 Jahre]; OLG Köln WM 2012, 1532, 1533 [8 Jahre]; OLG Düsseldorf ZVertriebsR 2014, 238 [5 Jahre]; Habersack/Schürmbrand, ZIP 2014, 749, 755 [„mehrere Jahre“]; weitergehend Scholz/Schmidt/Ditté, ZIP 2015, 605, 613 [Analogie zu § 356 Abs. 3 Satz 2 BGB: 12 Monate und 14 Tage].

²⁴ Vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2011, 11594; OLG Hamm MDR 2015, 198.

rechtsunterworfenen Privatrechtssubjekt liegen. Zudem ist es im Massengeschäft kaum praktikabel, jeden Einzelfall der nicht umkomplexen Prüfung zu unterziehen, ob die erteilte Widerrufsbelehrung wirksam war und daher eine Nachbelehrung erfolgen sollte. Neben diese rechtlichen Schwierigkeiten treten die nicht unerheblichen Abwicklungskosten. Schließlich ist es mit Rechtsunsicherheiten behaftet, auf welche Weise eine nachträgliche Belehrung durchzuführen wäre: nach der Rechtslage bei Abschluss des Darlehensvertrags oder der aktuellen Rechtslage, mit der früheren – inhaltlich fehlerhaften – oder der gegenwärtigen (Anlage 7 zu Art. 247 § 6 Abs. 2, § 12 Abs. 1 EGBGB) Musterwiderrufsbelehrung? Daher erscheint ein Verweis der Darlehensgeber auf eine Nachbelehrung als untauglich, um die Rechtsunsicherheiten infolge des zeitlich unbefristeten Widerrufsrechts zu beseitigen.²⁵

3. Lösungsmodell de lege ferenda

a) Erlöschen des Widerrufsrechts zu Fixzeitpunkt

Als vorzugswürdig erweist sich demgegenüber die Konzeption, die in dem **Änderungsantrag der Fraktionen von CDU/CSU und SPD vom 27. Januar 2016** – Ausschussdrucksache 18(6)186 – enthalten ist. Nach Nr. 3 lit. a des Änderungsantrags soll in Art. 227 EGBGB eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach es regelmäßig zu einem Erlöschen eines wegen einer fehlerhaften Belehrung fortbestehenden Widerrufsrechts bei zwischen dem 1. September 2002 und dem 10. Juni 2010 geschlossenen Verbraucherdarlehensverträgen mit Ablauf von drei Monaten nach Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes zur WohnimmobilienkreditRL kommt. Die klare und leicht zu handhabende Regelung verfügt über den Vorzug, den Beteiligten Verkehrskreisen nach vielen Jahren Rechtssicherheit zu gewährleisten und eine Einzelfallkontrolle der Widerrufsbelehrungen im Massengeschäft zu ersparen. Der Verbraucherschutz wird angesichts des Umstands, dass mindestens rund sechs Jahre Widerrufsfrist (Juni 2010 bis ca. Juni 2016) zur Verfügung standen, nicht unangemessen beschnitten. Unionsrechtliche Hindernisse bestehen ebenfalls nicht.

b) Verfassungsrechtliche Grenzen

Der Vorschlag für ein generelles Erlöschen der Widerrufsrechte zu einem festen Zeitpunkt unterliegt auch **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken** im Hinblick auf das **Rückwirkungsverbot**. Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem

²⁵ Ebenso OLG Köln WM 2012, 1532, 1534; Scholz/Schmidt/Ditté, ZIP 2015, 605, 616.

Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG und dem daraus folgenden Gedanken der Rechtssicherheit das grundsätzliche Verbot von Gesetzen mit einer echten Rückwirkung ab.²⁶ Demgegenüber stuft die Verfassungsjudikatur eine unechte Rückwirkung als grundsätzlich zulässig ein.²⁷ Zur Abgrenzung und Rechtfertigung heißt es zusammenfassend in BVerfGE 127, 1, 16 f.:

„b) Eine Rechtsnorm entfaltet "echte" Rückwirkung, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll ("Rückbewirkung von Rechtsfolgen"). Das ist grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig. [...]

c) Soweit belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden ("tatbestandliche Rückanknüpfung"), liegt eine "unechte" Rückwirkung vor (vgl. BVerfGE 63, 343 [356]; 72, 200 [242]; 97, 67 [79]; 105, 17 [37 f.]). Eine solche unechte Rückwirkung ist nicht grundsätzlich unzulässig, denn die Gewährung vollständigen Schutzes zu Gunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde den dem Gemeinwohl verpflichteten Gesetzgeber in wichtigen Bereichen lähmen und den Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung im Hinblick auf einen Wandel der Lebensverhältnisse in nicht mehr vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen (vgl. BVerfGE 63, 343 [357]; 105, 17 [40]; 114, 258 [301]). Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz geht insbesondere nicht so weit, den Staatsbürger vor jeder Enttäuschung zu bewahren (vgl. BVerfGE 63, 312 [331]; 67, 1 [15]; 71, 255 [272]; 76, 256 [349 f.]). Soweit nicht besondere Momente der Schutzwürdigkeit hinzutreten, genießt die bloß allgemeine Erwartung, das geltende Recht werde zukünftig unverändert fortbestehen, keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz (vgl. BVerfGE 38, 61 [83]; 68, 193 [222]; 105, 17 [40]; 109, 133 [180 f.]; 125, 104 [135]).

