

**Stellungnahme für den Finanzausschuss
des Deutschen Bundestages**

**Öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines
Gesetzes zur Ergänzung des Finanzdienstleistungsaufsichtsrechts im Bereich
der Maßnahmen bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems und zur
Änderung der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie“ am 6. März 2017
BT-Drucks. 18/10935**

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Themenbereiche Kreditwürdigkeitsprüfung, Kopplungsgeschäfte und Vorfälligkeitsentschädigung. Ausgeklammert bleiben im Wesentlichen die Art. 1 bis 5 des Gesetzentwurfs.

Gliederungsübersicht

I. Kreditwürdigkeitsprüfung	5
1. Auswirkungen der neuen Kreditwürdigkeitsprüfung auf die Kreditvergabepraxis.....	5
2. Ausnahmen für Immobilienverzehrcreditverträge.....	6
3. Prognosegrundlage	7
a) Ausnahme bei (Aus-)Bau/Renovierung einer Wohnimmobilie	7
b) Einführung von Leitlinien	8
c) Ausgestaltung der Rechtsverordnung	9
4. Rechtsfolgen fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung.....	11
5. Anschlussfinanzierung und Umschuldung	12
II. Kopplungsgeschäfte	14
1. Regelungsbedürfnis	14
2. Regelungsort	14
III. Vorfälligkeitsentschädigung	16

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

I. Kreditwürdigkeitsprüfung

1. Die vollständige Ausnahme für Immobilienverzehrcreditverträge ist zu begrüßen. Allerdings besteht kein Anlass, von der allgemeinen Terminologie des BGB abzuweichen und von einem Kredit- statt einem Darlehensvertrag zu sprechen.
2. Die geplante Erweiterung von § 505b Abs. 2 Satz 3 BGB und § 18a Abs. 4 Satz 3 KWG ist positiv zu bewerten. Jedoch sollte nicht generell der Bau, sondern lediglich der *Ausbau* einer bestehenden Wohnimmobilie erfasst werden, um eine Richtlinienkonformität zu gewährleisten.
3. Die Initiative des Bundesrats und der Bundesregierung zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei der Kreditwürdigkeitsprüfung ist zu begrüßen. Jedoch sollte § 505e BGB-E um einen zweiten Absatz (entsprechend auch § 18a Abs. 10a KWG-E) mit folgendem Wortlaut ergänzt werden:
„Stellt die Rechtsverordnung Leitlinien zu Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 und 2 auf und erfüllt der Darlehensgeber diese Vorgaben, so wird vermutet, dass die Kreditwürdigkeitsprüfung im Einklang mit § 505a und § 505b Abs. 2 bis 4 erfolgt ist.“
4. Die geplante Rechtsverordnung auf Grundlage von § 505e BGB-E und § 18a Abs. 10a KWG-E bringt an einigen Stellen Fortschritte. Weiteren Konkretisierungen oder Einschränkungen steht teilweise die WohnimmobilienkreditRL entgegen. Teilweise ließen sich aber noch Ergänzungen Präzisierungen durch den Ordnungsgeber erzielen, auch um eine taugliche Grundlage für die vorgeschlagene Vermutung der Ordnungsgemäßheit der Kreditwürdigkeitsprüfung zu bilden.
5. Um ein Szenario „ewiges Widerrufsrecht II“ zu vermeiden, sollte § 505d BGB um einen vierten Absatz ergänzt werden, der klarstellt, dass § 505d BGB zivilrechtlich abschließend ist; beispielsweise könnte formuliert werden:
„Weitergehende Rechte und Ansprüche des Darlehensnehmers bestehen nicht.“
6. Eine weitere Erleichterung von Anschlussfinanzierungen und Umschuldungen über die Maßnahmen des Regierungsentwurfs hinaus

beschritte unionsrechtlich unsicheres Gebiet; vorzugswürdig wäre eine Änderung der WohnimmobilienkreditRL.

II. **Kopplungsgeschäfte**

Die Genehmigungsvoraussetzungen für Kopplungsgeschäfte sollten einheitlich im Aufsichtsrecht (§ 18a KWG) geregelt werden; in das BGB (§ 492b Abs. 3) sollte lediglich ein Verweis darauf eingefügt werden.

III. **Vorfälligkeitsentschädigung**

Die Transparenz der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung sollte verbessert werden. Zumindest sollte hierzu § 502 Abs. 1 Satz 1 BGB im Lichte von Art. 25 Abs. 3 WohnimmobilienkreditRL ergänzt werden. Erwägenswert könnte zudem die Normierung von Transparenzvorgaben in Art. 247 EGBGB sein.

I. Kreditwürdigkeitsprüfung

Ein wesentlicher Bestandteil sowohl der Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher 2014/17/EU¹ (nachfolgend: WohnimmobilienkreditRL) als auch des deutschen Umsetzungsgesetzes des Jahres 2016² ist die Kreditwürdigkeitsprüfung im Vorfeld einer Darlehensvergabe. Zugrunde liegen das Kapitel 6 der WohnimmobilienkreditRL, zivilrechtlich §§ 505a-505d BGB und aufsichtsrechtlich § 18a Abs. 1-5 KWG.

