

Bankrechtstag 2016
BrV 38

Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung

Herausgegeben von
Volker Groß
Christian Grüneberg
Mathias Habersack
Rainer Metz
Peter O. Mülbert

Band 38

Bankrechtstag 2016

—

DE GRUYTER

Zitierweise: *Autor* in: Bankrechtstag 2016

ISBN 978-3-11-046539-6
e-ISBN 978-3-11-046703-1

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

A CIP catalog record for this book has been applied for at the Library of Congress.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Druck: CPI books GmbH, Leck
☺ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Der Bankrechtstag 2016 der Bankrechtlichen Vereinigungen – Wissenschaftliche Gesellschaft für Bankrecht e.V. fand am 24. Juni 2016 und damit am Tag nach dem britischen Brexit-Referendum in Frankfurt statt. Auch wenn die große Mehrzahl der etwa 250 Teilnehmer mit dem überraschenden Votum für einen Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU nicht gerechnet oder jedenfalls auf ein gegenteiliges Ergebnis gehofft hatten, fanden die sechs Vorträge doch die verdiente volle Aufmerksamkeit des Auditoriums.

Der Vormittag war den umfangreichen Neuerungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie gewidmet. Zum Auftakt verdeutlichte *J.-H. Binder*, dass die Richtlinie heterogene Ziele verfolgt, so dass einzelne Regelungen ein über die Vorgaben der Verbraucherkreditrichtlinie hinausgehendes überschießendes Kreditnehmerschutzniveau verwirklichen. Dies zeigt sich auch in einer gewissen Zweispurigkeit des neu geordneten Verbraucherkreditrechts. Bei der Vorfälligkeitsentschädigung im Besonderen gebiete die Wohnimmobilienkreditrichtlinie freilich gerade keine strengeren Regelungen. Im Anschluss behandelte *K.U. Schmolke* die Neuerungen bei den Informations- und Beratungspflichten, also insbesondere die in der Praxis brisanten Regelungen zur verantwortungsvollen Kreditvergabe, die Neuregelung der Kreditwürdigkeitsprüfung in Gestalt einer individualschützenden zivilrechtlichen Pflicht sowie schließlich die nicht durch unionsrechtliche Vorgaben geforderten Beratungspflichten bei Kontoüberziehungen. *D. Kaiser* skizzierte schließlich die Entwicklung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehen bis hin zu den Neuregelungen – auch in Form von Altfallregelungen – im Wohnimmobilienkreditrichtlinie-Umsetzungsgesetz. Diese imponierende *tour de force* durch die jüngste Rechtsgeschichte verdeutlichte nicht nur eindrucksvoll die windungsreichen Entwicklungen des Widerrufsrechts im Zeitablauf, sondern mündete zudem in eine gerade auch mit Blick auf die Rechtsfolgen bedeutsame dogmatische Neufundierung dieses Rechts. Dass die Verschriftlichung dieses Vortrags ihr nicht möglich war, ist ein schmerzlicher Verlust für die weitere Diskussion und Entwicklung in diesem Bereich.

Der Nachmittag stand im Zeichen der vielfältigen Neuerungen in Recht und Praxis des Zahlungsverkehrs. Zunächst entfaltete *A. Steck* die Grundlagen von Fintechs und referierte über die Schwierigkeiten der Einhaltung aufsichtsrechtlicher Anforderungen sowie über die Möglichkeiten der Kooperation zwischen Banken und Fintechs. Sodann stellte *S. Werner* vier ausgewählte neue Zahlungsverkehrssysteme vor und erläuterte ausführlich deren jeweilige rechtliche Besonderheiten vor dem Hintergrund der in Umsetzung der ersten Zahlungsdiensterichtlinie

(PSD I) eingeführten §§ 675c ff. BGB. Zuletzt erläuterte *O. Böger* die neuen Rechtsregeln für den Zahlungsverkehr: das Zahlungskontengesetz (ZKG) zur Umsetzung der Zahlungskontenrichtlinie und die Zahlungsdiensterichtlinie II (PSD 2).

Die Drucklegung dieses Bandes wurde dankenswerter Weise von Dr. *Sandra Sandri*, Universität Mainz, vorbereitet; stud. jur. *Anna Heil*, Universität Mainz, hat das Stichwortverzeichnis erstellt.

Allen, die zum Gelingen des Bankrechtstages 2016 beigetragen haben, insbesondere Frau *Sylvia Mahler*, sei besonders gedankt.

Berlin, Frankfurt, Karlsruhe,
München, Mainz

*Groß, Grüneberg, Metz,
Habersack, Mülbert*

Im Oktober 2016

Inhalt

1. Abteilung

Leitung: Dr. Reiner Hall, Rechtsanwalt beim BGH Karlsruhe

Univ.-Prof. Dr. Jens-Hinrich Binder, LL.M. (London), Universität Tübingen
Neuordnungen im Verbraucherkreditrecht durch das Wohnimmobilienkreditrichtlinie-Umsetzungsgesetz

Überblick und Vorfälligkeitsentschädigung im Besonderen — 3

Univ.-Prof. Dr. Klaus Ulrich Schmolke, LL.M. (NYU), Universität Erlangen-Nürnberg

Neue Informations- und Beratungspflichten (einschließlich Kreditwürdigkeitsprüfung) durch das Wohnimmobilienkreditrichtlinie-Umsetzungsgesetz — 45

2. Abteilung

Leitung: Günter Hugger, Chefsyndikus, Commerzbank AG, Frankfurt a. M.

Andreas Steck, Rechtsanwalt, Frankfurt a.M.

FinTechs – Konkurrenz oder Kooperation? — 95

Dr. Stefan Werner, Rechtsanwalt, Frankfurt a.M.

Neue Zahlungsverkehrssysteme — 145

Dr. Ole Böger, LL.M. (London), Richter am Oberlandesgericht, Bremen

Neue Rechtsregeln für den Zahlungsverkehr

Zahlungskontengesetz und Zahlungsdiensterichtlinie II — 193

Tagungsbericht — 301

Stichwortverzeichnis — 311

1. Abteilung

Univ.-Prof. Dr. Jens-Hinrich Binder, LL.M. (London)
Universität Tübingen*

Neuordnungen im Verbraucherkreditrecht durch das Wohnimmobilienkreditrichtlinie- Umsetzungsgesetz

Überblick und Vorfälligkeitsentschädigung im Besonderen

- 1 Einführung
- 2 „Verantwortungsvolle Kreditvergabe“ im Spannungsfeld zwischen Verbraucher- und System-
schutz: Regelungsgegenstände sowie unionsrechtlicher und internationaler Hintergrund
 - 2.1 Geltungsbereich
 - 2.2 Regelungsgegenstände und Regelungsschwerpunkte im Überblick
 - 2.3 Der Hintergrund: Anforderungen der RL 2014/17/EU und internationaler Kontext
 - 2.3.1 „Verantwortungsvolle Kreditvergabe“ („responsible lending“) als Leitmotiv
 - 2.3.2 Das Zielprogramm im Spiegel der Regelungsgeschichte
 - 2.3.3 Zielkonflikte und vorprogrammierte Umsetzungsprobleme
- 3 Das Wohnimmobilienkreditrichtlinie-Umsetzungsgesetz: Grundkonzept, Regelungsstruktu-
ren und Problemschwerpunkte
 - 3.1 Überblick und Querschnittsprobleme
 - 3.2 Neues Regelungssystem und Anwendungsbereich
 - 3.3 Wichtige Regelungskomplexe im Überblick
- 4 Neuregelung der Vorfälligkeitsentschädigung
 - 4.1 Unionsrechtliche Grundlagen
 - 4.2 Bisherige Rechtslage
 - 4.3 Neuregelung im Umsetzungsgesetz
 - 4.3.1 Grundlagen im Umsetzungsrecht
 - 4.3.2 Voraussetzungen der vorzeitigen Erfüllung
 - 4.3.3 Vorfälligkeitsentschädigung
- 5 Fazit

* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, insbes. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Herrn Akad. Mitarbeiter *Matthias Miller* gilt Dank für wertvolle Unterstützung bei der Beschaffung und Aufarbeitung des Materials.

1 Einführung

Wenn ein EU-Rechtsakt gleich drei Beiträge zu einem Bankrechtstag thematisch bestimmt, muss er besonderes Gewicht haben. Tatsächlich schlagen die Richtlinie 2014/17/EU¹ und zumal das deutsche Umsetzungsgesetz hierzu² nicht nur in der fachjuristischen Diskussion Wogen.³ Ungewöhnlich ist vielmehr auch der Ablauf der Umsetzung in das deutsche Recht, in dessen Rahmen der Rechts- und Verbraucherschutzausschuss des Deutschen Bundestages gleich zwei Sachverständigenanhörungen durchgeführt hat.⁴ Und ungewöhnlich intensiv ist das

1 Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.2.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABIEU Nr. L 60/34.

2 Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften vom 11.3.2016, BGBl. I S. 396.

