

STELLUNGNAHME

zur öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 14.Oktober 2015 betreffend den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie, Bundestags-Drucksache 18/5922

Der Regierungsentwurf (RegE) zur Umsetzung der Wohnimmobilien-Verbraucherkreditrichtlinie (im Folgenden: WohnimmoRil) in deutsches Recht ist gut gelungen. Der RegE setzt den Mindeststandard der Richtlinie (Art.2 Abs.1) zutreffend um, macht von Optionen Gebrauch (etwa zur Bedenkzeit nach § 495 Abs.3 BGB-E, Art. 14 Abs.6 WohnimmoRil) und erarbeitet Regelungen jenseits des harmonisierten Bereichs der Richtlinie, z.B. zur Befristung des Widerrufsrechts bei insuffizienter Information nach § 356b Abs.2 Satz 2 BGB-E oder zur Beratungspflicht bei Überziehungskrediten nach § 504a BGB-E oder zur Einbeziehung von Grundpfandrechten bei Immobilier-Verbraucherkreditverträgen, die auf gewerblichen Grundstücken lasten, gemäß § 491 Abs.3 Nr.2 BGB-E¹.

Auf einige Regelungen möchte ich näher eingehen:

1. Ewiges Widerrufsrecht und Befristung nach § 356 b Abs.2 Satz 2 BGB-E

Die Problematik eines unbefristeten und deshalb ewigen Widerrufsrechts entsteht, wenn die Widerrufsfrist von 14 Tagen nach § 355 Abs.2 BGB nicht beginnt und das Gesetz auch keine Regelung für das Erlöschen des Widerrufsrechts vorsieht. Mangels Beginns kann die Widerrufsfrist auch nicht enden. Hierbei bleibt es nach dem RegE für Allgemein-Verbraucherkreditverträge. Der Grund hierfür ist in europäischen Richtlinien zu suchen, nämlich der Fernabsatz-Finanzdienstleistungen-Richtlinie 2002/65/EG nach Art.6 und der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG nach Art.14. Beide Richtlinien bestimmen den Beginn der Widerrufsfrist, der von der Erteilung der vorgeschriebenen Informationen an den Verbraucher abhängt, aber nichts über ein Erlöschen. Aus dem Schweigen des europäischen Normgebers zieht das deutsche Recht die Folgerung, dass die Widerrufsfrist mangels Beginns nicht endet und das Widerrufsrecht zum ewigen wird. Anders gestaltet

¹ Bülow, WM 2015, 1309 (1311).

sich die Rechtslage nach der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU, wo in Art.10 ein Erlöschen der Widerrufsrechte für Außergeschäftsraum- (Haustür-)Geschäfte und schlichte Fernabsatzgeschäfte bestimmt wird und was sich in § 356 Abs.3 Satz 2 BGB wiederfindet. Die WohnimmoRil schreibt in Art.14 Abs.6 überhaupt kein Widerrufsrecht vor, lässt es aber fakultativ zu und bestimmt auch nichts über den Fristbeginn. Diese Fragen sind folglich nicht Gegenstand der WohnimmoRil, sondern befinden sich außerhalb ihres harmonisierten, geregelten Bereichs. Deshalb bestand für das Umsetzungsgesetz keine Bindung, sodass der RegE zutreffend davon ausgehen konnte, ein Erlöschen des Widerrufsrechts für Immobilien-Verbraucher kreditverträge nach dem Vorbild von § 356 Abs.3 Satz 2 BGB vorzusehen, nämlich durch § 356b Abs.2 Satz 2 BGB-E.