1. Auswirkungen der neuen Kreditwürdigkeitsprüfung auf die Kreditvergabepraxis

Die empirischen Auswirkungen der Umsetzung der WohnimmobilienkreditRL auf die Kreditvergabepraxis lassen sich statistisch nicht hinreichend nachweisen. Während namentlich die Sparkassenorganisationen Rückgänge vermeldeten,³ kam es bei den Volksbanken Mitte 2016 sogar zu einem Anstieg im mittleren einstelligen Prozentbereich.⁴ Auch die Bundesbank vermeldet weiterhin ein Wachstum bei der Vergabe von Wohnungsbaukrediten inländischer Banken.⁵ Messbar war aber ein Rückgang um 18,9% im zweiten Quartal 2016 gegenüber dem Vorquartal, d.h. unmittelbar nach Inkrafttreten der Umsetzung zur WohnimmobilienkreditRL. Im dritten Quartal 2016 erholte sich die Kreditvergabe jedoch wieder mit einem Anstieg von 40,0% gegenüber dem zweiten Quartal 2016 und von 35,5% gegenüber dem Vorjahr. Die Ursachen von solchen Schwankungen können jedoch mannigfach sein. Zaghafte lässt sich konstatieren, dass infolge der Unsicherheiten nach der Umsetzung der WohnimmobilienkreditRL ein zwischenzeitlicher Rückgang bei der Vergabe von Baufinanzierungen eingetreten sein *kann*, diese Kausalität aber nicht hinreichend sicher belegbar ist. Auch wenn ein solcher Zusammenhang statistisch nicht greifbar ist, ist die Zielrichtung des Gesetzentwurfs zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit für die Beteiligten einer Kreditwürdigkeitsprüfung nachdrücklich zu begrüßen (im Einzelnen siehe unten, sub I. 3. b.).

¹ Richtlinie 2014/17/EU vom 4. Februar 2014, ABl. EU Nr. L 60 S. 34 vom 28. Februar 2014.

² Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften vom 11. März 2016, BGBl. I S. 396.

³ http://www.sv-bw.de/presse/pressemitteilungen/2016_bilanz/Pressemitteilung_Bilanz_2016.pdf, S. 7.

⁴ Meyer, Wirtschaftsdienst 2017, 32, 37 m.w.N.

⁵ Deutsche Bundesbank, Zeitreihe BBDY1.Q.B20.Y.G350.F0010, abrufbar unter www.bundesbank.de.

2. Ausnahmen für Immobilienverzehrcreditverträge

Nach geltender Rechtslage ist bei Immobilienverzehrcreditverträgen eine Kreditwürdigkeitsprüfung durchzuführen. Entgegen der Auffassung der Gesetzesbegründung⁶ ist die geplante Ausnahme in § 491 Abs. 3 Satz 4 BGB-E nicht lediglich klarstellend, sondern konstitutiv. Das Unionsrecht räumt den nationalen Gesetzgebern ein Ermessen ein, ob Immobilienverzehrcreditverträge der Kreditwürdigkeitsprüfung unterfallen sollen oder nicht.⁷ Davon abgesehen ist die Regelung zu begrüßen, da sie die Aktionsmöglichkeiten des Verbrauchers erweitert und gerade in der für die Kreditwürdigkeit komplexen Situation einer Darlehensaufnahme im zeitlichen Kontext des Ruhestands eine weitere Handlungsoption schafft. Durch die flankierende Ausnahme in § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 6 BGB sollen Immobilienverzehrcreditverträge zudem vollständig nicht mehr dem Verbraucherdarlehensrecht unterfallen. Die allgemeine Verbraucherkreditrichtlinie⁸ erfasst nach ihrem Art. 2 Abs. 2 lit. a und b Immobilienverzehrcreditverträge nicht und steht daher einem solchen Schritt nicht entgegen.

Nicht überzeugend erscheint hingegen die bewusste Nichteinfügung in die Terminologie des BGB. Keinesfalls gingen mit einer Bezeichnung als „Immobilienverzehrdarlehensvertrag“ automatisch Auswirkungen auf den vertragstypologischen Darlehensbegriff des § 488 BGB einher.⁹ Erstens ist es dem BGB keinesfalls fremd, dass identische Begriffe in unterschiedlichen Normen mit abweichenden Bedeutungen verwendet werden; als plastisches Beispiel mag der Begriff des Geldes dienen.¹⁰ Der allgemeine Darlehensbegriff des § 488 BGB könnte daher ein anderer als der spezielle des § 491 Abs. 3 Satz 4 BGB-E sein. Zweitens ist der Begriff des Zinses auch in § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB keinesfalls auf eine Geldleistung beschränkt. Nach dem allgemeinen Zinsbegriff besteht keine notwendige Gleichartigkeit zwischen Kapital- und Zinsschuld.¹¹ Daher ließe sich die Vereinbarung einer Gegenleistung des Darlehensnehmers, die in der Übertragung eines Rechts an einer Wohnimmobilie besteht, ebenfalls als eine Zinsleistung i.S.d. § 488 Abs. 1 Satz 2

⁶ BT-Drucks. 18/10935, S. 38 f.

⁷ Omlor, ZIP 2017, 112, 118.

⁸ Richtlinie 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge vom 23.04.2008, ABl. EU Nr. L 133 S. 66 vom 22.05.2008.

⁹ A.A. BT-Drucks. 18/10935, S. 39.

¹⁰ Im Einzelnen zum Geldbegriff des BGB Omlor, Geldprivatrecht, 2014, S. 69 ff.

¹¹ Staudinger/Blaschczok, 1997, § 246 Rn. 16; Staudinger/Omlor, 2016, § 246 Rn. 43; MünchKomm BGB/Berger, 7. Auflage 2017, § 488 Rn. 155; BeckOGK BGB/Weber, Stand: 01.11.2016, § 488 Rn. 225; a.A. RGZ 118, 152, 155; RGZ 160, 71, 78, 80; RGZ 168, 264, 265; Belke, BB 1968, 1219, 1222; Seckelmann, BB 1998, 57; Ernst, ZfPW 2015, 250 f.; Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350, 367.