3 Vgl. zum Rechtsetzungsprozess auf EU-Ebene und zum Richtlinientext etwa *König*, Mögliche Änderungen durch die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge im deutschen Recht, WM 2013, 1688 ff.; *Piekenbrock*, Die Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie, in Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131 ff.; *Rott*, Die neue Immobiliarkredit-Richtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, BKR 2015, 8 ff.; *Schäfer*, Wohnimmobilienkreditrichtlinie: Geschichte und Umsetzung im Verbraucherdarlehensrecht, VuR 2014, 207 ff.; *Schürmbrand*, Die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, ZBB 2014, 168 ff.; *Zapf*, Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU – Am Ziel einer langen Reise?, ZEuP 2016, 656 ff.; aus der internationalen Literatur *Josipović*, Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive, Cambridge Yearbook of Eur. Legal Stud. 16 (2014), 223 ff.; *Mak*, What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands, J. Consum. Pol'y 38 (2015), 411 ff.; zur Umsetzung in Deutschland allgemein *Schürmbrand*, in: MünchKomm. BGB, 7. Aufl. 2016, Vor § 491 Rn. 25 ff., insbes. 28 ff.; *Piekenbrock*, Die geplante Umsetzung der Wohnimmobilienkreditvertragsrichtlinie, GPR 2015, 26 ff.; *Schäfer*, VuR 2014, 207, 214 ff.; *Spitzer*, Das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften, MDR 2016, 425 ff.; zu Einzelaspekten *Buck-Heeb*, Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung – Das neue Verbraucher kreditrecht nach Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie, NJW 2016, 2065 ff.; *dies./Lang*, Kreditwürdigkeitsprüfung, Exploration und Beratung bei Immobilier-Verbraucherdarlehen nach der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie, ZBB 2016, 320 ff.; *von Klitzing/Seiffert*, Der neue Beratungsprozess für Immobilier-Verbraucherdarlehen – Neue (Un)klarheiten aus Brüssel und Berlin, WM 2016, 774 ff.; *Krüger*, Neue Beratungspflichten bei Verbraucherdarlehen – ein Paradigmenwechsel?, BKR 2016, 397 ff.; *Rosenkranz*, Das Umsetzungsgesetz zur Wohnimmobilienkreditrichtlinie und die verbundenen Verträge, NJW 2016, 1473 ff.; *Stamenković/Michel*, Die geplante Neuregelung zum Inhalt und zur Durchsetzung der Kreditwürdigkeitsprüfung im deutschen Recht, VuR 2016, 132 ff.; zur Erstreckung auf unentgeltliche Finanzierungen *Schürmbrand*, WM 2016, 1105 ff.

4 Am 14.10.2015 (Liste der geladenen Sachverständigen, schriftliche Stellungnahmen und Wortprotokoll abrufbar unter <https://www.bundestag.de/ausschuesse18/a06/anhoerungen/Archiv/>)

Echo in den Medien, das auch noch Monate nach Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes erhebliche Implikationen für die Praxis der Immobilienfinanzierung erwarten lässt. Die einschlägigen Beiträge berichteten von einer drastischen Verschärfung der bankseitig gesetzten Bedingungen für die Gewährung von Immobiliarkrediten mit der Folge einer Kreditverknappung zumal für finanzierungssuchende junge Familien und Senioren.⁵ Die Diskussion hat zwischenzeitlich eine Dimension erreicht, die jedenfalls in Deutschland ein nochmaliges gesetzgeberisches „Nachjustieren“ nicht unwahrscheinlich erscheinen lässt.⁶ Soweit bislang überhaupt empirische Befunde vorliegen, schienen sie zunächst die Prognose zu stützen; die Ergebnisse des im Eurosystem durchgeführten „Bank Lending Survey“ lassen auf eine „deutliche“ Straffung der Kreditvergabestandards als Konsequenz der Richtlinienumsetzung schließen.⁷ Zwischenzeitlich scheint sich das Problem auf den Sparkassensektor zu konzentrieren; der erste Eindruck wird relativiert.⁸

Sucht man nach den Gründen für die mit alledem angedeutete wirtschaftspolitische Bedeutung der Richtlinie, liefert der Blick auf Formales zwar noch keinen konkreten Aufschluss, verschafft aber bereits einen ersten Eindruck von der Dimension der damit ausgelösten Veränderungen auch im nationalen Recht. Schon dem Umfang nach handelt es sich um einen außerordentlich komplexen Rechtsakt, der mit nicht weniger als 85 Erwägungsgründen, 50 Artikeln und drei Anhängen schon äußerlich ungleich gewichtiger ausfällt als die reformierte Verbraucherkreditrichtlinie von 2008⁹ (und erst recht als deren Vorgängerrechtsakt von 1986/87¹⁰). Auch wenn sich die neue Richtlinie ausdrücklich im „Kerngerüst“

10_14_wohnimmobilienkreditrichtlinie/389228) sowie am 15.2.2016 (Liste der geladenen Sachverständigen, schriftliche Stellungnahmen und Wortprotokoll abrufbar unter <https://www.bundestag.de/ausschuesse18/a06/anhoerungen/wohnimmobilienkreditrichtlinie/404424>).

⁵ Exemplarisch *Scherff*, Hauskauf in Gefahr, FAS vom 29.5.2016, S. 35; *Looman*, Regenwolken am Kredithimmel, FAZ v. 21.6.2016, S. 35; o.V., Ältere Kunden kommen schwerer an Bankkredite, FAZ v. 21.6.2016, S. 23.

⁶ Zu ersten Anzeichen für politische Initiativen insoweit o.V., Neues Gesetz lässt Vergabe von Baukrediten einbrechen, FAZ v. 27.7.2016, S. 23.

⁷ Vgl. Pressemitteilung der Deutschen Bundesbank vom 19.4.2016, www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/BBK/2016/2016_04_19_kreditgeschaeft.html, sowie Pressemitteilung vom 19.7.2016, www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/BBK/2016/2016_07_19_kreditgeschaeft.html.

⁸ Z.B. *Drost*, Wohnimmobilienkreditrichtlinie: „Immobilien-Erwerb nicht erschwert“, Handelsblatt v. 30.8.2016, S. 28; o.V., Bundesbank widerspricht Sparkassen, FAZ v. 10.9.2016, S. 29.

⁹ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge, ABIEU Nr. L 133/66.

¹⁰ Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und

an der Verbraucherkreditrichtlinie orientiert,¹¹ ist der Regelungsbestand ungleich stärker ausdifferenziert – und deutlich umfangreicher. Anders als in der Verbraucherkreditrichtlinie, die sich weitgehend auf produkt- und vertriebsbezogene Anforderungen konzentriert hatte, werden hier produkt-, vertriebs- und vertragsabwicklungsbezogene Regelungen mit institutionellen Vorgaben für die beteiligten Intermediäre – Darlehensgeber, Berater und Kreditvermittler – und sogar mit allgemeinen Regelungen zur Verbesserung der Kenntnisse der Verbraucher über das erfasste Marktsegment kombiniert.¹² Diese Unterschiede überraschen gerade, weil die Wohnimmobilienkreditrichtlinie als Rechtsakt begriffen werden kann, der lediglich eine Lücke füllt, die in der Verbraucherkreditrichtlinie mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Immobiliarkredits gelassen wurde.¹³ Der neue EU-Rechtsakt schreibt damit nicht nur bisherige Regelungsansätze quasi organisch fort, sondern stellt im Hinblick sowohl auf die Regelungsgegenstände als auch auf die Regelungsdichte eine neue Dimension dar. Er tariert damit, wie zu sehen sein wird, Pflichtengefälle und Risikoverteilung zwischen Angebots- und Nachfrageseite im Hinblick auf Immobiliarkredite insgesamt in erheblichem Umfang neu aus – mit der Folge eines gegenüber dem bisherigen Recht deutlich höheren Schutzniveaus für den kreditsuchenden Verbraucher, aber eben auch einer möglicherweise drohenden Kreditverknappung zumindest für einzelne Gruppen von Nachfragern.

Die nachfolgenden Ausführungen gliedern sich in drei Abschnitte: In einem ersten Schritt soll zunächst der wesentliche Inhalt der unionsrechtlichen Vorgaben rekapituliert und eingeordnet werden (unten sub 2.). Dabei ist nicht zuletzt das Spannungsfeld zwischen Verbraucherschutz und dem Schutz der Finanzmarktstabilität zu analysieren, das die Richtlinie insgesamt prägt und das auch auf konkrete Anwendungsprobleme durchschlägt. In einem zweiten Schritt sollen dann die deutsche Umsetzungsgesetzgebung und die wesentlichen Problemschwerpunkte insoweit im Überblick vorgestellt werden (unten sub 3.), bevor abschließend (sub 4.) näher auf die neuen Regelungen über die Vorfälligkeitsentschädigung eingegangen wird.

Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABIEG Nr. L 42/48.

11 So ausdrücklich RL 2014/17/EU (Fn. 1), Erwägungsgrund 20.

12 Siehe dazu noch im Überblick unten sub 2.2.

13 RL 2008/48/EG (Fn. 9), Erwägungsgrund 14.

2 „Verantwortungsvolle Kreditvergabe“ im Spannungsfeld zwischen Verbraucher- und System-schutz: Regelungsgegenstände sowie unionsrechtlicher und internationaler Hintergrund

2.1 Geltungsbereich

Legt man den amtlichen Titel des Rechtsakts zugrunde, scheint der Geltungsbereich auf Immobiliarkreditverträge im Zusammenhang mit (ihrerseits definitionsbedürftigen) Wohnimmobilien beschränkt zu sein. Tatsächlich liegen die Dinge allerdings komplizierter. Im Ausgangspunkt auch insoweit vergleichbar mit der Verbraucherkreditrichtlinie von 2008,¹⁴ wird der Geltungsbereich der Wohnimmobilienkreditrichtlinie durch ein recht komplexes Zusammenspiel von Tatbeständen, Ausnahmen und Gestaltungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten festgelegt. Der – insgesamt nicht mit letzter Klarheit ausgestaltete und nur teilweise zur Verbraucherkreditrichtlinie komplementäre¹⁵ – Ausgangstatbestand zerfällt in zwei Alternativen: Erfasst werden zum einen „Kreditverträge, die entweder durch eine Hypothek oder eine vergleichbare Sicherheit, die in einem Mitgliedstaat gewöhnlich für Wohnimmobilien genutzt wird oder durch ein Recht an Wohnimmobilien besichert sind“ (Art. 3 Abs. 1 lit. a)), wobei der Begriff der „Wohnimmobilie“ als solcher in der Richtlinie auffälligerweise nicht definiert wird.¹⁶

Die erste Alternative ist teilweise deckungsgleich mit der korrespondierenden Ausnahmeregelung in Art. 2 Abs. 2 lit. a) der Verbraucherkreditrichtlinie, die sich allerdings auf Immobilien aller Art erstreckt und damit gerade keine Beschränkung auf zu Wohnzwecken genutzte Immobilien enthält.¹⁷ Während die erste Tatbestandsalternative damit an der Art der Besicherung orientiert ist, erfasst die zweite Alternative „Kreditverträge, die für den Erwerb oder die Erhaltung von Eigentumsrechten an einem Grundstück oder einem bestehenden oder geplanten Gebäude bestimmt sind“, (Art. 3 Abs. 1 lit. b)) und stellt damit auf den Zweck der Kreditierung ab; dies entspricht Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Verbraucherkre-

¹⁴ Vgl. im Einzelnen Art. 2 RL 2008/48/EG (Fn. 9).

