

*Peter Derleder*

# Die Zwangsäumung eines Marokkaners in Spanien, der Europäische Gerichtshof und die Folgen seiner Entscheidung für das deutsche Recht

## *I. Einleitung*

Im Zuge der noch nicht überwundenen Finanzkrise wurden zwar seit 2008 in Spanien mindestens 350.000 Wohnungen zwangsgeräumt. Während die Bilder von leerstehenden Anlagen in menschenlosen, dem Verschleiß entgegengehenden Gebäuden in den Badebuchten um die Welt gingen, versuchte ein in Spanien lebender und arbeitender Marokkaner namens Mohamed Aziz, sich als Eigentümer eines Hausgrundstücks gegenüber einer Zwangsäumung und dem spanischen Recht, das eine Expressäumung ermöglicht, unter Berufung auf eine europäische Richtlinie zu wehren. Es ging um ein Darlehen aus dem Jahre 2007 über 138.000 Euro, das bei der katalanischen, in Tarragona ansässigen Sparkasse Catalunya Caixa aufgenommen wurde und das über 33 Jahre in 396 Monatsraten ab dem 1.8.2007 zu verzinsen und zu tilgen war. Vom Juni 2007 bis Mai 2008 zahlte Herr Aziz regelmäßig seine Monatsraten, stellte dann aber seine Zahlungen ein. Daraufhin bezifferte der zuständige Notar unter Zugrundelegung eines vertraglichen Verzugszinssatzes von 18,75% pro Jahr den Darlehensstil auf 139.764,76 Euro, weswegen die Bank nach erfolgloser Zahlungsaufforderung das Vollstreckungsverfahren einleitete. Das hatte zur Grundlage, dass nach Klausel Nr. 15 des Darlehensvertrags nur die Bezifferung in einer geeigneten Bescheinigung erforderlich und dass nach Klausel Nr. 6 des Darlehensvertrags für die Sparkasse das Recht begründet war, das gesamte Darlehen fällig zu stellen, wenn der Schuldner mit einer (in Zahlen: 1) Monatsrate zu einem der vertraglich vereinbarten Fälligkeitstermine seiner Verpflichtung zur Zahlung nicht nachgekommen sein sollte.

Im Vollstreckungsverfahren kam es beim erstinstanzlichen Gericht in Martorell zu einem Versteigerungstermin, wo aber kein Gebot abgegeben wurde. Daraufhin erfolgte der Zuschlag zu 50% des Wertes, so dass Herr Aziz weitgehend auf seinen Schulden sitzen blieb. Kurz vorher erhob jedoch Herr Aziz Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Vertragsklausel Nr. 15 und auf Nichtigerklärung bei einem Gericht in Barcelona, das mit Zweifeln an der Europarechtskonformität der Rechtssache diese dem EuGH vorlegte. Die Zweifel an der Wirksamkeit der spanischen Rechtsnormen entnahm das Gericht aus Barcelona vor allem daraus, dass, wenn sich der Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung für das Hypothekenvollstreckungsverfahren entscheide, die Möglichkeit sehr begrenzt sei, um missbräuchliche Klauseln zu rügen. Denn sie blieben einem späteren Erkenntnisverfahren vorbehalten, das keine aufschiebende Wirkung habe. Ferner seien die Klauseln zur vorzeitigen Fälligkeitstellung in Verträgen mit langer Laufzeit, zur Festlegung

10.5771/0023-4834-2015-3-304

von Verzugszinsen und zur einseitigen, vom Darlehensgeber vorzunehmenden Festsetzung von Mechanismen zur Bezifferung der Gesamtforderung mit der Richtlinie eventuell nicht zu vereinbaren.

Gegenüber den massenhaften Zwangsäumungen in Spanien bildete sich auch gesellschaftlicher Widerstand. So weigerten sich Feuerwehrlente, die Türen zu den Häusern aufzubrechen. Mohamed Aziz wurde aber im Hypothekenvollstreckungsverfahren aus seiner Wohnung vertrieben oder, wie es im diplomatisch formulierten Tatbestand des EuGH-Urteils heißt, daraus verwiesen.