BGB einordnen, ohne einen typengemischten Vertrag mit andersartiger Gegenleistung zu produzieren. Noch deutlicher wird diese Konformität zur Typologie des Darlehensvertrags bei der Gegenleistung, die in einem „Betrag aus dem künftigen Erlös des Verkaufs einer Wohnimmobilie“ und damit in Geld besteht. Im Ergebnis ist auch der Immobilienverzehrvertrag des § 491 Abs. 3 Satz 4 BGB-E ein typischer Darlehensvertrag, der daher auch als solcher benannt werden sollte.

Zwischenergebnis: Die Ausnahme für Immobilienverzehrverträge ist zu begrüßen. Allerdings besteht kein Anlass, von der allgemeinen Terminologie des BGB abzuweichen und von einem Kredit- statt einem Darlehensvertrag zu sprechen.

3. Prognosegrundlage

a) Ausnahme bei (Aus-)Bau/Renovierung einer Wohnimmobilie

Die geplante Erleichterung der Kreditwürdigkeitsprüfung durch die Erweiterung von § 505b Abs. 2 Satz 3 BGB-E und § 18a Abs. 4 Satz 3 KWG-E ist ausdrücklich zu begrüßen. Auch an dieser Stelle wird konstitutiv die bisherige Rechtslage geändert, es liegt nicht lediglich eine Klarstellung vor.¹² Ob die derzeitige Rechtslage sekundärrechtskonform ist, also auf die Ausnahme für den Bau und die Renovierung einer Wohnimmobilie verzichtet werden durfte, erscheint zudem zweifelhaft.¹³

Die Ausnahme vom Verbot der Fokussierung der Kreditwürdigkeitsprüfung auf den gegenwärtigen oder prognostischen Wert der Wohnimmobilie aus Art. 18 Abs. 3 WohnimmobilienkreditRL sollte allerdings eine Klarstellung enthalten. Der vorgeschlagene Wortlaut des § 505b Abs. 2 Satz 3 BGB-E und des § 18a Abs. 4 Satz 3 KWG-E orientiert sich an Art. 18 Abs. 3 WohnimmobilienkreditRL, wo von einem „Bau“ der Wohnimmobilie die Rede ist. Die erstmalige Errichtung einer Wohnimmobilie kann allerdings sinnvollerweise nicht erfasst sein, da ansonsten die Vorschrift weitgehend obsolet wäre. Erst in der Zusammenschau mit dem korrespondierenden Erwägungsgrund 55 ergibt sich, dass lediglich der *Ausbau* einer bestehenden Wohnimmobilie erfasst ist. Diese Präzisierung sollte auch in § 505b Abs. 2 Satz 3 BGB-E und § 18a Abs. 4 Satz 3 KWG-E erfolgen.

Zwischenergebnis: Die geplante Erweiterung von § 505b Abs. 2 Satz 3 BGB und § 18a Abs. 4 Satz 3 KWG ist zu begrüßen. Jedoch sollte nicht der Bau,

¹² A.A. BT-Drucks. 18/10935, S. 40.

¹³ Omlor, ZIP 2017, 112, 119.

sondern lediglich der *Ausbau* einer bestehenden Wohnimmobilie erfasst werden, um eine Richtlinienkonformität zu gewährleisten.

b) Einführung von Leitlinien

Die Wahrscheinlichkeitsprognose, die der potentielle Darlehensgeber bei einem Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag anzustellen hat, soll sich nach § 505b Abs. 2 Satz 1 BGB auf „notwendige, ausreichende und angemessene Informationen zu Einkommen, Ausgaben sowie andere finanzielle und wirtschaftliche Umstände des Darlehensnehmers“ stützen. Erlangen soll der Darlehensgeber diese Daten nach § 505b Abs. 3 BGB aus internen wie externen Quellen einschließlich der Angaben des Darlehensnehmers, die aber zuvor zu überprüfen sind. Aus dieser Kette von interpretationsoffenen Tatbeständen resultiert für die Darlehensgeber eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Zwar lassen die derzeit vorliegenden statistischen Daten keinen eindeutigen Schluss zu, dass infolge der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung die Kreditvergabe tatsächlich spürbar beeinflusst wurde. Allerdings können solche Auswirkungen auch erst mit Verzögerung auftreten, wenn erste Urteile beispielsweise zu den Folgen eines Verstoßes ergangen sind. Letztlich schadet die entstandene Rechtsunsicherheit sowohl der Darlehensnehmer- als auch der Darlehensgeberseite: Beide haben zu befürchten, dass ein beiderseits gewünschter Kredit wegen Unwägbarkeiten bei der Kreditwürdigkeitsprüfung nicht vergeben werden kann. Der Darlehensgeber hat zudem nachteilige Rechtsfolgen zu gewärtigen, falls ihm ein Gericht im Nachhinein einen Fehler bei seiner Kreditwürdigkeitsprüfung nachweist. Vor diesem Hintergrund ist es nachdrücklich zu begrüßen, dass sich sowohl der Bundesrat¹⁴ als auch die Bundesregierung in dem vorliegenden Gesetzentwurf dazu entschlossen haben, diese Rechtsunsicherheiten auf das notwendige Maß zu verringern. Die WohnimmobilienkreditRL lässt ausweiselich ihres Erwägungsgrundes 55 den Mitgliedstaaten den Umsetzungsspielraum, „zusätzliche Leitlinien zu diesen oder zusätzlichen Kriterien und zu den bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit eines Verbrauchers angewandten Methoden heraus[zuge]ben“. Diese Option soll durch eine auf Grundlage von § 505e BGB-E erlassene Rechtsverordnung genutzt werden. Zwar weist der Rückgriff auf das Instrument der Rechtsverordnung den Charme auf, flexibel und ohne zeitliche Verzögerung auf die Entwicklungen und Bedürfnisse des Kreditmarktes reagieren zu können. Andererseits steht die Rechtsverordnung in der

¹⁴ BR-Drucks. 578/16; dazu *Omlor*, ZIP 2017, 112, 118 f.