¹⁵ Vgl. bereits *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 142 f.

¹⁶ Allerdings lässt sich aus der Ausnahmeregelung in Art. 3 Abs. 3 lit. b) (zu dieser sogleich im Text) ableiten, worum es geht: um die Nutzung als „Haus, Wohnung oder sonstige Wohnstätte durch den Verbraucher oder ein Familienmitglied des Verbrauchers“.

¹⁷ Vgl. zur Genese *König*, WM 2013, 1688, 1689.

ditrichtlinie. In dieser Alternative sieht die Wohnimmobilienkreditrichtlinie zwar nicht selbst eine Beschränkung auf Wohnimmobilien vor. Nach Art. 3 Abs. 3 lit. b) können die Mitgliedstaaten allerdings Fälle, in denen die betreffende Immobilie ausweislich des Vertrages „zu keinem Zeitpunkt als Haus, Wohnung oder sonstige Wohnstätte durch den Verbraucher oder ein Familienmitglied des Verbrauchers genutzt werden kann und (...) sie auf der Grundlage eines Mietvertrags als Haus, Wohnung oder sonstige Wohnstätte genutzt werden soll“, insgesamt von der Anwendung der Richtlinie ausnehmen. Eine Beschränkung auf Kreditverträge mit *Verbrauchern* ergibt sich bereits aus der Definition des „Gegenstands“ der Richtlinie in Art. 1 („mit Verbrauchern geschlossene grundpfandrechtlich besicherte Kreditverträge oder andere Wohnimmobilienkreditverträge“).¹⁸

Art. 3 Abs. 2 RL 2014/17/EU nimmt vom Geltungsbereich eine Reihe besonders gelagerter Kreditverhältnisse aus, darunter insbesondere Immobilienverzehrverträge (lit. a)), Arbeitnehmerkreditverträge mit besonderen Konditionen (lit. b)) sowie unentgeltliche Finanzierungen (lit. c)), schließt damit die Anwendung der Richtlinie auch auf diese Rechtsverhältnisse in den Rechten der Mitgliedstaaten allerdings nicht aus.¹⁹ Davon abgesehen, sind den Mitgliedstaaten nach Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 und 5 der Regelung auch in weiteren Fällen als dem eben genannten des Art. 3 lit. b Spielräume für die Nichtanwendung einzelner oder aller Richtlinienbestimmungen eingeräumt worden; darunter fallen insbesondere auch Förderdarlehen, die im öffentlichen Interesse zu nicht marktüblichen Konditionen gewährt werden (lit. c)), sowie Überbrückungsdarlehen (lit. d)).²⁰

2.2 Regelungsgegenstände und Regelungsschwerpunkte im Überblick

Die Vorgaben der Wohnimmobilienkreditrichtlinie waren bereits Gegenstand eines Referats zum Bankrechtstag 2014, sodass sich die nachfolgende Darstellung

¹⁸ Vgl. auch RL 2014/17/EU (Fn. 1), Erwägungsgrund 13: „Diese Richtlinie regelt Kreditverträge, die sich ausschließlich oder hauptsächlich auf Wohnimmobilien beziehen; dies hindert die Mitgliedstaaten aber nicht daran, die in dieser Richtlinie festgelegten Maßnahmen auch zum Schutz der Verbraucher bei Kreditverträgen anzuwenden, die andere Immobilienformen betreffen, oder solche Kreditverträge auf andere Weise zu regeln.“

¹⁹ Vgl. RL 2014/17/EU (Fn. 1), Art. 2 Abs. 1 sowie nochmals Erwägungsgrund 13 (vorige Fn.); ebenso auch Erwägungsgrund 14, Satz 5: „Diese Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten (...) nicht daran hindern, diese Richtlinie nach Maßgabe des Unionsrechts auf Bereiche anzuwenden, die nicht in deren Geltungsbereich fallen.“

²⁰ Näher bereits *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131, 143 ff.

auf wesentliche Grundzüge beschränken kann.²¹ Auch der Wohnimmobilienkreditrichtlinie geht es – insofern wie der Verbraucherkreditrichtlinie von 2008²² – erkennbar darum, den Schutz des Verbrauchers zu stärken. Dies betrifft zunächst die *Anbahnungsphase*. Hier werden allgemeine „Wohlverhaltensregeln“ (Art. 7) eingeführt, die sich schon in der Überschrift terminologisch an die – allerdings ungleich komplexeren – unionsrechtlichen Wohlverhaltensregeln für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen²³ anlehnen.²⁴ Auch inhaltlich finden sich Überschneidungen. Dies gilt zunächst für den allgemeinen Sorgfaltsmaßstab, den Art. 7 Abs. 1 Satz 1 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vorschreibt („ehrlich, redlich, transparent und professionell“).²⁵ Es gilt sodann aber auch für den in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 vorgegebenen Qualitätsstandard für die Erhebung von Informationen über die „konkreten Bedürfnisse“ des Kunden sowie die ebenfalls hier geregelte Pflicht, „realistische Annahmen bezüglich der Risiken für die Situation des Verbrauchers während der Laufzeit des Kreditvertrags zugrunde zu legen“, die sich der Sache nach an die Explorationspflichten des Erbringers von Anlageberatungsleistungen bzw. die Bereitstellung von Informationen über Anlagemöglichkeiten anlehnen.²⁶ Zu beachten ist allerdings, dass die im ursprünglichen Kommissionsvorschlag noch vorgesehene Verpflichtung der Kreditgeber, durchweg „im besten Interesse des *Verbrauchers* zu handeln“,²⁷ die auch insoweit an Art. 19 Abs. 1 MiFID I bzw. Art. 24 Abs. 1 MiFID II orientiert war, *nicht* in den verabschiedeten Richtlinientext übernommen wurde. In der Tat geht die darin verbliebene Definition des Sorgfaltsmaßstabs inhaltlich wohl nicht über den jedenfalls im deutschen Recht bislang ohnehin aus § 241 Abs. 2 BGB ableitbaren

21 Siehe nochmals die ebenso ausführliche wie eingehende Analyse bei *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131, 145 ff.

22 Vgl. zunächst RL 2008/48/EG (Fn. 9), Erwägungsgründe 8 und 9; zum Verbraucherschutzziel – insoweit gleichsinnig – auch RL 2014/17/EU (Fn. 1), Erwägungsgründe 3, 5 ff. Zur Erweiterung der Regulierungsziele aber noch unten sub 2.2.2.

23 Mit entsprechender Überschrift noch Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, ABIEU Nr. L 145/1 („MiFID I“), Art. 19; vgl. nunmehr Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente, ABIEU Nr. L 173/349 („MiFID II“), Art. 24 („Allgemeine Grundsätze und Kundeninformation“).

24 Dazu und zum Folgenden auch *Zapf*, ZEuP 2016, 656, 684.

25 Vgl. korrespondierend Art. 19 Abs. 1 MiFID I sowie Art. 25 Abs. 1 MiFID II (jeweils vorige Fn.): „ehrlich, redlich und professionell“.

26 Vgl. korrespondierend Art. 19 Abs. 3 und 4 MiFID I sowie Art. 25 Abs. 2-4 MiFID II (Fn. 23).

27 Vgl. EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Wohnimmobilienkreditverträge vom 31.3.2011, KOM(2011) 142 endg., Art. 5 KOM-E.

Standard hinaus.²⁸ Im Ergebnis ist die ursprünglich beabsichtigte umfassende Angleichung der vertragsrechtlichen Grundsätze über Kreditvergabe und Kreditvermittlung an das Recht der Wertpapierdienstleistungen mithin gerade nicht vollzogen worden.²⁹

Neben die allgemeinen Wohlverhaltenspflichten des Art. 7 RL 2014/17/EU treten Restriktionen für Kopplungs- und Bündelungsangebote (Art. 12),³⁰ Informationspflichten (Art. 7 und 13-16) sowie Vorgaben für Gestaltung und Inhalt der Werbung für Wohnimmobilienkreditverträge (Artt. 10 und 11), Regelungen zur Berechnung des effektiven Jahreszinses als zentraler Information für prospektive Kreditnehmer (Art. 17), zur Kreditwürdigkeitsprüfung (Artt. 18-20) und für im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss und vorab erbrachte Beratungsdienstleistungen (Art. 22)³¹ sowie besondere Schutzpflichten für Fremdwährungskredite (Art. 23) und Kredite mit variablem Zinssatz (Art. 24).³² Im Rahmen der Informationspflichten wird vorgegeben, dass den Verbrauchern eine mindestens siebentägige Frist einzuräumen ist, innerhalb derer sie „die Angebote (...) vergleichen, ihre Auswirkungen (...) bewerten und eine fundierte Entscheidung (...) treffen können“; die Frist kann ausdrücklich entweder als „Bedenkzeit vor Abschluss des Kreditvertrags“ oder als Widerrufsrecht ausgestaltet werden (Art.

28 *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131, 142.

29 Ebd.

30 „Bündelungsgeschäft“ im Sinne dieser Regelung ist gem. der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 27 RL 2014/17/EU (Fn. 1) „das Angebot oder de[r] Abschluss eines Kreditvertrags in einem Paket gemeinsam mit anderen gesonderten Finanzprodukten oder -dienstleistungen, bei dem der Kreditvertrag separat von dem Verbraucher abgeschlossen werden kann, jedoch nicht zwangsläufig zu den gleichen Bedingungen, zu denen er mit den Nebenleistungen gebündelt angeboten wird“. Ein „Koppelungsgeschäft“ ist dagegen nach Art. 4 Nr. 26 der Richtlinie „das Angebot oder de[r] Abschluss eines Kreditvertrags in einem Paket gemeinsam mit anderen gesonderten Finanzprodukten oder -dienstleistungen, bei dem der Kreditvertrag nicht separat von dem Verbraucher abgeschlossen werden kann“. Nach Art. 12 Abs. 1 sind Bündelungsgeschäfte grundsätzlich zu erlauben, Koppelungsgeschäfte dagegen zu untersagen, wovon allerdings bestimmte Arten von Koppelungsgeschäften im Zusammenhang mit der Absicherung bzw. der Abwicklung des Kreditverhältnisses ausgenommen sind (Abs. 3) und im Übrigen Ausnahmen zugelassen werden, wenn die gekoppelten Angebote nicht separat erhältlich sind (Abs. 4); in jedem Fall zugelassen ist das Verlangen nach dem Abschluss einer Kreditausfallversicherung (Abs. 5). Siehe zu Einzelheiten insoweit auch Erwägungsgründe 24 und 25 der Richtlinie; näher dazu *Schürmbrand*, ZBB 2014, 168, 175 f.; *Zapf*, ZEuP 2016, 656, 682 f., und zur Einordnung bereits *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131, 147.