Die vorgeschlagene Neuerung im Verbraucherkreditrecht ist zu begrüßen. Die steht im Einklang mit der Grundüberlegung zur Schaffung eines verbraucherschützenden Privatrechts, die darin liegt, dass Vertragsparität zwischen Verbraucher und Unternehmer gestört ist und der Kompensation bedarf, unter anderem durch ein Widerrufsrecht als besonders ausgeformtes gesetzliches Rücktrittsrecht, durch das der Verbraucher in die Lage versetzt wird, die Bindung an den abgeschlossenen Kreditvertrag zu überdenken. Die Störung der Vertragsparität entsteht dadurch, dass der Verbraucher den Vertrag aus privater Motivation abschließen möchte, während der Unternehmer mit aller Professionalität und Einsatz raffiniertester Marketingmethoden an den Vertragsschluss herangeht. Bekanntlich war das kompensatorische Modell seinerzeit durch den Rat der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in seinem Ersten Programm für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher vom 14.4.1975 zum Ausdruck gekommen:

Der Verbraucher als „Teil eines Massenmarktes und das Ziel von Werbekampagnen und Pressionen durch mächtige, gut organisierte Produktions- und Absatzsysteme“ ist „nicht mehr voll in der Lage, als Marktteilnehmer seine Rolle eines Gleichgewichtselements zu spielen. In der Folge der Entwicklung der Marktbedingungen (besteht) eine Tendenz zur Störung dieses Gleichgewichts zwischen Lieferant und Verbraucher zugunsten der Lieferanten².

Die Störung der Vertragsparität hat ihren Grund in der Privatheit des Käuferhandelns³, keineswegs etwa in Geschäftungewandtheit⁴, intellektueller oder ökonomischer Unterlegenheit, wie § 13 BGB und den zugrundeliegenden Richtlinien zu entnehmen ist.

Es ist also die Vertragsabschlussphase einschließlich der Überdenkenszeit, der sich verbraucherprivatrechtliche Vorschriften widmen. Mit einem ewigen Widerrufsrecht, das gerade im Kreditbereich viele Jahre lang und auch nach Abwicklung des Kreditverhältnisses virulent werden kann, ist die Vertragsabschlussphase aber längst verlassen und durch ein Konzept der Kompensation gestörter Vertragsparität nicht regelbar. Die Versuche, ein Ende des Widerrufsrechts durch das Rechtsinstitut der Verwirkung herbeizuführen⁵, scheitern vor allem daran, dass Ausgangspunkt des unbefristeten Widerrufsrechts das Verhalten des Kreditgebers ist, nämlich die insuffiziente Information, und sich das Streben des

² ABIEG C 92, S.1 vom 25.4.1975, Tz. 6/7, auch Zweites Programm vom 19.5.1981, ABIEG C 122, S.1 vom 3.6.1981, Tz. 228.1.

³ Siehe nur jüngst EuGH v.3.9.2015 – C-104/14, Rn. 20, 25, ZIP 2015, 1882 – *Costea* -

⁴ So aber fälschlich *Braun*, JZ 2011, 703 (706) und auch *Schnauder*, WM 2014, 783 (785).

⁵ Exemplarisch *Habersack/Schürnbrand*, ZIP 2014, dagegen *Bülow*, WM 2015, 1829.

Verbrauchers, aus der durch das Gesetz vorgegebenen Lage Vorteile zu ziehen, als marktgerechtes legitimes Verhalten darstellt.

So stellt sich die Frage, ob die Rückbesinnung auf den verbraucherprivatrechtlichen Kern, also den Ausgleich gestörter Vertragsparität, nicht nur für Immobilien-Verbraucherkreditverträge, sondern auch für Allgemein-Verbraucherkreditverträge walten sollte, indem das Erlöschen auch für diese Vertragsart bestimmt wird. Dem scheinen jedoch die Verbraucherkreditrichtlinie und die Fernabsatz-Finanzdienstleistungenrichtlinie entgegen zu stehen. Sie bestimmen, wie ausgeführt, den Beginn der Widerrufsfrist durch ordnungsgemäße Informationserteilung und schweigen über die Folgen, wenn der Beginn durch fehlende oder insuffiziente Informationserteilung scheitert. Darauf gründet sich die Schlussfolgerung, dass die nicht beginnende Frist nicht endet. So kann man denken, wenn diese Schlussfolgerung dem Willen des Normgebers entspricht⁶. Indessen – das Schweigen kann auch seinen Grund darin haben, dass der Normgeber zu dieser Schlussfolgerung nicht gelangt ist und über die Folgen nichts geregelt hat, diese Frage also, bewusst oder nicht, offen geblieben ist. Ein Blick in die Erwägungsgründe von Fernabsatz-Finanzdienstleistungenrichtlinie (Nr.23) und Verbraucherkreditrichtlinie (Nr.34) und in die Materialien⁷ zeigt, dass keinerlei Hinweis oder auch nur Andeutung zu unsere Frage feststellbar ist und die Überlegung erlaubt, ob die Problematik überhaupt Gegenstand der harmonisierten, geregelten Bereiche beider Richtlinien ist. Wenn dies aber verneint werden kann, sind die nationalen Gesetzgeber nicht gehindert, ein Erlöschen des Widerrufsrechts trotz nicht eingetretenem Fristbeginn, am besten nach dem Vorbild von §§ 356b Abs.3 Satz 2 BGB, 356b Abs.2 Satz2 BGB-E, zu bestimmen.