Der Gesetzgeber muss aber, soweit er für künftige Rechtsfolgen an zurückliegende Sachverhalte anknüpft, dem verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz in hinreichendem Maß Rechnung tragen. Die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Regelung verfolgt werden, und das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der Rechtslage sind abzuwägen (vgl. BVerfGE 30, 392 [404]; 50, 386 [395]; 67, 1 [15]; 75, 246 [280]; 105, 17 [37]; 114, 258 [300]). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss gewahrt sein (vgl. BVerfGE 72, 200 [242 f.]; 95, 64 [86]; 101, 239 [263]; 116, 96 [132]; 122, 374 [394]; 123, 186 [257]). Eine unechte Rückwirkung ist mit den Grundsätzen grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes daher nur vereinbar, wenn sie zur Förderung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer

²⁶ BVerfGE 13, 261, 261; BVerfGE 97, 67, 78; BVerfGE 127, 1, 16 f.

²⁷ BVerfGE 25, 142, 154; BVerfGE 97, 67, 79; BVerfGE 101, 239, 263; BVerfGE 103, 392, 403.

Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt.“

Nach diesen Grundsätzen lässt sich die geplante Regelung als **Fall der unechten Rückwirkung** einordnen.²⁸ Das Widerrufsrecht wird lediglich mit Wirkung für die Zukunft, d.h. für den Zeitraum nach Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes zur WohnimmobilienkreditRL, aufgehoben. Sein Bestehen in der Vergangenheit bleibt unangetastet. Demnach unterliegt sie einer Verhältnismäßigkeitskontrolle, in welche die erheblichen Unsicherheiten und Verwerfungen infolge der objektiv fehlerhaften Widerrufsbelehrungen einzubeziehen sind. Da die benachteiligten Darlehensnehmer zwischen 6 und 14 Jahre Zeit für einen Widerruf hatten, erweist sich die Beendigung des Widerrufsrechts *pro futuro* als nicht unzumutbar.

Selbst bei einer Einordnung als echte Rückwirkung hielte die geplante Neuregelung einer Kontrolle an Art. 20 Abs. 3 GG stand. Es ist anerkannt, dass eine solche zur **Bereinigung einer unklaren oder verworrenen Rechtslage** zulässig ist.²⁹ Eine solche lag bei den Widerrufsbelehrungen im betroffenen Zeitraum September 2002 bis Juni 2010 vor, da die Musterwiderrufsbelehrung nur im Rang einer Rechtsverordnung erlassen worden war und in der Folge verschiedene Instanzgerichte³⁰ deren Verwendung als materiell unzureichend einordneten. Erst die Entscheidung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 15. August 2012 (BGHZ 194, 238) brachte insofern Rechtssicherheit für die Betroffenen.

Zwischenergebnis: Die Erlöschensregel für ansonsten „ewige“ Widerrufsrechte verletzt als Fall der unechten Rückwirkung nicht den rechtsstaatlich gebotenen Vertrauensschutz.

c) Sonderregel für Haustürgeschäfte

Der Änderungsvorschlag sieht eine Sonderregel für Haustürgeschäfte im Geltungsbereich der – inzwischen aufgehobenen³¹ – Richtlinie 85/577/EWG betreffend

²⁸ Ebenso der Änderungsantrag der Fraktionen von CDU/CSU und SPD vom 27. Januar 2016, Ausschussdrucksache 18(6)187, S. 11.

²⁹ BVerfGE 13, 261, 272; BVerfGE 30, 367, 388 f.; BVerfGE 45, 142, 173 f.; BVerfGE 72, 200, 259; BVerfGE 88, 384, 404; BVerfGE 98, 17, 39.

³⁰ OLG Schleswig OLGR 2007, 929, 931; OLG Jena, Urt. v. 28. September 2010 – 5 U 57/10.