31 Siehe zu beidem näher den Beitrag von *Schmolke*, in diesem Band; daneben etwa *König*, WM 2013, 1688, 1691 ff.; *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131, 148 ff.; *Schürmbrand*, ZBB 2014, 168, 173 ff.; *Zapf*, ZEuP 2016, 656, 664 ff.

32 Dazu *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131, 167 f.; *Zapf*, ZEuP 2016, 656, 677 ff.

14 Abs. 6).³³ Hinzu kommen detaillierte Anforderungen an die Abwicklung von Wohnimmobilienkreditverträgen, darunter insbesondere das Vorfälligkeitsregime (Art. 26),³⁴ aber auch Vorgaben für den Fall von Änderungen des Sollzinseszinses (Art. 27) sowie für die Abwicklungsmodalitäten bei Zahlungsrückständen und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen (Art. 28). Mit diesen Vorschriften weist der Regelungsgehalt durchaus deutliche Parallelen zur Verbraucherkreditrichtlinie auf, die teilweise ähnliche, wenn auch weniger detaillierte Vorgaben vorsieht.³⁵ Ergänzend werden die Mitgliedstaaten auf die Einrichtung „geeignete[r] und wirksame[r] Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren (...) zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten von Verbrauchern mit Kreditgebern, Kreditvermittlern und benannten Vertretern im Zusammenhang mit Kreditverträgen“ verpflichtet (Art. 39 Abs. 1 Satz 1).³⁶

Unabhängig davon führt die Wohnimmobilienkreditrichtlinie aber auch detaillierte *institutionelle*, produktunabhängig auf Darlehensgeber und die Vertriebsintermediäre einwirkende Vorgaben ein, die in der Verbraucherkreditrichtlinie allenfalls rudimentäre Vorläufer haben³⁷ und nicht allein im Verbraucherinteresse, sondern auch im Interesse der Stabilität der Intermediäre selbst stehen. Im Rahmen der allgemeinen Wohlverhaltensregeln nach Abs. 7 RL 2014/17/EU werden Anforderungen an die Vergütungspolitik der Kreditgeber für das mit der Kreditwürdigkeitsprüfung betraute Personal (Art. 7 Abs. 3) bzw. die Vergütung des Vertriebspersonals bei Kreditgebern, Kreditvermittlern oder benannten Vertretern (Art. 7 Abs. 4) formuliert, die sich an die korrespondierenden, allerdings ungleich komplexer ausgestalteten Anforderungen für Wertpapierfirmen³⁸ anlehnen und Aspekte des „Selbstschutzes“ der Intermediäre im Hinblick auf die Eingehung von Risiken aus der Intermediärtätigkeit mit solchen des Kundenschutzes verbinden. Hinzu kommen Mindeststandards für die Kennt-

³³ Dazu *Zapf*, ZEuP 2016, 656, 680 ff.

³⁴ Siehe hierzu noch näher unten sub 4.

³⁵ Vgl. insbes. RL 2008/48/EG (Fn. 9), Artt. 4 ff. (Informationspflichten), 15 (verbundene Kreditverträge), 16 ff. (Abwicklungsvorschriften), 19 (Berechnung des effektiven Jahreszinses).

³⁶ Dazu näher *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131, 169 ff.

³⁷ Art. 20 RL 2008/48/EG (Fn. 9) verlangt zwar die Unterstellung von Kreditgebern unter eine staatliche Aufsicht; weitere, insbesondere qualitative institutionelle Anforderungen sind insoweit allerdings nicht vorgesehen.

³⁸ Vgl. zur Vergütungspolitik bei Wertpapierfirmen allgemein Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen (...), ABIEU Nr. L 176/338, Artt. 74 Abs. 1, 92 ff.; ergänzend Art. 9 Abs. 3 Unterabs. 2 lit. c sowie Art. 24 Abs. 10 MiFID II (Fn. 23).

nisse und Fähigkeiten des mit der Kreditvergabe, der Kreditvermittlung und der Erbringung von Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit Wohnimmobilienkrediten befassten Personals (Art. 9), die ebenfalls Grundmuster aufnehmen, die bereits im unionsrechtlichen Regulierungsrahmen für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen angelegt sind.³⁹ Im elften Kapitel der Richtlinie (Artt. 29 ff.) schließlich wird mit einer Zulassungspflicht und qualitativen Mindestanforderungen ein eigenständiger Regulierungsrahmen für die Tätigkeit von Kreditvermittlern im Binnenmarkt gesetzt. Auch insofern geht der Rechtsakt weit über die rudimentären Anforderungen an Kreditvermittler hinaus, die die Verbraucherkreditrichtlinie vorgesehen hatte und die sich allein auf die Festlegung transaktionsbezogener Informationspflichten im Verhältnis zu den kreditsuchenden Verbrauchern beschränkt hatten.⁴⁰

Ohne Bezug zu konkreten Transaktionen stehen daneben die Vorgaben der Richtlinie zur „Finanzbildung der Verbraucher“: Hiernach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, nicht näher spezifizierte „Maßnahmen“ zu unterstützen, „mit denen die Aufklärung der Verbraucher über eine verantwortungsvolle Kreditaufnahme und ein verantwortungsvolles Schuldenmanagement, speziell im Hinblick auf grundpfandrechtlich besicherte Kreditverträge, gefördert wird“ (Art. 6 Abs. 1). Die Kommission soll diese Maßnahmen auswerten und Beispiele für bewährte Verfahren zur weiteren Verbesserung veröffentlichen (Art. 6 Abs. 2). Sie soll zudem bis zum 21. März 2019 einen umfassenden „Bericht zur Beurteilung der weitergehenden Herausforderungen mit der privaten Überschuldung, die unmittelbar mit der Kreditvergabe im Zusammenhang steht“, vorlegen. Damit werden ggf. weitere Rechtsetzungsinitiativen einhergehen (Art. 45 Abs. 1).

2.3 Der Hintergrund: Anforderungen der RL 2014/17/EU und internationaler Kontext

2.3.1 „Verantwortungsvolle Kreditvergabe“ („responsible lending“) als Leitmotiv

Ein Leitmotiv und zentrales Regelungsziel der Wohnimmobilienkreditrichtlinie tritt schon im Zuschnitt der Regelungsgegenstände deutlich hervor: das in der deutschen Literatur als „verantwortliche“ oder auch „verantwortungsvolle“ Kre-

³⁹ Vgl. Art. 25 Abs. 1 MiFID II (Fn. 23); dazu *Zapf*, ZEuP 2016, 656, 684.

⁴⁰ Vgl. über die allgemeinen Informationspflichten hinaus Art. 21 RL 2008/48/EG (Fn. 9).

ditvergabe⁴¹ diskutierte rechtspolitische Postulat, das sich in den internationalen Trend zum „responsible lending“ einordnet, der gerade nach der globalen Finanzkrise rechtsordnungsübergreifend besonders wirkmächtig geworden ist.⁴² Exemplarisch dafür stehen nicht zuletzt die aufgrund des US-amerikanischen Dodd-Frank-Act in Reaktion auf die Erfahrungen der Immobilienblase als wesentlicher Ursache der globalen Finanzkrise erlassenen Restriktionen für die Kreditvergabe, darunter insbesondere das sog. „ability to repay requirement“: die Regel, dass die Kreditvergabe von einer fundierten Einschätzung („reasonable and good faith determination“) der Fähigkeit des Darlehensnehmers zur Rückzahlung aus dem eigenen Vermögen abhängig gemacht werden muss.⁴³ Im Unionsrecht hatte die Kommission schon mit dem Vorschlag zur Verbraucherkreditrichtlinie von 2008 die verantwortungsvolle Kreditvergabe als allgemeines Grundprinzip des Verbraucherdarlehensrechts zu verankern gesucht,⁴⁴ war damit allerdings – nach rechtspolitischer Kritik nicht zuletzt aus Deutschland – nicht durchgedrungen.⁴⁵

41 Grundlegend *Zahn*, Überschuldungsprävention durch verantwortliche Kreditvergabe, 2011, passim.

42 Zu diesem Hintergrund einfürend auch *Mak*, J. Consum. Pol'y 38 (2015), 411 ff.

43 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, P.L. 111-203-July 21, 124 Stat. 1476-2223, 2010, Article XIV. Siehe dazu insbes. *Stark* u.a., Dodd-Frank 2.0: Creating Interactive Home-Loan Disclosures to Enable Shrewd Consumer Decision-Making, 27 *Loyola Consumer L. Rev.* 95 (2014); vgl. – insbesondere zu Konflikten mit dem Diskriminierungsverbot für Wohnbaudarlehen nach dem Fair Housing Act – auch *Cassidy*, The Fair Housing Act, Disparate Impact, and the Ability-to-Repay: A Compliance Dilemma for Mortgage Lenders, 32 *Rev. Banking & Financial Law* 431 (2013).

44 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, 11.9.2002, KOM(2002) 443 endg, dort Art. 9 KOM-E: „Schließt ein Kreditgeber einen Kredit- oder Sicherungsvertrag ab oder erhöht er den Gesamtkreditbetrag, so wird angenommen, dass er zuvor unter Ausnutzung aller ihm zu Gebote stehenden Mittel zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Verbraucher und gegebenenfalls der Garant vernünftigerweise in der Lage sein werden, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen.“ Daneben wollte Art. 6 Abs. 3 KOM-E Kreditgeber und Kreditvermittler darauf verpflichten, „aus der Palette der Kreditverträge, die sie anbieten oder bei deren Abschluss sie gewöhnlich mitwirken, denjenigen Kredittyp und Gesamtkreditbetrag aus[zuwählen], der sich in Anbetracht der finanziellen Situation des Verbrauchers, der Vorteile und Nachteile des vorgeschlagenen Produkts und des Zwecks, dem der Kredit dient, für den Verbraucher am besten eignet“.