Die von ihm und dem spanischen erstinstanzlichen Gericht erwirkte Entscheidung des EuGH wurde als Erfolg für die Gegner der Zwangsäumungen verbucht. Aber Vorsicht ist geboten, vor allem was die Umsetzung im deutschen Zivilprozess- und Vollstreckungsrecht angeht. Deswegen geht dieser Beitrag der Deutung des EuGH-Urteils nach (dazu II), nimmt dann die Unterschiede zwischen dem spanischen und deutschen Recht auf (dazu III) und versucht, Folgerungen für die Umsetzung des europäischen Rechts im deutschen Recht zu entwickeln (dazu IV). Da die Kreditinstitute seit nahezu einem Jahrhundert ein umfassendes Kreditsicherungssystem beim Immobiliarkredit aufgebaut haben, sollte sich der Leser dieses Aufsatzes klar machen, dass er in ein komplexes, vielgliedriges System eindringen muss.

## II. Das Urteil des EuGH

Im Urteil des EuGH vom 14.3.2013<sup>1</sup> wurden zunächst die europäischen Normen und die einschlägigen spanischen Gesetze aufgelistet. Das maßgebliche Unionsrecht ist in der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993<sup>2</sup> über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen enthalten und wird einschließlich der Erwägungsgründe mit zahlreichen Normen zitiert. Das spanische Recht ist mit der Grundregel des Verbraucherschutzes gegen missbräuchliche Vertragsklauseln von 1984<sup>3</sup> und der Umsetzung der Richtlinie in spanisches Recht von 1992<sup>4</sup> und 2007<sup>5</sup> sowie zivilprozessrechtlichen und speziell hypothekenverfahrensrechtlichen Regeln wiedergegeben. Nach Art. 695 des spanischen Zivilprozessgesetzes kann der Vollstreckungsschuldner etwa einen Einspruch nur auf bestimmte Gründe stützen, so vor allem auf das Erlöschen der Sicherheit oder der gesicherten Forderung, sofern eine notarielle Urkunde über den Eingang der Zahlung oder den Wegfall der Sicherheit vorgelegt wird. Nach Art. 153 des Hypothekengesetzes kann im Titel vereinbart werden, dass der fällige Betrag bei der Zwangsvollstreckung derjenige ist, dessen Höhe der Kläger in der vertraglich vorgesehenen Höhe bestimmt hat.

Nach der Erledigung zahlreicher Zulässigkeitsprobleme, insbesondere über die Relevanz der Vorlagefragen, prüfte der EuGH dann die Begründetheit dieser Fragen. Die erste Vorlagefrage verstand der EuGH dahin, ob die Richtlinie dahin auszulegen sei, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehe, die im Rahmen eines Hypothekenvollstreckungsverfahrens in Bezug auf die Missbräuchlichkeit einer der in einem Vertrag

1 Rechtssache C-415/11, EuZW 2013, 464.

2 ABl. Nr. L 95, 29, zuletzt geändert durch Art. 32 ÄndRL 2011/83/EU vom 25.11.2011 (ABl. Nr. L 304, 64).

3 Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

4 Rn. 10 des Urteils vom 14.3.2013, EuZW 2013, 464.

5 Rn. 11 des Urteils vom 14.3.2013, EuZW 2013, 464.

zwischen einem Verbraucher und einem Gewerbetreibenden enthaltenen Klauseln zulasse, dem für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer solchen Klausel zuständigen Gericht des Erkenntnisverfahrens aber nicht erlaube, vorläufige Maßnahmen zu treffen, die die volle Wirksamkeit seiner Endentscheidung gewährleisten.<sup>6</sup> Dazu führte der EuGH aus, vorab sei darauf hinzuweisen, dass das Schutzsystem der Richtlinie darauf beruhe, dass der Verbraucher gegenüber einem Gewerbetreibenden sich immer in einer schwächeren Verhandlungsposition befinde. Deswegen ordne Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie an, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich seien. Was den Effektivitätsgrundsatz und den sozialen Schutz des Vollstreckungsschuldners angehe, folge aus dem spanischen Prozessrecht, dass der endgültige Zuschlag des mit einer Hypothek belasteten Gegenstands zugunsten eines Dritten unumkehrbar sei, selbst wenn die Missbräuchlichkeit der vom Verbraucher im Erkenntnisverfahren angefochtenen Klausel zur Nichtigkeit des Hypothekenvollstreckungsverfahrens führe, sofern nicht der Verbraucher vor dem Randvermerk über die Ausstellung einer Belastungsbescheinigung eine Vormerkung für den Antrag auf Nichtigerklärung der Hypothek habe eintragen lassen. Es bestehe nämlich die nicht zu vernachlässigende Gefahr, dass der betroffene Verbraucher die Vormerkung nicht innerhalb der hierzu vorgesehenen Frist eintragen lasse, sei es wegen des extrem schnellen Ablaufs des Vollstreckungsverfahrens, sei es, weil er den Umfang seiner Rechte nicht kenne. Somit sei festzustellen, dass eine derartige verfahrensrechtliche Regelung, die es dem Gericht des Erkenntnisverfahrens unmöglich mache, vorläufige Maßnahmen zur Aussetzung oder Verzögerung des Hypothekenvollstreckungsverfahrens zu treffen, die Wirksamkeit des mit der Richtlinie beabsichtigten Schutzes beeinträchtigen könne, wenn der Erlass solcher Maßnahmen erforderlich sei, um die volle Wirksamkeit der Endentscheidung zu gewährleisten. Insofern entspreche das spanische Recht nicht dem effektiven Schutz des Verbrauchers.