Normenhierarchie unterhalb des formellen Parlamentsgesetzes; ihr Inhalt kann von Gerichten auf seine Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht, insbesondere mit der Ermächtigungsgrundlage, überprüft werden. Die Erfahrungen mit dem „ewigen Widerrufsrecht“ (vgl. § 14 Abs. 1 BGB-InfoV a.F.)¹⁵ zeigen, dass aus Fehlern bei der Abfassung einer Rechtsverordnung erhebliche Verwerfungen resultieren können.

Daher sollte zum einen die Rechtsgrundlage dem Ordnungsgeber einen tendenziell weiten Spielraum einräumen; dies ist in Gestalt von § 505e BGB-E gegeben. Zum anderen sollte aber in § 505e BGB-E ein zweiter Absatz ergänzt werden, der eine Gesetzlichkeitsvermutung enthält: Hat sich der Darlehensgeber an die Leitlinien aus der Rechtsverordnung gehalten, so wird vermutet, dass die Kreditwürdigkeitsprüfung ordnungsgemäß erfolgt ist. Eine weitergehende Gesetzlichkeitsfiktion hingegen würde den Spielraum des Ordnungsgebers erheblich einschränken. Erforderlich wäre nämlich, dass die Leitlinien stets die gesamte Bandbreite der einzubeziehenden Kriterien und Methoden abdecken; ansonsten wäre die Fiktion unionsrechtswidrig. Der deutsche Gesetzgeber wäre nicht befugt, eine Kreditwürdigkeitsprüfung als ordnungsgemäß zu fingieren, die nicht umfassend den Richtlinienvorgaben entspricht. Eine Vermutung hingegen erleichtert sowohl Darlehensgeber als auch Darlehensnehmer die Subsumtionsarbeit, lässt aber Raum für eine Einzelfallbeurteilung von Ausnahmekonstellationen.

Zwischenergebnis: Die Initiative des Bundesrats und der Bundesregierung zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei der Kreditwürdigkeitsprüfung ist zu begrüßen. Jedoch sollte § 505e BGB-E um einen zweiten Absatz (entsprechend auch § 18a Abs. 10a KWG-E) mit folgendem Wortlaut ergänzt werden:

„Stellt die Rechtsverordnung Leitlinien zu Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 und 2 auf und erfüllt der Darlehensgeber diese Vorgaben, so wird vermutet, dass die Kreditwürdigkeitsprüfung im Einklang mit §§ 505a und 505b Absatz 2 bis 4 erfolgt ist.“

c) Ausgestaltung der Rechtsverordnung

Der am 2. März 2017 vorgelegte Arbeitsentwurf einer Rechtsverordnung auf Grund des § 505e BGB-E und des § 18a Abs. 10a KWG-E (Stand: 27. Februar 2017, nachfolgend: KreditwürdigkeitsV-E) bemüht sich nach einer klarstellenden teilweisen Wiederholung

¹⁵ Dazu *Omlor*, NJW 2016, 1265 f.; eine Nichtigkeit der Musterbelehrung aus der BGB-InfoV a.F. annehmend OLG Schleswig NJOZ 2008, 1477, 1479 ff.; OLG Jena, Urteil vom 28. Oktober 2010 – 5 U 57/10 = BeckRS 2010, 25722; LG Halle NJOZ 2006, 1951; LG Koblenz MMR 2007, 190, 191.

der Vorgaben aus Art. 18, 20 WohnimmobilienkreditRL und §§ 505a, 505b Abs. 2-4 BGB um eine weitergehende Konkretisierung. Stellvertretend seien folgende Einzelpunkte besonders hervorhoben:

- Das zentrale Tatbestandsmerkmal „nicht hauptsächlich“ in Art. Art. 18 Abs. 3 WohnimmobilienkreditRL und § 505b Abs. 2 Satz 3 BGB interpretiert § 2 Abs. 2 Satz 2 KreditwürdigkeitsV-E dergestalt, dass der Wert der finanzierten Wohnimmobilie „nur als zusätzliches Merkmal zu anderen Faktoren“ einbezogen werden darf; dies dürfte zweifelsfrei innerhalb der Richtlinienvorgaben liegen. Allerdings ist der Erkenntnisgewinn für die Darlehensgeber zugleich eher gering.
- Nur in bescheidenem Maße wird zur Rechtssicherheit beigetragen, wenn in § 2 Abs. 3 KreditwürdigkeitsV-E vorgesehen ist, dass zukünftige wahrscheinliche negative Ereignisse wie z.B. der Eintritt in den Ruhestand „ausreichend zu berücksichtigen“ seien. Insofern wird Erwägungsgrund 55 zur WohnimmobilienkreditRL teilweise wörtlich übernommen. Die vielfach geforderte Erleichterung für die Kreditaufnahme namentlich durch Senioren gelingt damit nicht. Andererseits bietet die WohnimmobilienkreditRL auch keine weiteren Spielräume, die der deutsche Gesetzgeber nutzen könnte.
- Für die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit soll der Darlehensnehmer grundsätzlich von einem „nach der Lebenserfahrung anzunehmenden Verlauf der Dinge“ (§ 3 Abs. 1 KreditwürdigkeitsV-E) ausgehen dürfen. Zu diesem gehört es auch, dass mögliche, aber nicht überwiegend wahrscheinliche Szenarien ausgeblendet werden dürfen, sofern keine gegenteiligen konkreten Anhaltspunkte vorliegen (§ 3 Abs. 3 KreditwürdigkeitsV-E). Auch diese Vorgaben halten sich im sekundärrechtlichen Rahmen, bieten aber durchaus einen nennenswerten Fortschritt hinsichtlich der Rechtsklarheit gegenüber der bisherigen Rechtslage.
- Ähnlich wie bei § 505b Abs. 2 Satz 3 BGB-E sollte auch in § 4 KreditwürdigkeitsV-E nicht an einen „Bau“, sondern an einen *Ausbau* einer Wohnimmobilie angeküpft werden, um eine richtlinienkonforme Regelung sicherzustellen.
- Die Vorgaben zu Anschlussfinanzierungen und Umschulden in §§ 5, 6 KreditwürdigkeitsV-E sind bewusst zurückhalten formuliert. Immerhin wagt § 5 Abs. 1 KreditwürdigkeitsV-E bei echten Abschnittsfinanzierungen eine Kontinuitätsvermutung für die Zahlungsmoral und -fähigkeit des

Darlehensnehmers, wenn sich das Verhältnis von verfügbarem Einkommen und Darlehensbelastung „nicht wesentlich“ verschlechtert hat. Darin dürfte eine spürbare Erleichterung für die Kreditwürdigkeitsprüfung liegen.

- Als außerordentlich wertungsoffen erscheinen die Hilfestellungen durch § 6 KreditwürdigkeitsV-E für Umschuldungen. Unklar bleibt, was unter den „individuellen Umständen“ und den „Interessen und Rechten“ des Darlehensnehmers im Einzelnen zu verstehen ist; vor allem stellt sich die Frage, in welchem Umfang sie neben der Fähigkeit zur Darlehensrückzahlung einbezogen werden dürfen. Hier wären Beispiele zur Konkretisierung wünschenswert. Andererseits ist einzubeziehen, dass die WohnimmobilienkreditRL für Umschulden keine speziellen Erleichterungen zur Kreditwürdigkeitsprüfung vorhält (vgl. im Einzelnen unten, sub I. 5.).
- Uneingeschränkt zu begrüßen ist die klare und praktikable Vermutung aus § 7 KreditwürdigkeitsV-E, die eine leichtere Handhabung von § 505a Abs. 2 BGB zulässt. Eine 10%-Grenze war bereits zuvor verbreitet in der Literatur¹⁶ angenommen worden. Ergänzt werden könnte noch eine absolute Bagatellgrenze von 200 Euro in Anlehnung an § 492 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB.¹⁷

Zwischenergebnis: Die geplante Rechtsverordnung auf Grundlage von § 505e BGB-E und § 18a Abs. 10a KWG-E bringt an einigen Stellen Fortschritte. Weiteren Konkretisierungen oder Einschränkungen steht zumeist die WohnimmobilienkreditRL entgegen; teilweise ließen sich aber noch Präzisierungen durch den Ordnungsgeber erzielen (z.B. „Ausbau“ statt „Bau“ in § 4 KreditwürdigkeitsV-E).

4. Rechtsfolgen fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung

§ 505d BGB äußert sich zu den zivilrechtlichen Folgen einer fehlerhaften Kreditwürdigkeitsprüfung. Dabei wird allerdings nicht hinreichend deutlich, dass diese Rechtsfolgen zivilrechtlich abschließend sein sollen. Es besteht nämlich für die Darlehensgeber das Risiko, dass die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung als vorvertragliche Pflicht eingeordnet wird, die über das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) zu einer

¹⁶ BeckOGK BGB/*Knops*, Stand: 17.03.2016, § 505a Rn. 19; MünchKomm BGB/*Schürnbrand*, 7. Auflage 2017, § 505a Rn. 10.

¹⁷ Vgl. bereits MünchKomm BGB/*Schürnbrand*, 7. Auflage 2017, § 505a Rn. 10.

Schadensersatzhaftung führt.¹⁸ Nach § 249 Abs. 1 BGB wäre der Darlehensnehmer so zu stellen, wie er bei einer ordnungsgemäßen Kreditwürdigkeitsprüfung stehen würde. Wäre diese negativ ausgefallen, könnte der Darlehensgeber eine vollständige Rückabwicklung des Darlehensvertrages verlangen. Die zeitliche Grenze bildet lediglich die Verjährung, die allerdings spätestens erst nach 10 Jahren (§ 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB) eintritt. Damit entstünde ein Szenario „ewiges Widerrufsrecht II“ mit erheblichen Rechts- und Bilanzrisiken für die Kreditwirtschaft. Angesichts des Milliardenvolumens von Wohnungsbaukrediten – monatliches Neugeschäft von über 21 Milliarden Euro (Dezember 2016)¹⁹ bei einem Bestandwert von mehr als 1,1 Billionen Euro (Oktober 2016) – drohten daraus zugleich Risiken für die Stabilität des Finanzsystems.