45 Aus der zeitgenössischen Literatur z.B. *Danco*, WM 2003, 853, 857; *Franck*, ZBB 2003, 334 ff.; *Nobbe*, ZBB 2008, 78 ff.; *Riesenhuber*, ZBB 2003, 325, 329 ff.; *Rohe*, BKR 2003, 267, 271 f.; zusf. etwa *Schäfer*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 3, 2013, §§ 488-512 Rn. 74 ff. (mit eigener, positiverer Einschätzung Rn. 75); *Zahn* (Fn. 41), S. 87 ff., 93, siehe aber auch die eigene, differenzierende Stellungnahme ebd., S. 94 ff.; *Schürmbrand*, ZBB 2008, 383, 368.

Die Kreditvergabepraxis und die dafür von den Kreditgebern zugrunde gelegten Kreditvergabeestandards, so lässt sich der Grundgedanke zusammenfassen, sollen danach nicht mehr allein am betriebswirtschaftlichen Interesse des Kreditgebers ausgerichtet werden. Dieser ist bei Immobiliarkrediten schon durch den Wert der Sicherheit ohnehin in einer vergleichsweise komfortablen Situation, jedenfalls soweit es nicht zu einem sektorweiten Verfall der Immobilienpreise kommt. Vielmehr soll schon bei der Entscheidung über die Kreditvergabe die finanzielle Leistungsfähigkeit der prospektiven Kreditnehmer verstärkt berücksichtigt werden, um künftige Forderungsausfälle unabhängig davon zu vermeiden, ob der Kreditgeber ausreichend besichert ist oder nicht.⁴⁶ Idealtypisch soll damit, wie der Verlauf der US-amerikanischen Subprime-Krise gezeigt hat, keineswegs nur Verbraucherschutz bewirkt werden. Vielmehr soll zugleich die Stabilität des Finanzsystems – nämlich durch Vermeidung exzessiver Vergabe von Risikokrediten und die Verringerung des Risikos von Immobilienblasen – geschützt werden. Deutlicher Ausdruck dieses Grundgedankens in der Wohnimmobilienkreditrichtlinie sind zum einen die neuen Vorschriften über die Kreditwürdigkeitsprüfung,⁴⁷ die im Beitrag von *Schmolke* (in diesem Band) behandelt werden. Gerade in der damit ausgelösten Verschärfung der Kreditvergabeestandards liegt wohl der Hauptgrund für die eingangs berichteten Sorgen um eine Verknappung des Kreditangebots.⁴⁸ Aber auch die in der Richtlinie vorgesehenen Schutzmechanismen im Zusammenhang mit der Fälligkeitstellung und

46 Pointiert zusammenfassend European Commission, Commission Staff Working Document: Impact Assessment – Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property, 31.3.2011, SEC(2011) final, Vol. 1, S. 5: „[R]esponsible lending is care taken by creditors and intermediaries to lend amounts that consumers can afford. It means that the credit products offered are appropriate and affordable for consumers. This may be obtained through an appropriate framework in place to ensure that all actors act in a fair, honest and professional manner.“

47 Vgl. besonders Art. 18 Abs. 3 RL 2014/17/EU (Fn. 1), wonach die Kreditwürdigkeitsprüfung „sich nicht hauptsächlich darauf stützen [darf], dass der Wert der Wohnimmobilie den Kreditbetrag übersteigt, oder auf die Annahme, dass der Wert der Wohnimmobilie zunimmt, es sei denn, der Kreditvertrag dient zum Bau oder zur Renovierung der Wohnimmobilie“; siehe dazu auch Erwägungsgrund 55 Sätze 5 und 6: „Der Wert der Immobilie ist zwar ein wichtiges Element für die Festlegung der Summe des Kredits, die einem Verbraucher im Rahmen eines besicherten Kreditvertrags gewährt werden kann, der Schwerpunkt bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit sollte aber auf die Fähigkeit des Verbrauchers gelegt werden, seinen Verpflichtungen gemäß dem Kreditvertrag nachzukommen. Folglich sollte die Möglichkeit, dass der Wert der Immobilie die Kreditsumme übersteigen könnte oder in Zukunft steigen könnte, in der Regel nicht als ausreichende Bedingung für die Gewährung des betreffenden Kredits gelten.“ Näher dazu der Beitrag von *Schmolke* (in diesem Band).

48 Siehe nochmals oben sub 1. bei und in Fn. 5 ff.

Zwangsvollstreckung lassen die Neuausrichtung klar erkennen: Der Kreditgeber wird in der Pflicht gesehen, „angemessene Nachsicht walten zu lassen, bevor Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eingeleitet werden“ (Art. 28 Abs. 1); auch damit wird herausgestellt, dass das betriebswirtschaftliche Eigeninteresse im Anwendungsbereich der Richtlinie nicht die einzige Richtschnur für Entscheidungen über Eingehung und Abwicklung von Darlehensverhältnissen sein darf.

2.3.2 Das Zielprogramm im Spiegel der Regelungsgeschichte

Die Einordnung in den allgemeinen Hintergrund des europäischen Verbraucherschutzrechts war bereits Gegenstand eines profunden Referats im Rahmen des Bankrechtstags 2014 und muss daher nicht nochmals entfaltet werden.⁴⁹ Nicht zuletzt im Hinblick auf die Umsetzung im deutschen Recht und die Ausnutzung der durch die Richtlinie eröffneten Gestaltungsspielräume dabei kann die rechtspolitische Ausrichtung des Rechtsakts als solche allerdings nicht vollständig ausgeblendet bleiben. Diese hat sich während des Entstehungsprozesses nicht unerheblich gewandelt. Nimmt man den rechtspolitischen Hintergrund und die Geschichte der Wohnimmobilienkreditrichtlinie in den Blick, zeigt sich rasch, dass das Leitmotiv der „verantwortungsvollen Kreditvergabe“ alles andere als selbstverständlich ist – und dass damit sogar Zielkonflikte angelegt sind.

Tatsächlich gingen die ersten unions- bzw. noch gemeinschaftsrechtlichen Initiativen zur Regulierung des Marktes für Immobiliendarlehen noch in eine ganz andere Richtung. Beweggrund war zunächst allein das Ziel der gemeinschafts- bzw. unionsweiten Marktöffnung für Hypothekenkredite, wobei der erste Regelungsvorstoß, der Kommissionsentwurf für eine Hypothekarkreditrichtlinie von 1985, im Wesentlichen auf (aufsichtsrechtliche) Erleichterungen für die Anbieterseite konzentriert war.⁵⁰ Vor allem weil der Vorschlag die bestehenden Unterschiede in den Sachen- und Prozessrechten der Mitgliedstaaten nicht hinreichend berücksichtigt hatte, wurde er letztlich fallengelassen.⁵¹ Das Ziel der Marktöffnung stand einstweilen aber auch für die neueren Ansätze und Vorläufer der heutigen Richtlinie im Vordergrund. Das gilt zunächst für die Empfehlung

⁴⁹ Eingehend *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131, 132 ff.

⁵⁰ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Hypothekarkredits, 4.2.1985, KOM(84) 730 endg.; Entsprechendes galt für den überarbeiteten Kommissionsvorschlag vom 19.6.1987, KOM(87) 255 endg.

⁵¹ Vgl. dazu im hiesigen Zusammenhang z.B. *Schäfer*, VuR 2014, 207 f.

der Kommission über vorvertragliche Informationen im Zusammenhang mit Hypothekarkrediten von 2001⁵² und, in diesem Zusammenhang, die europaweite Förderung eines freiwilligen Verhaltenskodex, auf den das nach wie vor im Kern aktuelle einheitliche Informations-Merkblatt („ESIS“) zurückgeht.⁵³ Aber auch noch das „Grünbuch Hypothekarkredite in der EU“ von 2005⁵⁴ und das korrespondierenden Weißbuch der Kommission von 2007,⁵⁵ mit dem die Entwicklung zur heutigen Wohnimmobilienkreditrichtlinie eingeleitet wurde,⁵⁶ betonen nahezu ausschließlich das Ziel der Herstellung eines gemeinsamen Binnenmarkts für Immobiliarkredite und die damit erwarteten Effizienzvorteile.⁵⁷

Der Paradigmenwechsel – oder zumindest: die Verschiebung in der Zielperspektive – ist nachfolgend durch die Erfahrungen der globalen Finanzkrise ausgelöst worden, welche den regulatorischen Fokus auf das Ziel der Marktöffnung und den Verbraucherschutz um die Konsequenzen erweitert hat, die sich aus einer *unverantwortlichen* Kreditvergabe *ohne* Rücksicht auf die Risikotragfähigkeit der Kreditnehmer für die Ertragskraft der Kreditgeber und damit letztlich für die Systemstabilität ergeben. Insofern ist es kein Zufall, dass die europäische Konkretisierung seit 2009 praktisch parallel zu entsprechenden Bemühungen in der internationalen Standardsetzung stattgefunden hat.⁵⁸ Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie mit ihrer starken Betonung des Leitmotivs der verantwortungsvollen Kreditvergabe liegt, wie angedeutet, ganz auf der Linie eines Trends, der in mehreren Rechtsordnungen auf der ganzen Welt zu konkreten Rechtsetzungsaktivitäten im Interesse sowohl des Verbraucherschutzes als auch der Finanz-

52 Empfehlung 2001/193/EG der Kommission über vorvertragliche Informationen, die Darlehensgeber, die wohnungswirtschaftliche Darlehen anbieten, den Verbrauchern zur Verfügung stellen müssen, 1.3.2001, K(2001) 477, ABIEU Nr. L 69/25.