³¹ Art. 31 UAbs. 1 der Richtlinie vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. EU Nr. L 304 S. 64 vom 22. November 2011.

den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen³² (nachfolgend: HaustürgeschäfteRL) vor. Nach Abs. 3 Satz 2 der neuen Bestimmung soll das Widerrufsrecht nur unter der **zusätzlichen Voraussetzung** erlöschen, dass die **beiderseitigen Leistungen aus dem Verbraucherdarlehensvertrag vollständig erbracht** sind. Ist dies am 21. Mai 2016 noch nicht der Fall, soll das Widerrufsrecht erst einen Monat nach dem vollständigen Leistungsaustausch entfallen. In der Begründung berufen sich die Entwurfsverfasser auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Hamilton*³³. In diesem Vorabentscheidungsverfahren hatte der Gerichtshof entschieden, dass es richtlinienkonform ist, bei fehlerhafter Widerrufsbelehrung das Widerrufsrecht einen Monat nach vollständigem Leistungsaustausch erlöschen zu lassen.

Aus dieser Rechtsprechung darf aber nicht der Schluss gezogen werden, eine zeitliche Begrenzung des Widerrufsrechts lasse die HaustürgeschäfteRL ausschließlich in der Konstellation zu, welche der *Hamilton*-Entscheidung zugrunde lag. Den Maßstab setzt nach der zutreffenden Ansicht des Europäischen Gerichtshof Art. 4 Abs. 3 der HaustürgeschäfteRL, wonach „[d]ie Mitgliedstaaten ... dafür [sorgen], dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen“. Bei der Bestimmung dieser **geeigneten Maßnahmen** spricht der Gerichtshof den **Mitgliedstaaten** ein **Gestaltungsermessen** zu; ausdrücklich heißt es in den Entscheidungsgründen:

„Im Übrigen zeigt der Begriff ‚geeignete‘ in dieser Bestimmung, dass die entsprechenden Maßnahmen nicht auf einen absoluten Schutz des Verbrauchers abzielen. Das Ermessen, über das die Mitgliedstaaten verfügen, ist nämlich im Einklang sowohl mit dem Hauptzweck der Richtlinie über Haustürgeschäfte als auch mit den anderen Bestimmungen dieser Richtlinie auszuüben.“³⁴

Die Fokussierung der Urteilsgründe auf die vollständige Erbringung der beiderseitigen Leistungen beruht darauf, dass der Gerichtshof kein einzelfallunabhängiges Gutachten abstrakt zur Zulässigkeit von Beschränkungen des Widerrufsrechts verfasst hat, sondern sich in einem Vorlageverfahren konkret zu § 2 HWiG a.F. äußern musste. Angesichts des

³² Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372 S. 31 vom 31. Dezember 1985.

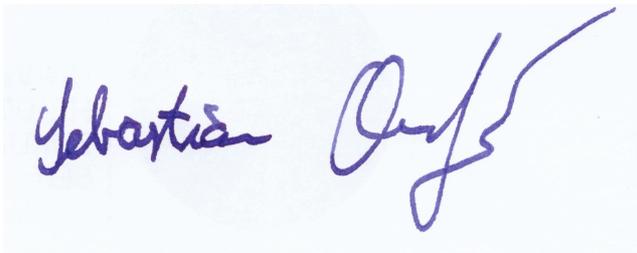
³³ EuGH, ECLI:EU:C:2008:215, Urt. v. 10. April 2008 – Rs. C-412/06 (*Hamilton*), Slg. 2008 S. I-2383.

³⁴ EuGH, ECLI:EU:C:2008:215, Urt. v. 10. April 2008 – Rs. C-412/06 (*Hamilton*), Slg. 2008 S. I-2383, Rn. 39.

Umstands, dass dem Verbraucher mindestens sechs Jahre für einen Widerruf zur Verfügung standen und die potentielle Fehlerhaftigkeit der Widerrufsbelehrungen auch vielfach Gegenstand in der Berichterstattung von außerjuristischen Medien war, erscheint ein generelles Erlöschen des Widerrufsrechts drei Monate nach Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes zur WohnimmobilienkreditRL als richtlinienkonform. Die Verbraucherrechte aus der HaustürgeschäfteRL werden dadurch nicht unangemessen beschnitten. Vielmehr handelt es sich um eine geeignete Maßnahme i.S.v. Art. 4 Abs. 3 der HaustürgeschäfteRL zur Beseitigung von erheblicher Rechtsunsicherheit.

Zwischenergebnis: Die **Sonderregel für Haustürgeschäfte** in Art. 229 § [...] Abs. 3 Satz 2 EGBGB-E sollte **ersatzlos gestrichen** werden.

Ergebnis: Der Vorschlag einer gesetzlichen Erlöschensanordnung für ansonsten „ewige“ Widerrufsrechte ist konzeptionell zu begrüßen; jedoch sollte die Sonderregel für Haustürgeschäfte vollständig entfallen.

A handwritten signature in blue ink on a light blue background. The signature is written in a cursive style and reads "Sebastian Omlor".

Prof. Dr. Sebastian Omlor, LL.M. (NYU), LL.M. Eur.