Die WohnimmobilienkreditRL (Art. 38 Abs. 1) lässt den Mitgliedstaaten insofern einen Umsetzungsspielraum, der über § 505d BGB hinausgehende zivilrechtliche Sanktionen nicht erfordert.²⁰ Der deutsche Gesetzgeber sollte daher in § 505d BGB klarstellen, dass der dortige Katalog der Rechtsfolgen zivilrechtlich abschließend ist.²¹ Ansonsten drohten im Zusammenspiel mit der auch nach einer Konkretisierung der Anforderungen konstruktiv notwendig wertungsoffenen und mit Unsicherheiten behafteten Kreditwürdigkeitsprüfung erhebliche Rechts- und Bilanzrisiken für die Darlehensgeber, wodurch die Stabilität des Kreditmarktes gefährdet werden könnte. Angesichts des Rechtsfolgenkatalogs in § 505d BGB bleibt ein Verstoß zivilrechtlich nicht folgenlos; hinzu treten die aufsichtsrechtlichen Sanktionen.

Zwischenergebnis: Um ein Szenario „ewiges Widerrufsrecht II“ zu vermeiden, sollte § 505d BGB um einen vierten Absatz ergänzt werden, der klarstellt, dass § 505d BGB zivilrechtlich abschließend ist; beispielsweise könnte formuliert werden:

„Weitergehende Rechte und Ansprüche des Darlehensnehmers bestehen nicht.“

5. Anschlussfinanzierung und Umschuldung

Die WohnimmobilienkreditRL äußert sich allenfalls mittelbar zu den Szenarien einer Anschlussfinanzierung oder Umschuldung. In Art. 18 Abs. 6 WohnimmobilienkreditRL

¹⁸ Für eine cic-Haftung vor Umsetzung der WohnimmobilienkreditRL (zu § 509 BGB a.F.) *Rott*, WM 2008, 1104, 1110; *Hofmann*, NJW 2010, 1782, 1786; *Barta/Braune*, BKR 2014, 324, 330; *Maier*, VuR 2015, 167, 175; *Rott/Terryn/Twigg-Flesner*, VuR 2016, 163, 168; dagegen *Rösler/Werner*, BKR 2009, 1, 3; *Herresthal*, WM 2009, 1174; *J. Wittig/A. Wittig*, ZInsO 2009, 633, 639. Nach Inkrafttreten des § 505d BGB befürwortend *Stamencowicz/Michel*, VuR 2016, 132; ablehnend *Buck-Heeb*, NJW 2016, 2065, 2070; *König*, WM 2017, 269, 273; MünchKomm BGB/Schürnbrand, 7. Auflage 2017, § 505d Rn. 18.

¹⁹ *Deutsche Bundesbank*, Zeitreihe BBK01.SUD231, abrufbar unter www.bundesbank.de.

²⁰ Im Einzelnen *Omlor*, ZIP 2017, 112, 115 ff.

²¹ Ebenso *de lege ferenda König*, WM 2017, 269, 279.

heißt es, eine erneute Kreditwürdigkeitsprüfung habe vor einer „deutlichen Erhöhung“ des Nettodarlehensbetrags zu erfolgen, sofern diese nicht bereits bei der ursprünglichen Kreditwürdigkeitsprüfung einbezogen worden war. Diese Vorgabe wurde unverändert in § 505a Abs. 2 BGB umgesetzt und soll zukünftig in § 7 KreditwürdigkeitsV-E (i.V.m. § 505e BGB-E) als eine regelmäßige 10%-Grenze konkretisiert werden. Bei einer Anschlussfinanzierung oder einer Umschuldung ist die Lage aber typischerweise eine andere als in § 505a Abs. 2 BGB beschrieben. Eine Anschlussfinanzierung oder Umschuldung bei demselben Darlehensgeber oder einem anderen führen häufig zum Abschluss eines neuen Darlehensvertrags, so dass die allgemeine Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung erneut eingreift. Nicht notwendig ist damit eine Erhöhung des Nettodarlehensbetrags verbunden.

Eine Erleichterung von Anschlussfinanzierungen wie Umschuldungen bewirkt bereits die vorgesehene Neufassung von § 505b Abs. 2 Satz 3 BGB. Namentlich im Fall einer Umschuldung zeigt sich allerdings, dass eine extensive Regulierung der Kreditvergabepraxis zu erheblichen Nachteilen gerade zulasten von besonders schutzbedürftigen Verbrauchern führen kann. Günstigere Alternativangebote können im Einzelfall versperrt sein, weil angesichts einer drohenden Überschuldung die Kreditwürdigkeitsprüfung zu einem negativen Resultat führt. Wünschenswert wäre an dieser Stelle eine Änderung der WohnimmobilienkreditRL: Neu einzuführen wäre eine Ausnahme von dem Verbot der Darlehensvergabe bei negativer Kreditwürdigkeitsprüfung, sofern eine Umschuldung zu einem für den Darlehensnehmer wirtschaftlich günstigeren Neudarlehen führt. *De lege lata* ließe sich eine solche Ausnahme allenfalls im Wege einer teleologischen Reduktion von Art. 18 Abs. 5 lit. a WohnimmobilienkreditRL bewerkstelligen. Die übergreifenden Richtlinienziele der Stabilität des Finanzmarktes und des Verbraucherschutzes lassen sich typisiert effektiver erreichen, sofern die Schuldentragungsfähigkeit von Verbrauchern durch Umschuldung erhöht wird. Angesichts der Risiken aus einer etwaigen Staatshaftung für die Bundesrepublik Deutschland wegen fehlerhafter Richtlinienumsetzung²² erscheint ein solcher Weg jedoch nicht unproblematisch und sollte ohne eine entsprechende Richtlinienauslegung durch den EuGH unterbleiben. Deutlich weniger weitreichend und zugleich wertungsbedürftig, aber aus unionsrechtlicher Sicht rechtssicherer ist daher der Vorschlag aus § 6 KreditwürdigkeitsV-E (i.V.m. § 505e BGB-E), wonach auch die

²² Vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*), Slg. 1991 S. I-5357; EuGH, Urteil vom 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur*), Slg. 1996 S. I-1029.

individuellen Umstände, Interessen und Rechte des Darlehensnehmers bei der Kreditwürdigkeitsprüfung zur Umschuldung zu berücksichtigen seien.

Zwischenergebnis: Eine weitere Erleichterung von Anschlussfinanzierungen und Umschuldungen über die Maßnahmen des Regierungsentwurfs hinaus beschränkt unionsrechtlich unsicheres Gebiet; vorzugswürdig wäre eine Änderung der WohnimmobilienkreditRL.

II. Kopplungsgeschäfte

Der Bundesrat²³ hat vorgeschlagen, § 492b Abs. 3 BGB um einen zweiten Satz zu ergänzen, der die Genehmigungsvoraussetzungen für Kopplungsgeschäfte aus Art. 12 Abs. 3 WohnimmobilienkreditRL in das BGB implementiert. Dadurch soll klargestellt werden, welche Kriterien die BaFin bei einer Genehmigung anzuwenden hat.

1. Regelungsbedürfnis

Ob sich aus dem Verzicht des deutschen Gesetzgebers, die genauen Genehmigungsvoraussetzungen aus Art. 12 Abs. 3 WohnimmobilienkreditRL in nationales Recht zu kopieren, bereits ein Umsetzungsdefizit aus Sicht des Unionsrechts ergibt, muss eher bezweifelt werden. Es ist eine richtlinienkonforme Auslegung von § 492b Abs. 3 BGB möglich, womit die entsprechenden Richtlinienvorgaben in die Norm hineingelesen werden können. Das Anliegen des Bundesrats erscheint dennoch sinnvoll. Die detaillierten Genehmigungsvoraussetzungen sollten sich aus Gründen der Rechtsklarheit und -sicherheit auch aus der Richtlinienumsetzung ablesen lassen. Ein Regelungsbedürfnis ist daher anzuerkennen.

2. Regelungsort

Eine Ergänzung von § 492b Abs. 3 BGB um einen zweiten Satz erscheint demgegenüber gesetzessystematisch wie rechtsdogmatisch verfehlt. Zwar vermischt das Unionsrecht die deutschen Kategorien von Zivil- und Aufsichtsrechts zunehmend. Dennoch ist es gerade das Wesen des Harmonisierungsinstruments der Richtlinie, solche nationalen Besonderheiten zu respektieren und den Mitgliedstaaten eine traditionswahrende Umsetzung des Sekundärrechts zu ermöglichen. Genau diesen Weg hat der deutsche Gesetzgeber unter anderem mit der Umsetzung der

²³ BR-Drucks. 815/16 (B), S. 24.

WohnimmobilienkreditRL beschriften, indem – wie bei der Kreditwürdigkeitsprüfung – teilweise identische Regelungen einmal zivilrechtlich (§§ 505a-505d BGB) und zum anderen aufsichtsrechtlich (§ 18a Abs. 1-4 KWG) kodifiziert wurden. Dem deutschen Gesetzgeber steht es zwar frei, mit dieser Tradition zu brechen; ein solcher Schritt ist aber weder durch die Umsetzung der WohnimmobilienkreditRL 2016 erfolgt noch durch deren Modifikation 2017 geplant. Insofern sollte der Aufgaben- und Kompetenzbereich der BaFin weiterhin dem KWG vorbehalten bleiben und sollten materielle Genehmigungsvoraussetzungen nicht in das BGB verschoben werden.

Denkbar wäre vor diesem Hintergrund lediglich, eine konstruktiv zwischen Zivil- und Aufsichtsrecht gespaltene Kodifizierung der Genehmigungsvoraussetzungen vorzunehmen: In § 492b Abs. 3 BGB würden nur die zivilrechtlichen Voraussetzungen der Genehmigung ergänzt – mit anderen Worten: Es könnte im Einzelfall zwar eine (verwaltungsrechtlich bestandskräftige) Genehmigung vorliegen, dennoch träte die Nichtigkeitssanktion des § 492a Abs. 2 BGB ein, weil materiell die Genehmigungsvoraussetzungen aus § 492b Abs. 3 BGB in der vom Bundesrat vorgeschlagenen Fassung nicht vorlagen. Diese Vorgehensweise erschiene jedoch unübersichtlich und für den Rechtsanwender wenig eingängig. Auch wären erhebliche Rechtsunsicherheiten und Friktionen damit verbunden, weil sich der Genehmigungsadressat zivilrechtlich nicht auf die verwaltungsrechtliche Bestandskraft der Genehmigung verlassen könnte.