53 Europäische Vereinbarung eines freiwilligen Verhaltenskodex über vorvertragliche Informationen für wohnungswirtschaftliche Kredite; dazu und zur Kommissionsempfehlung (vorige Fn.) im hiesigen Zusammenhang wiederum *Schäfer*, VuR 2014, 207, 208 m.w.N. Zur Festlegung des ESIS-Merkblatts als verpflichtender Standard siehe nunmehr RL 2014/17/EU (Fn. 1), insbes. Art. 14 Abs. 2-9 mit Anhang II (Wiedergabe des Merkblatts) sowie Erwägungsgründe 40-47; näher dazu der Beitrag von *Schmolke* (in diesem Band).

54 Kommission, Grünbuch Hypothekarkredite in der EU, 19.7.2005, KOM(2005) 327 endg.

55 Kommission, Weißbuch über die Integration der EU-Hypothekarkreditmärkte, 18.12.2007, KOM(2007) 807 endg.

56 Zur Einordnung im hiesigen Zusammenhang wiederum bereits *Schäfer*, VuR 2014, 207, 208 f.

57 Deutlich nicht zuletzt Weißbuch Hypothekarkreditmärkte (Fn. 55), S. 2: „Dieses Weißbuch ist (...) nicht als Antwort auf die gegenwärtige Finanzmarktkrise, die durch Probleme am US-amerikanischen Subprime-Markt ausgelöst wurde, zu verstehen.“

58 Vgl. zum Zusammenhang auch *Zahn* (Fn. 41), S. 307 ff.

marktstabilität geführt hat⁵⁹ und auf der Ebene der internationalen Standardsetzung von den G-20-Staaten angestoßen⁶⁰ und sodann maßgeblich vom Financial Stability Board vorangetrieben worden ist.⁶¹ Vor allem die Konzeptpapiere des FSB haben die auch für die europäische Rechtsetzung wirkmächtige Konzeption der Ausrichtung *sowohl* auf den Verbraucherschutz als auch auf den Schutz der Systemstabilität maßgeblich geprägt; ohne diesen Hintergrund ist die Grundkonzeption der Richtlinie sowohl in materieller Hinsicht als auch im Hinblick auf deren Anforderungen an die Durchsetzung im Aufsichts- und im Zivilrecht nicht vollständig nachvollziehbar.

Geht man von den in der Tat unbestreitbar katastrophalen Folgen der laxen Kreditvergabestandards im Vorlauf auf die globale Finanzkrise aus, ist die umrisene Zieltrias – System- und Verbraucherschutz *neben* dem Ziel der auf die Angebotsseite konzentrierten Marktöffnung für Immobiliarkredite – als solche *prima facie* vollkommen plausibel. Bei näherer Betrachtung ist der Wert dieser internationalen Entwicklung als Inspirationsquelle im Hinblick auf den Regulierungszweck und die technische Ausgestaltung des sekundären Unionsrechts allerdings nicht zweifelsfrei. Dies belegt schon der Umstand, dass die für die Vorkrisenentwicklung charakteristische Bereitschaft zur Vergabe von Risikokrediten auf den europäischen Märkten keineswegs in gleichem Maße bestand wie in den USA. Außerdem können bei der regulatorischen Einwirkung auf Kreditvergabestandards die – auch und gerade in Europa sehr heterogenen – Refinanzierungspraktiken der Banken nicht außer Betracht bleiben, wenn es nicht zu Verzerrungen im Schutzniveau kommen soll. Exemplarisch dafür steht nicht zuletzt die Rechtsentwicklung in Deutschland. Hier hatten gesetzlich vorgeschriebene Beleihungsgrenzen, bezogen auf den seinerseits nach gesetzlichen Vorgaben zu ermittelnden Beleihungswert des Grundstücks (§ 14 i.V.m. § 16 PfandBG bzw. zuvor § 11 Abs. 2 i.V.m. § 12 HypBankG, § 7 Abs. 1 Satz 3 BauSpkG), Exzessen bei der Reduktion der Kreditvergabestandards seit jeher Grenzen gesetzt. Diese Grundsätze

59 Siehe exemplarisch zur Entwicklung in den USA nochmals oben sub 2.3.1 bei und in Fn. 43; zur Entwicklung im Vereinigten Königreich und in den Niederlanden *Mak*, J. Consum. Pol’y 38 (2015), 411, 414 ff., insbes. 419 ff.

60 Vgl. Leaders of the G-20, The Seoul Summit Document, 11./12.11.2010, abrufbar unter www.g20.utoronto.ca/2010/g20seoul-doc.pdf, Tz. 41 (mit alleiniger Betonung des Verbraucherschutzgedankens, aber im Zusammenhang mit den Reaktionen auf die Finanzkrise).

61 Vgl. Financial Stability Board, Consumer Finance Protection with particular focus on credit, 26.10.2011, abrufbar unter www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111026a.pdf, insbes. S. 6 („Implementation of responsible mortgage lending practices“); dass., FSB Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices, April 2012, abrufbar unter www.fsb.org/wp-content/uploads/r_120418.pdf

galten zwar zunächst nur für das Pfandbrief- bzw. Hypothekenbankengeschäft sowie für Darlehen von Bausparkassen. Die deutsche Bankenaufsicht hatte jedoch bereits unter früherem Recht für die Ermittlung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Eigenmittelunterlegung für Realkredite allgemein auf die Einhaltung der spezialgesetzlichen Beleihungsgrenzen abgestellt.⁶² Bereits diese Entscheidung reflektierte unionsrechtliche Vorgaben, welche die gegenüber allgemeinen Grundsätzen verringerte Eigenmittelunterlegung von Immobiliarkrediten von der Einhaltung festgelegter Beleihungsgrenzen abhängig machten.⁶³ Die nunmehr geltenden europäischen Eigenkapitalregeln haben die maßgeblichen Grenzen zwar angehoben und stärker ausdifferenziert,⁶⁴ beugen aber nach wie vor ebenfalls nicht nur einer Beleihung ohne Rücksicht auf den Immobilienwert, sondern auch der Ausschöpfung desselben als Kreditsicherheit durchaus effektiv vor.⁶⁵

Diese Zusammenhänge und die damit verbundene indirekte Regulierung der Kreditvergabepraxis vor der Finanzkrise können bei der Beurteilung des verbleibenden, nunmehr mit der Wohnimmobilienkreditrichtlinie – im Einklang mit der internationalen Rechtsentwicklung und Standardsetzung – erfüllten tatsächlichen oder auch nur vermeintlichen Regulierungsbedarfs kaum ausgeblendet bleiben.⁶⁶ Sie sind jedoch auch in der Folgenabschätzung nicht hinreichend problematisiert worden, auch wenn diese ausdrücklich die Verschlechterung von Ver-

62 Vgl. dazu Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, Bekanntmachung über die Änderung und Ergänzung der Grundsätze über die Eigenmittel und Liquidität der Institute vom 20.7.2000, abgedruckt und kommentiert z.B. bei *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG-Kommentar, 2. Aufl. 2004, S. 1533 ff., § 13 Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. § 14 Abs. 2 Satz 3 Nr. 5 KWG a.F. (für selbst genutztes Wohneigentum) sowie § 13 Abs. 4 Nr. 3 (für sonstige Grundpfandrechte), zu beidem die zeitgenössische Kommentierung bei *Schulte-Mattler*, ebd., § 13 Grundsatz I Rn. 56, 58 ff.

63 Mit Art. 11 Abs. 4 der Richtlinie 98/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.6.1998 zur Änderung – im Hinblick auf Hypotheken – der Richtlinie 89/647/EWG des Rates über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute, ABIEG Nr. L 204/26, waren feste Beleihungsgrenzen in Höhe von 50 % des Marktwerts der Immobilie oder 60 % des Beleihungswertes vorgeschrieben worden, wobei der niedrigere Wert heranzuziehen war.

64 Vgl. Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen, ABIEU Nr. L 176/1 (sog. Capital Requirements Regulation, CRR) Art. 125 (für grundpfandrechtlich besicherte Wohnimmobilienkredite) sowie Art. 126 (für Gewerbeimmobilien).

65 Insofern verdient Beachtung, dass auch in diesem Zusammenhang ausdrücklich verlangt wird, dass der Kreditnehmer die aus dem Kreditverhältnis resultierenden Belastungen unabhängig vom Immobilienwert tragen können muss, vgl. Art. 125 Abs. 2 lit. b) CRR (vorige Fn.).

66 Entsprechendes gilt auch für sonstige geplante Rechtssetzungsakte mit dem Ziel einer weiteren Verschärfung der regulatorischen Rahmenbedingungen für die Vergabe von Immobiliarkrediten, siehe dazu noch unten sub 3.1 bei und in Fn. 90.

schuldungsquoten privater Haushalte und drohende Vollstreckungsmaßnahmen als Regulierungsmotiv herausarbeitet⁶⁷ und – undifferenziert und ohne Querschnittsanalyse über die Mitgliedstaaten hinweg – erhebliche gesamtwirtschaftliche Bedrohungssituationen konstatiert.⁶⁸ Ob und ggf. in welchen europäischen Rechtsordnungen sich die Verquickung von Bedrohungsszenarien für die individuelle Position der Verbraucher, die Ertragskraft der Intermediäre und damit die Finanzmarktstabilität tatsächlich in einer vergleichbaren Weise realisiert hat wie in den USA, bleibt bei dieser schematischen, undifferenzierten Betrachtungsweise letztlich ebenso offen wie die Gründe für die – unterstellt – unzureichende Wirkung der aufsichtsrechtlichen Beleihungsgrenzen insoweit. Mit anderen Worten: Auch wenn man, wofür sich durchaus gute Gründe anführen lassen,⁶⁹ „verantwortungsvolle Kreditvergabe“ schon im Eigeninteresse der Kreditgeber selbst für sachgerecht hält, ist damit noch nicht der Nachweis geführt, dass es der nunmehr durch die Wohnimmobilienkreditrichtlinie geschaffenen neuen Instrumentarien angesichts der in den Mitgliedstaaten vorfindlichen Marktpraxis und der bereits vor der Krise etablierten regulatorischen Rahmenbedingungen wirklich bedurft hätte. Dafür wäre allerdings auch zu untersuchen, ob das im deutschen Recht – wie ausgeführt: seit langem – etablierte System relativer, nämlich wertbezogener Beleihungsobergrenzen auch bei verzerrter Preisbildung in „Blasenszenarien“ hinreichenden Schutz gegen die befürchteten Destabilisierungsrisiken bietet.