Die zweite Vorlagefrage bezog sich auf Klarstellungen zum Begriff der missbräuchlichen Vertragsklausel im Sinne des Art. 3 Abs. 1 und 3 der Richtlinie. Insoweit sei von belang, meinte der EuGH, ob für den Verbraucher eine weniger günstige Rechtslage geschaffen werde als sie für das geltende nationale Recht vorgesehen sei. Maßgeblich sei, ob der Gewerbetreibende gegenüber dem Verbraucher vernünftigerweise habe erwarten dürfen, dass der Verbraucher sich nach individuellen Verhandlungen auf eine solche Klausel einlasse.<sup>7</sup> Insoweit enthalte der Anhang zu Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie nur eine nicht erschöpfende Liste von Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden könnten. Das spanische Gericht habe über die Missbräuchlichkeit bestimmter Klauseln zu entscheiden, insbesondere was die Klausel zur vorzeitigen Feststellung wegen Nichterfüllung der Schuld in einem begrenzten Zeitraum mit Verträgen von langer Laufzeit besage. Ferner sei hinsichtlich der Festlegung der Verzugszinsen zu prüfen, ob die Höhe des festgelegten Verzugszinssatzes nach dem gesetzlichen Zinssatz gerechtfertigt sei oder über das hierzu Erforderliche hinausgehe. Was schließlich die Klausel zur einseitigen, vom Darlehensgeber vorzunehmenden Bezifferung der Höhe der offenen Forderung betreffe, die mit der Möglichkeit einhergehe, das Hypothekenvollstreckungsverfahren einzuleiten, sei festzustellen, dass das vorlegende Gericht beurteilen müsse, ob und gegebenenfalls inwieweit die betreffende Klausel von den Vorschriften abweiche, die in Ermangelung einer Vereinbarung zwischen den Parteien anwendbar wären, und dadurch für

6 Rn. 43 des Urteils vom 14.3.2013, EuZW 2013, 464.

7 Rn. 69 des Urteils vom 14.3.2013, EuZW 2013, 464.

den Verbraucher vor dem Hintergrund der ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Mittel der Zugang zum Gericht und die Ausübung der Verteidigungsrechte erschwert werde. Ausdrücklich wurde auf die zweite Frage des spanischen Gerichts geantwortet, dass der Begriff des erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses zulasten des Verbrauchers danach zu beurteilen sei, ob der Vertrag für den Verbraucher eine weniger günstige Rechtslage schaffe als das geltende nationale Recht.

Der EuGH überließ die Deutung der missbräuchlichen Klauseln weitgehend also den nationalen Gerichten. Die Antwort auf die erste Vorlagefrage war jedoch dahin zu verstehen, dass es für die nationalen Rechtsordnungen nicht möglich ist, alles in die Verträge hineinzuschreiben, was die Vollstreckung betrifft, sondern dass eine gewisse Rahmenordnung erforderlich ist, die unter dem Gesichtspunkt der Effektivität die möglichen Einwendungen wirksam geltend zu machen erlaubt und keinesfalls den Verbraucher schlechter stellt als das generelle nationale Recht. Der Erfolg dieser Rechtsprechung beschränkt sich demnach auf ein Mindestmaß, so dass der spanische Gesetzgeber mit leichter Hand versichern konnte, er werde allen Ansprüchen des europäischen Rechts genügen.<sup>8</sup>