2. Beratungspflicht § 504a BGB-E

Außerhalb des harmonisierten Bereichs der WohnimmoRil bestimmt der RegE die Beratungspflicht, wenn der Verbraucher eine ihm eingeräumte Überziehungsmöglichkeit über längere Zeit in Anspruch nimmt und sich dadurch der teuersten Kreditart bedient – eine höchst sinnvolle ergänzende verbraucherprivatrechtliche Maßnahme. Es fällt jedoch auf, dass Referentenentwurf und RegE erheblich voneinander abweichen. Während ersterer noch zwei Alternativen vorsah, welche die Beratungspflicht auslösen, nämlich

- die ununterbrochene dreimonatige Überziehung unabhängig von der Höhe oder
- eine Überziehung, die den monatlichen durchschnittlichen Geldeingang übersteigt.

Der RegE dagegen bestimmt eine Dauer von sechs Monaten, ehe die Beratungspflicht ausgelöst werden kann und außerdem kumulativ eine bestimmte Höhe der Überziehung, sie muss nämlich 75 Prozent des vereinbarten Höchstbetrags, der Fazilität, übersteigen. Die Voraussetzungen für die Beratungspflicht sind nach dem RegE also deutlich höher; wenn erst

⁶ Nicht problematisiert in EuGH v.13.12.2001 – C-481/99, Rn. 45, NJW 2002, 281 = WM 2001, 2434 –*Heininger*- zur alten und durch die Verbraucherrechte-Richtlinie obsoleten Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG, wo ein unbefristetes Widerrufsrecht angenommen wurde; relativiert in EuGH v.10.4.2007 – C-412/06, Rn. 37, NJW 2008, 1865 –*Hamilton*- (Fristbeginn ab Kenntniserlangung), Schlussantrag des Generalanwalts v. 21.11.2007, ZIP 2007, 2306.

⁷ Richtlinienentwurf der Kommission KOM (98) 468 endg. v. 14.10.1998 = BR-Drucks. 987/98 v. 14.12.1998, S.25 = WM 1999, 1477; Stellungnahme des Bundesrats v.26.2.1999, Beschluss zu BR-Drucks.987/98, S.4; Empfehlung der Ausschüsse v.11.2.1999, BR-Drucks. 987/1/98, S.4; geänderter Vorschlag der Kommission v.23.7.1999, KOM (1999) 385 endg., S.6, 7, ABIEG C 177 E/00, S.21; *Riesenhuber*, WM 1999, 1441 (1446); Problem erkannt aber von *Schirnding*, FLF 1998, 11 (16) und *Hoppmann*, VersR 1999, 673 (678).

am letzten Tag der sechs Monate Geld eingeht, das zu einem noch so geringfügigen Habensaldo führt, braucht nicht beraten zu werden und ein erneuter Sechs-Monatezeitraum beginnt. Das Ziel der neuen, auf Koalitionsvereinbarung beruhenden Regelung, dauerhafter und erheblicher Inanspruchnahme des Dispositionskredits und den darin liegenden Gefahren entgegen zu wirken, wird oftmals verfehlt werden.