Dass das Prinzip der „verantwortungsvollen Kreditvergabe“ mit der für den Darlehensvertrag eigentlich charakteristischen Interessenverteilung bei alledem nicht bruchfrei vereinbar ist, liegt auf der Hand. Schon im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag zur Verbraucherkreditrichtlinie 2008 ist gerade in der deutschsprachigen Literatur davor gewarnt worden, durch die Überbetonung der Verantwortung des Darlehensgebers den Darlehensvertrag mit Pflichten zu überfrachten, die an sich für ein Geschäftsbesorgungsverhältnis charakteristisch wären:⁷⁰ Im Ergebnis würde dem Darlehensgeber damit letztlich das Verwendungs- bzw. Anlagerisiko aufgebürdet – das Risiko, dass die Darlehensvaluta nicht wirtschaftlich sinnvoll eingesetzt werden kann.⁷¹ Die Inpflichtnahme des Darlehensgebers zur Wahrung von Verbraucherinteressen

67 Impact Assessment (Fn. 46), S. 8.

68 Ebd. S. 17 f.

69 Exemplarisch etwa Schäfer (Fn. 45), §§ 488-512 BGB Rn. 75: „immanente prozedurale Konkretisierung des *eigenverantwortlichen Risikomanagements*“ (Hervorhebung im Original).

70 Siehe hierzu nochmals sub 2.3.1 bei und in Fn. 45.

71 Dazu allgemein statt vieler Binder, in: BeckOGK BGB, 2016, § 488 Rn. 5 f. m.w.N.

lässt sich zwar – wie gesehen: möglicherweise sogar durch Erwägungen der Systemstabilität – rechtfertigen; sie bedarf einer solchen Rechtfertigung aber auch, weil sie letztlich in Grundprinzipien der vertragsrechtlichen Interessenverteilung zwischen Anbietern und Nachfragern von Darlehen und mithin in letzter Konsequenz in die Privatautonomie eingreift. Ob die mit der Neuorientierung des Immobiliarkreditrechts justierte Balance zwischen dem – legitimen – Eigeninteresse des Darlehensgebers und seiner Verantwortung für die Belange des Darlehensgebers gelungen ist, ist letztlich in materieller Hinsicht eine der Kernfragen des neuen Rechts. Schon die Richtlinie selbst ist trotz allem von der Einsicht geprägt, dass eine zu weit gehende Verlagerung der Risiken auf den Darlehensgeber *nicht* mit der tradierten und bewährten Grundstruktur des Darlehensvertrags vereinbar wäre. Der Richtliniengeber hat sich durchaus um einen tragfähigen Kompromiss bemüht⁷² – ablesbar nicht zuletzt aus dem bereits erwähnten Verzicht auf eine Ausrichtung der Pflichten von Darlehensgebern und Darlehensvermittlern auf die Wahrung der Verbraucherinteressen als Grundmaßstab.⁷³ Umso größere Bedeutung gewinnt vor diesem Hintergrund – insofern ähnlich wie im Rahmen der Verbraucherkreditrichtlinie von 2008 – die Aufklärung der Verbraucher. Auch in der Wohnimmobilienkreditrichtlinie soll dies durch zahlreiche – insbesondere vorvertragliche – Aufklärungspflichten realisiert werden, die neben die materielle Inpflichtnahme der Darlehensgeber für Fremdinteressen treten.⁷⁴ Auch diese Richtlinie ist letztlich dem für das europäische Verbraucherschutzrecht insgesamt prägenden „Informationsmodell“ verpflichtet – ungeachtet aller zunehmenden, auch empirisch begründeten Zweifel, ob Informationen als Substitut für materielle Schranken wirklich effektiven Schutz bieten (womit, um das klarzustellen, über die Berechtigung materieller Schranken noch gar nichts ausgesagt ist).⁷⁵

2.3.3 Zielkonflikte und vorprogrammierte Umsetzungsprobleme

Gerade weil sich der Regulierungsbedarf angesichts deutlicher Unterschiede in den zivil- und aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen der EU-Mitgliedstaa-

⁷² Wie hier wohl auch *Schürmbrand*, ZBB 2014, 168, 173.

⁷³ Siehe dazu nochmals oben sub 2.2 bei und in Fn. 16.

⁷⁴ Siehe nochmals Artt. 10 ff. RL 2014/17/EU (Fn. 1) und dazu näher den Beitrag von *Schmolke* in diesem Band.

⁷⁵ Dazu statt vieler *Schürmbrand*, ZBB 2014, 168, 173 m.w.N.

ten⁷⁶ unionsweit kaum einheitlich darstellen wird, scheint begrüßenswert, dass die Richtlinie selbst den Kompromiss zwischen der Bewahrung der für die Darlehensbeziehung charakteristischen Interessenverteilung und der Einschränkung im Darlehensnehmerinteresse nicht in vollem Umfang abschließend vorgibt. Vielmehr bleiben den Mitgliedstaaten erhebliche Gestaltungsspielräume. Das ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass den Mitgliedstaaten letztlich sozusagen „die Wahl der Waffen“ eingeräumt wird: Ob das in der Richtlinie formulierte Pflichtenprogramm mit aufsichtsrechtlichen, zivilrechtlichen oder gar strafrechtlichen Sanktionen abgesichert werden soll, ist nach der ausdrücklichen Regelung in Art. 38 in weitem Umfang ihnen überlassen. Das entspricht zwar der Sanktionsneutralität von Unionsrechtsakten zum europäischen Wertpapierdienstleistungsrecht, die hinsichtlich der Sanktionen in den Mitgliedstaaten der EU ganz unterschiedlich interpretiert werden.⁷⁷ Ebenso wie im kapitalmarktrechtlichen Zusammenhang⁷⁸ ist die unionsrechtliche Indifferenz hinsichtlich der Sanktionsebene aber auch hier alles andere als unproblematisch. Indem damit letztlich offen gelassen wird, in welchem Maße der einzelne Verbraucher sich auf Vorgaben der Richtlinie berufen kann, sind Regelungsunterschiede in den Mitgliedstaaten vorprogrammiert, die weder dem Leitgedanken der „verantwortlichen Kreditvergabe“ dienlich noch mit dem ja auch weiterhin verfolgten Ziel der Marktöffnung vereinbar sind.

Diese Zweifel gelten auch ganz allgemein für die Grundentscheidung zugunsten eines weitgehenden Verzichts auf eine Vollharmonisierung, der den Rechtsakt – in deutlichem Kontrast zur Verbraucherkreditrichtlinie⁷⁹ – kennzeichnet. Gerade weil die Richtlinie auf der Ermächtigungsgrundlage des Art. 114 AEUV (Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarkts) beruht,⁸⁰ hätte eine stärkere Vereinheitlichung auch hier nahegelegen. Das gilt für die *Nachfrageseite*

76 Siehe dazu etwa Impact Assessment (Fn. 46), Vol. II, S. 18 ff.; *Josipović*, Cambridge Yearbook of Eur. Legal Stud. 16 (2014), 223, 224 ff.; speziell für die Kreditwürdigkeitsprüfung auch *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131, 153 ff.

77 Hierzu und zu den Konsequenzen für die Rechtsstellung der Anleger einerseits und die Marktintegration andererseits stellvertretend jüngst *Binder*, Vom offenen zum regulierten Markt: Finanzintermediation, EU-Wirtschaftsverfassung und der Individualschutz der Kapitalanbieter, erscheint in ZEuP.

78 Dazu nochmals *Binder* (vorige Fn.).

79 Vgl. RL 2008/48/EG (Fn. 9), Erwägungsgrund 9: „Eine vollständige Harmonisierung ist notwendig, um allen Verbrauchern in der Gemeinschaft ein hohes und vergleichbares Maß an Schutz ihrer Interessen zu gewährleisten und um einen echten Binnenmarkt zu schaffen.“

80 Die Tragfähigkeit der Ermächtigungsgrundlage ablehnend *Zapf*, ZEuP 2016, 656, 662 ff.; überzeugend für die Vereinbarkeit mit Art. 114 AEUV dagegen *Schümbrand*, ZBB 2014, 168, 170.

(die kreditsuchenden Verbraucher) ebenso wie für die Kreditgeber und mithin die *Angebotsseite*: Aus beider Sicht sind Schranken, die sich aus unterschiedlichen Schutzniveaus und unterschiedlichen Spielregeln allgemein ergeben, mit dem Ziel eines wirklich rechtlich „barrierefreien“ Binnenmarkts kaum zu vereinbaren. Insofern überrascht in der Tat, dass die Richtlinie sich einstweilen ausdrücklich auf eine Mindestharmonisierung beschränkt und davon nur zwei Regelungskomplexe ausnimmt – die Vorgaben zur Information anhand des Europäischen Standardisierten Merkblatts und zur Berechnung des effektiven Jahreszinses als zentraler Information für prospektive Kreditnehmer.⁸¹

Insgesamt ist damit geradezu eine Einladung zum „goldplating“, d.h. zur verschärfenden Umsetzung,⁸² ausgesprochen – und es steht zu erwarten, dass die „verantwortungsvolle Kreditvergabe“ in der Europäischen Union ein Flickenteppich bleiben wird.⁸³ Der ernüchternde Befund lässt sich auch als Folge eines den gesamten Rechtsakt prägenden Konflikts zwischen den verschiedenen Regulierungszielen interpretieren. Dieser ist seinerseits auf unzureichende Realbereichsaufklärung zurückzuführen, die einen Konsens hinsichtlich der Regulierungsinstrumente und der wünschenswerten Regulierungsdichte letztlich nicht hat zustande kommen lassen: Möglicherweise ist das Binnenmarktziel gerade auch deshalb unter die rechtspolitischen Räder geraten, weil der Richtlinienentwurf in die Dynamik der internationalen Bemühungen um eine Neuausrichtung des Bankrechts am Leitgedanken der verantwortlichen Kreditvergabe geraten ist, ohne dass die Analyse der insoweit bestehenden Unterschiede zwischen den vorfindlichen Rechtsrahmen in den Mitgliedstaaten wirklich überzeugend gelungen wäre.