Vorzugswürdig erscheint es vielmehr, die Genehmigungsvoraussetzungen einheitlich im Aufsichtsrecht zu regeln und im BGB lediglich darauf zu verweisen. Damit würde sowohl dem Anliegen des Bundesrats (Rechtsklarheit) als auch der rechtsdogmatischen Trennung zwischen Aufsichts- und Zivilrecht gleichermaßen Rechnung getragen. Konkret folgte daraus folgende **Gesetzesfassung**:

§ 18a Abs. 8a KWG-neu:

"Eine Genehmigung für Kopplungsgeschäfte bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen nach § 492b Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs darf nur erteilt werden, wenn der Kreditgeber gegenüber den für ihn zuständigen Behörden nachweisen kann, dass die zu ähnlichen Vertragsbedingungen angebotenen gekoppelten Produkte oder Produktkategorien, die nicht separat erhältlich sind, unter gebührender Berücksichtigung der Verfügbarkeit und der Preise der einschlägigen auf dem

Markt angebotenen Produkte einen klaren Nutzen für die Verbraucher bieten und es sich um Produkte handelt, die nach dem 20. März 2014 vertrieben werden."

§ 492b Abs. 3 BGB-neu (Hervorhebung durch Verf.):

"Ein Kopplungsgeschäft ist zulässig, wenn die für den Darlehensgeber zuständige Aufsichtsbehörde die weiteren Finanzprodukte oder -dienstleistungen sowie deren Kopplung mit dem Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag *nach Maßgabe von § 18a Absatz 8a des Kreditwesengesetzes* genehmigt hat."

III. Vorfälligkeitsentschädigung

Der Gesetzentwurf verhält sich nicht zur Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung. Bereits deren Existenz stellt die WohnimmobilienkreditRL in das Ermessen der Mitgliedstaaten. Vorgaben existieren lediglich zur Höhe einer etwaigen Vorfälligkeitsentschädigung. Zwar enthält die Richtlinie im Gegensatz zur Verbraucherkreditrichtlinie (vgl. Art. 16 Abs. 2 UAbs. 2 Richtlinie 2008/48/EG) keine festen Prozentgrenze zur Berechnung einer Obergrenze. Diese Divergenz ist auf das Vorbringen der Deutschen Bundesregierung im Rahmen der Trilog-Verhandlungen²⁴ zwischen Parlament, Rat und Kommission zurückzuführen.²⁵ Stattdessen stellt Art. 25 Abs. 3 WohnimmobilienkreditRL eine dreifache Begrenzung auf, die jedoch Auslegungs- und Anwendungsspielräume belässt: Erstens dürfen nur die „unmittelbar mit der vorzeitigen Rückzahlung des Kredits zusammenhängenden Kosten“ ersetzt werden, zweitens darf es sich funktionell nicht um eine Vertragsstrafe gegen den Verbraucher handeln und drittens darf der tatsächliche finanzielle Verlust des Kreditgebers infolge der vorzeitigen Rückzahlung nicht überschritten werden.²⁶ Diese Grenzen finden sich jedoch nur teilweise ausdrücklich in § 502 Abs. 1 Satz 1 BGB umgesetzt, sind aber im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in die Vorschrift hineinzulesen.²⁷

Da die WohnimmobilienkreditRL im Grundsatz dem Prinzip der Mindestharmonisierung folgt,²⁸ steht es dem deutschen Gesetzgeber frei, den Umfang der

²⁴ Allgemein dazu *König*, WM 2013, 1688.

²⁵ *Krepold/Kropf*, WM 2015, 1, 2.

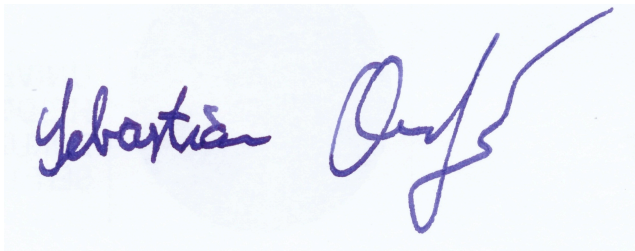
²⁶ Zur Berechnung im Einzelnen *Wittmann*, MDR 2016, 801.

²⁷ *Omlor*, ZIP 2017, 112, 118.

²⁸ Rechtspolitisch ablehnend *Schürmbrand*, ZBB 2014, 168, 172.

Vorfälligkeitsentschädigung weiter zu begrenzen. Wünschenswert wäre zumindest eine stärker an einer Transparenz des Berechnungsvorgangs orientierte Regelung. Hierzu sollten aus Gründen der Rechtsklarheit zumindest sämtliche drei Begrenzungen aus Art. 25 Abs. 3 WohnimmobilienkreditRL in § 502 Abs. 1 Satz 1 BGB textlichen Niederschlag finden. Erwägenswert könnte zudem sein, in Art. 247 EGBGB detaillierte Vorgaben für die Form der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung nebst der dem Verbraucher zur Verfügung zu stellenden Berechnungsgrundlagen aufzunehmen. Dabei sollte ein angemessener Ausgleich zwischen dem Transparenzinteresse des Verbrauchers und dem Geheimhaltungsinteresse des Darlehensgebers hinsichtlich von Geschäftsinterna gefunden werden.

Zwischenergebnis: Die Transparenz der Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung sollte verbessert werden. Zumindest sollte hierzu § 502 Abs. 1 Satz 1 BGB im Lichte von Art. 25 Abs. 3 WohnimmobilienkreditRL ergänzt werden. Erwägenswert könnte zudem die Normierung von Transparenzvorgaben in Art. 247 EGBGB sein.

A handwritten signature in blue ink, reading "Sebastian Omlor". The signature is written in a cursive style with a long, sweeping flourish at the end of the last name.

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