3. Erlaubte Koppelung des Immobilier-Darlehensvertrags mit Versicherungsvertrag nach § 492b Abs.2 BGB-E

Im Falle der Besicherung des Darlehens mit einem Grundpfandrecht oder einer Reallast ist ein Koppelungsgeschäft als Ausnahme vom Koppelungsverbot nach § 492a BGB-E zulässig, wenn der Darlehensnehmer, also der Verbraucher, einen Vertrag über eine einschlägige Versicherung abschließen soll, z.B. eine Wohngebäude- oder Feuerversicherung betreffend das belastete Grundstück. Der Verbraucher ist danach also der Versicherungsnehmer, nicht etwa ein Dritter wie etwa im Fall von § 492b Abs.1 BGB-E, wo ein Familienangehöriger Vertragspartei sein kann. Nun kommt es aber nicht selten vor, dass nicht der Verbraucher als Darlehensnehmer und Schuldner die Sicherheit bestellt, sondern ein Dritter, sei er Familienangehöriger oder nicht. Man spricht von Interzession oder Drittsicherung, auch sie begründet den Tatbestand eines Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrags nach § 491 Abs.3 Nr.1 BGB-E. In diesem Fall wäre es der Dritte, der für sein belastetes Grundstück einen Feuerversicherungsvertrag abzuschließen gedenkt. In teleologischer Extension von § 492b Abs.2 BGB-E und Art. 12 Abs.4 Satz 1 WohnimmoRil dürfte die Koppelung in der Weise zulässig sein, dass der Interzessionar als Grundstückseigentümer den Versicherungsvertrag abschließt. Die freigestellte Koppelung liegt dann darin, dass sich der Verbraucher als Darlehensnehmer verpflichtet, den Interzessionar im Deckungsverhältnis zum Abschluss des Gebäude- resp. Feuerversicherungsvertrags zu bewegen. Es dürfte genügen, wenn diese Variante in der Gesetzesbegründung erwähnt wird.

4. Fremdwährungskredit und abweichende Landeswährung durch Vermögen sowie das Tatbestandsmerkmal „überwiegend“ nach § 503 Abs.1 Satz 3 BGB-E

Ebenfalls eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung erscheint geboten bei der Vorschrift über Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge in Fremdwährung. Nach § 503 Abs.1 Satz 3 BGB-E kann ausschließlich oder ergänzend eine andere Landeswährung vereinbart werden, die sich auf Vermögenswerte gründet, aus denen das Darlehen zurückgezahlt werden soll. Gemeint sind Vermögenswerte, die zu gegebener Zeit und zu gegebenen Umständen verwertet sollen. Bei einer Immobilie wäre der Belegenheitsort zugleich der Ort, der für die abweichende Landeswährung Maß gibt. Bei Mobilien, z.B. bei Kunstsammlungen, Antiquitäten oder auch Briefmarkensammlungen und Ähnlichem dürfte der Ort einschlägig sein, an dem eine spätere Verwertung stattfinden und der Verwertungserlös erzielt werden soll, möglichst dort, wo die aussichtsreichsten Auktionen stattfinden, aber nicht der Ort, an dem sich die Vermögenswerte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses resp. der Kreditwürdigkeitsprüfung befinden.

Die abweichende Landeswährung kann auch diejenige sein, in welcher der Darlehensnehmer überwiegend sein Einkommen bezieht. Wenn er mehrere Einkommen in verschiedenen Währungen erhält, überwiegt diejenige, die den höchsten Anteil ausmacht. Nun ist allerdings das Tatbestandsmerkmal „überwiegend“ seit dem 13.6.2014 durch § 13 BGB und dergestalt

auszulegen, dass mehr als die Hälfte gemeint ist⁸, also anders als in § 503 Abs.1 Satz 3 BGB-E. Vielleicht sollte in § 503 das Wort „hauptsächlich“ oder „vornehmlich“ oder „in erster Linie“ gewählt werden, um Verwechslungen und Fehlinterpretationen zu vermeiden. Auch sollte deutlich gemacht werden, dass sich der Begriff „überwiegend“ (oder besser ein gleichsinniger) nur auf die Variante Einkommen, aber nicht auf die Variante Vermögenswerte bezieht.

Peter Bülow
4.Oktober 2015

⁸ Erwägungsgrund 12 zur WohnimmoRil, Erwägungsgrund 14 zur Verbraucherrechte-Richtlinie; *Patrick Meier*, JuS 2014, 777; *Bülow*, WM 2014, 1..