### III. Der Aufbau des deutschen Rechts

#### 1. Die Grundstruktur der Kreditgeberbegünstigung in acht Punkten

##### a) Grundschuld statt Hypothek

Die Grundstruktur der Immobiliarkreditsicherung für die Kreditinstitute läuft auf eine vergleichbare Struktur in Deutschland hinaus. Der Kreditnehmer verpflichtet sich nicht nur zur Bestellung einer nicht akzessorischen Sicherungsgrundschuld, wie sie traditionell neben der in erster Linie im Gesetz vorgesehenen akzessorischen Sicherungshypothek eingeräumt werden kann. Viele Jahrzehnte hat es gebraucht, bis im Zuge der Globalisierung des Kreditwesens durch das Risikobegrenzungsgesetz von 2008<sup>9</sup> vorgesehen wurde, dass der treuhänderische Charakter der Grundschuld stärker Berücksichtigung finden muss. Seither gilt das alte Recht für die bestehenden Immobiliarkreditverträge fort, während nach § 1192 Abs. 1a BGB nunmehr die Einreden des Eigentümers aufgrund des Sicherungsvertrages auch dem Erwerber der Grundschuld, auch einem Investor aus einer Steueroase, entgegengesetzt werden können.<sup>10</sup> Das ist die erste, für nach dem 19.8.2008 abgeschlossene Verträge<sup>11</sup> nicht mehr geltende Stufe des Ausbaus der Immobiliarkreditrechte auf Betreiben der Banken. Da die Immobiliarkreditverträge meistens über 20 bis 30 Jahre und mehr laufen, wird es noch einige Zeit dauern, bis das Risikobegrenzungsgesetz überhaupt zur Anwendung kommt und die (nunmehr erstmals akzessorische) Sicherungsgrundschuld für den Immobiliarkredit eingeführt ist.

8 Nach dem damaligen Justizminister Ruiz-Gallardón.

9 Gesetz vom 12.8.2008 (BGBl. I, 1666).

10 Im zweiten Halbsatz des § 1192 Abs. 1a Satz 1 BGB wird ein gutgläubiger Erwerb insoweit ausgeschlossen, während in § 1192 Abs. 1a Satz 2 BGB ein gutgläubiger Erwerb hinsichtlich nicht aus dem Sicherungsvertrag stammender Einreden offengehalten wird.

11 S. Art. 7 ff. des Gesetzes.

b) Das zusätzliche abstrakte Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB

Zusätzlich muss sich in Deutschland ein Immobiliarkreditnehmer normalerweise einem abstrakten Schuldanerkenntnis i. S. des § 781 BGB unterwerfen, das die Vollstreckung in sein gesamtes Vermögen eröffnet, einschließlich aller Rechte aus dem Geldvermögen. Das ist die zweite Stufe des Ausbaus der Immobiliarkreditrechte der Kreditinstitute. Diese ist deswegen besonders relevant, weil nach der Begrenzung der Rechte aus der Sicherungsgrundschuld sofort der Übergang auf das abstrakte Schuldanerkenntnis auch nach Expertenmeinung droht.<sup>12</sup>

c) Die Abkoppelung der Grundschuldzinsen von den vertraglich geschuldeten Zinsen

Eine weitere Verselbständigung hat die Abkoppelung der Grundschuldzinsen von den vertraglichen Zinsen ergeben. Danach sind mit Rücksicht auf zeitlich begrenzte Zinsbindungen Grundschuldhöchstzinsen eine unverhältnismäßige Beschlagnahme des Grundvermögens. Ein Zinssatz von 18,75% wie bei dem spanischen Kredit zeitigt mit Rücksicht auf das wirtschaftshistorisch absolut singuläre Niedrigzinsniveau und darauf, dass auf absehbare Zeit keine inflationsbedingt hohen Zinsen zu erwarten sind, die Forderung, dass die Grundschuld nur den sicherungsvertraglich festgeschriebenen Zinssatz bis zum Ablauf der praxisüblichen Zinsbindungsfrist deckt.<sup>13</sup> Die Lösung der Grundschuldzinsen vom kreditvertraglich aufbedungenem Zins stellt aber die dritte Stufe des Ausbaus der Rechte der Kreditinstitute dar.

d) Die Formlosigkeit der Erweiterung der Sicherungsabrede

Ferner ist der Sicherungsvertrag für die Grundschuld erst nach jahrzehntelanger Diskussion als Rechtsinstrument entdeckt worden. Unglücklicherweise haben die Kreditnehmer auch noch nicht die Formlosigkeit der Erweiterung der Sicherungsabrede beseitigen können. Vor allem Unternehmer als Kreditnehmer, aber auch Verbraucher leiden unter weiten Zweckerklärungen für künftige und bedingte Kredite, mit denen die vierte Stufe des Ausbaus der Rechte der Kreditinstitute verbunden ist. Die formlose Erweiterung der Sicherungsabrede für unternehmerische Kreditnehmer auf künftige Kreditgeschäfte ist im Bankverkehr jedoch absolut üblich,<sup>14</sup> obgleich die Schriftform für Verbraucherkreditverträge in § 492 BGB angeordnet ist. Nur der Dritte ist in seiner Haftung auf den Anlaskredit beschränkt.<sup>15</sup> Auf eine analoge Anwendung dieser Einschränkung hat sich die Rechtsprechung des BGH noch nicht eingelassen.