81 Vgl. Art. 2 RL 2014/17/EU (Fn. 1); wie hier kritisch etwa *Josipović*, Cambridge Yearbook of Eur. Legal Stud. 16 (2014), 223, 252 f.; *Piekenbrock*, in: Bankrechtstag 2014, 2015, S. 131, 172 f.; *Schürnbrand*, ZBB 2014, 168, 171; siehe auch bereits *König*, WM 2013, 1688, 1689.

82 *Schürnbrand*, ZBB 2014, 168, 171 bei und in Fn. 38.

83 Zutreffend *Josipović*, Cambridge Yearbook of Eur. Legal Stud. 16 (2014), 223, 252.

3 Das Wohnimmobilienkreditrichtlinie-Umsetzungsgesetz: Grundkonzept, Regulationsstrukturen und Problemschwerpunkte

3.1 Überblick und Querschnittsprobleme

Die Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie in Deutschland hatte – im Ausgangspunkt nicht anders als in den übrigen Mitgliedstaaten – keine rein technische Aufgabe zu bewältigen. Gerade vor dem Hintergrund der in der Richtlinie selbst, wie ausgeführt, nicht abschließend getroffenen Grundentscheidung über den Ausgleich der Regulierungsziele Marktöffnung, Verbraucher- und Systemschutz und angesichts der den Mitgliedstaaten eingeräumten Gestaltungsspielräume lag es (erst) beim nationalen Gesetzgeber, die Vorgaben der Richtlinie in einer Weise umzusetzen, welche die Regulierungsziele erreichen hilft, ohne überschießende Auswirkungen zu provozieren, die im Hinblick auf das Verbraucherschutzziel nicht notwendig und dem Marktöffnungsziel geradezu abträglich sind. Die hierbei zu bewältigenden, große Teile des Umsetzungsprogramms durchziehenden drei wesentlichen Querschnittsprobleme sind soeben identifiziert worden: (a) die Intensität der Umpolung des vertraglichen Pflichtenprogramms zwischen Kreditgebern bzw. Kreditvermittlern auf das Leitprinzip der verantwortlichen Kreditvergabe, (b) die „Wahl der Waffen“, also die Umsetzung im Zivil- oder im Aufsichtsrecht, und schließlich (c) die Frage einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf von der Richtlinie nicht oder nicht verpflichtend erfasste Sachkomplexe. Dass die drei Komplexe miteinander auf das engste verzahnt sind und in Wechselbeziehungen zueinander stehen, bedarf dabei kaum der näheren Begründung.

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf diejenigen Neuregelungen, die in Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie eingeführt worden sind. Die Umsetzung der Richtlinienbestimmungen trifft in Deutschland insofern auf gut vorbereiteten Boden, als sich der Gesetzgeber bekanntlich schon weit im Vorfeld der Richtlinie dazu entschlossen hatte, auch Immobiliarkredite in modifizierter Form dem allgemeinen Verbraucherkreditrecht zu unterstellen. Seit der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie (2009)⁸⁴ ergab sich das aus § 503

⁸⁴ Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29.7.2009, BGBl. I S. 2355.

BGB in der bis 2016 geltenden Fassung. Sonderregeln galten dabei bekanntlich für vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten (vgl. Art. 247 § 9 BGB a.F.), für den Verzug des Darlehensnehmers (vgl. § 503 Abs. 1 i.V.m. § 497 Abs. 2 und 3 sowie § 503 Abs. 2 i.V.m. § 497 Abs. 1 BGB a.F.) sowie für die Vertragsbeendigung (vgl. § 503 Abs. 1 i.V.m. §§ 499, 500 und 502 BGB a.F.). Für die beiden letztgenannten Regelungskomplexe hat das Umsetzungsgesetz zur Wohnimmobilienkreditrichtlinie die bisher geltende Rechtslage weitgehend nur redaktionell verändert übernommen (vgl. nunmehr §§ 497 Abs. 4, 498 Abs. 2, BGB n.F.), wobei das bislang nur für sonstige Verbraucherdarlehen vorgesehene Recht zur Vorfalligkeitserfüllung (§ 500 Abs. 2 BGB a.F.) in § 500 Abs. 2 BGB n.F. in modifizierter Form auch auf Immobiliarkredite erstreckt wurde.⁸⁵

Daneben ist die Umsetzung der Richtlinie aber auch genutzt worden, um eine Reihe weiterer Neuerungen zu regeln, auf die hier nur hingewiesen werden kann. Zu diesen Regelungen, die teilweise auf die Umsetzung der Koalitionsvereinbarung zwischen CDU/CSU und SPD zurückgehen, gehören die neue Beratungspflicht des Darlehensgebers bei dauerhaften und erheblichen Kontoüberziehungen (§§ 504a BGB und 505 Abs. 2 n.F.),⁸⁶ die Beendigung des Problems der „ewigen Widerrufsrechte“ (vgl. § 356b Abs. 2 Satz 4 BGB n.F.)⁸⁷ und schließlich die Ausdehnung des Verbraucherschutzregimes auf unentgeltliche Finanzierungen (vgl. §§ 358 ff., 514 f. BGB n.F.).⁸⁸ Nicht einzugehen ist auch auf die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Manuskripts für den vorliegenden Beitrag noch nicht im Detail absehbaren Pläne für eine Erweiterung der regulatorischen Einwirkung auf Kreditvergabestandards im autonomen Recht, die nach ersten Presseberichten auch aufsichtsrechtliche Befugnisse für die Festlegung von Beleihungsobergrenzen im Einzelfall einschließen sollen. Vor dem Hintergrund der, wie angesprochen, zumal in Deutschland bereits vor der Richtlinienumsetzung recht restriktiven gesetzlichen Rahmenbedingungen ist kaum verwunderlich, dass gerade im Zusammenhang mit diesen Plänen, welche die mit der Wohnimmobilienkreditrichtlinie vollzogene Einwirkung auf die Praxis der Kreditvergabe im Interesse der Systemstabilität⁸⁹ noch erweitern würden, die Kritik aus dem Marktumfeld deutlich akzentuiert wird.⁹⁰

⁸⁵ Siehe hierzu noch unten sub 4.

⁸⁶ Siehe dazu und zum Hintergrund der Koalitionsvereinbarung Begr. RegE, BT-Drs. 18/5922, S. 94 f.; siehe dazu auch *Krüger*, BKR 2016, 397, 398 f.

⁸⁷ Siehe dazu Begr. RegE, BT-Drs. 18/5922, S. 74 f.; *Spitzer*, MDR 2016, 425, 430.

⁸⁸ Siehe dazu eingehend *Schürnbrand*, WM 2016, 1105 ff.

⁸⁹ Siehe dazu nochmals oben sub 2.3.

⁹⁰ Vgl. etwa o.V., Obergrenze für Hauskredite, FAZ vom 19.8.2016, S. 19.

3.2 Neues Regelungssystem und Anwendungsbereich

Eine grundsätzliche Neuorientierung ist mit der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie insofern verbunden, als nunmehr das System der Verbraucherkredite neugestaltet wird. Im Unterschied zur bisherigen Systematik, die in § 503 BGB a.F. „Immobilienkreditverträge“ als Unterfall der Verbraucherkreditverträge erfasst hatte, unterscheiden die §§ 491 ff. BGB n.F. jetzt durchgehend (und sprachlich unschön) zwischen sog. „Allgemein-Verbraucherkreditverträgen“ und „Immobilien-Verbraucherkreditverträgen“, die zusammen die Kategorie des „Verbraucherkreditvertrags“ bilden (vgl. § 491 Abs. 1 BGB n.F.). Nicht anders als das „Allgemein-Verbraucherkreditverhältnis“ handelt es sich bei Immobilien-Verbraucherkreditverhältnissen damit zugleich (wie bereits zuvor) um Sonderfälle des Geldkreditvertrags nach §§ 488 ff. BGB.⁹¹ Der Anwendungsbereich der Neuregelungen zu Immobilienkreditverhältnissen ist indessen weiter gefasst als der des früheren Rechts. Immobilien-Verbraucherkreditverträge setzen nach der neu gefassten Legaldefinition in § 491 Abs. 3 BGB zunächst (insofern nicht anders als Allgemein-Verbraucherkreditverträge) voraus, dass es sich beim Kreditgeber um einen Unternehmer (§ 14 BGB) und beim Kreditnehmer um einen Verbraucher (§ 13 BGB) handelt. Im Unterschied zur früheren Rechtslage wird sodann allein auf die Grundpfandrechtliche Sicherung (§ 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB n.F.)⁹² bzw. bei unbesicherten Kreditverhältnissen auf den Zweck der Kreditvergabe (§ 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB n.F.) abgestellt, ohne dass es – wie bislang⁹³ – auf die *Bedingung* einer Grundpfandrechtlichen Sicherheit sowie auf die hierfür üblichen Konditionen ankäme. Bei alledem sieht das Umsetzungsgesetz – im Unterschied zu den unionsrechtlichen Vorgaben⁹⁴ – keine Beschränkung auf Wohnimmobilien vor, sondern erstreckt die Regelungen auf alle Immobilien-Verbraucherkreditverträge:

⁹¹ *Spitzer*, MDR 2016, 425.

⁹² Der Begriff des „Grundpfandrechts“ i.S.d. Vorschrift umfasst dabei wie bereits nach früherem Recht Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden; vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 18/5922, S. 76. Der Wortlaut „besichert sind“ soll auch Verträge erfassen, die von der Sicherungsabrede einer bereits bestehenden, dinglichen Sicherung erfasst werden; vgl. Begr. RegE ebd. und dazu *Spitzer*, MDR 2016, 425, 426.

⁹³ Vgl. den Wortlaut von § 503 Abs. 1 BGB in der bis 20.3.2016 geltenden Fassung: „Verträge, bei denen die Zurverfügungstellung des Darlehens von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird und zu Bedingungen erfolgt, die für grundpfandrechtlich abgesicherte Verträge und deren Zwischenfinanzierung üblich sind; der Sicherung durch ein Grundpfandrecht steht es gleich, wenn von einer solchen Sicherung nach § 7 Abs. 3 bis 5 des Gesetzes über Bausparkkassen abgesehen wird“.

⁹⁴ Zum Geltungsbereich der Richtlinie nochmals oben sub 2.1.