e) Die Vollstreckungsunterwerfung

Zudem muss sich der Kreditschuldner auf einen sofortigen Zugriff auf die Immobilie in Form einer Unterwerfung unter eine sofort vollstreckbare Urkunde nach § 794 Abs. 1

12 So etwa Cziupka/Frank, ZJS 2012, 339.

13 Während die h.M. dies problemlos zugesteht, ergibt sich Widerspruch immer wieder wegen der Übersicherung gegenüber dem Sicherungsvertrag (s. etwa Guse, Grundschuld und Übersicherung, Diss. 2002, 176 ff., unter Anknüpfung an die Entscheidung des Großen Senats des BGH hinsichtlich des Freigabeanspruchs, BGHZ 137, 212).

14 BGH NJW-RR 2008, 780.

15 Falls ein Bürge oder sonst Einstandspflichtiger als Dritter leisten muss, gilt für ihn die Eingrenzung auf den Anlaskredit (BGHZ 142, 213).

Nr. 5 ZPO einrichten. Immerhin ist die vollstreckbare Urkunde anders als im spanischen Recht einer Bezifferung bedürftig.<sup>16</sup> Sie muss sich also tatsächlich aus der vollstreckbaren Urkunde ergeben. Eine Lockerung macht die höchstrichterliche Rechtsprechung insoweit, als der Zinsbeginn nur bestimmbar sein muss.<sup>17</sup> Das ist die fünfte Stufe des Ausbaus der Kreditgeberrechte.

#### f) Die Vollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des Mobilienvermögens

Hinzu kommt, dass die Kreditnehmer sich auch der sofortigen Zwangsvollstreckung hinsichtlich ihres sonstigen Vermögens unterwerfen müssen, wenn sie eine Valutierung ihrer Darlehen beabsichtigen. Damit wird das Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB auch auf das sonstige Vermögen des Kreditschuldners in Form von Lohn- und Gehaltsansprüchen und anderen Mobilienrechten erstreckt, was die sechste Stufe des Ausbaus der Kreditgeberrechte bedeutet.

#### g) Der Nachweisverzicht hinsichtlich der Kündigung der Grundschuld

Durch das Risikobegrenzungs-gesetz, mit dem die Zessionen der Rechte aus dem Darlehen und der Grundschuld an Investoren aus Steueroasen begrenzt werden sollten, weil sie eine sofortige Verwertung auch der ordnungsgemäß bedienten Kredite mit Häuslebauern meist anstrebten, ist der Versuch unternommen worden, die sofortige Vollstreckung zu vermeiden. Dazu ist § 1193 Abs. 1 BGB in der Weise in das BGB eingefügt worden, dass das Kapital der Grundschuld erst nach vorgängiger Kündigung fällig wird (Satz 1), die Kündigung sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zusteht (Satz 2) und die Kündigungsfrist sechs Monate beträgt (Satz 3). In Absatz 2 Satz 1 wiederum werden abweichende Bestimmungen erlaubt. Dient die Grundschuld der Sicherung einer Geldforderung, so ist aber eine von Absatz 1 abweichende Bestimmung nicht zulässig. Damit haben sich ungeachtet des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB vor allem die Notare<sup>18</sup> auseinandergesetzt und einen Nachweisverzicht über den Zugang der Kündigung wegen der uneingeschränkten Fortsetzung ihrer notariellen Praxis erlaubt. Ein Verzicht auf einen solchen Kündigungsnachweis soll also möglich sein.<sup>19</sup> Dies ist die siebte Stufe des Ausbaus der Kreditgeberrechte.

#### h) Die Erteilung der Klausel durch den Notar vor jeder Leistungsstörung

Nach deutschem Zwangsvollstreckungsrecht bedarf es eines Titels, einer Klausel und der jeweiligen Zustellung. Die Vollstreckungsklausel wird gem. § 725 ZPO mit dem Wortlaut erteilt, dass vorstehende Ausfertigung der genauer bezeichneten Partei zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt und beizufügen ist, indem die Ausfertigung des Urteils am Schluss von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen ist. Bei bedingten Leistungen ist eine qualifizierte Klausel nach § 726 ZPO erforderlich. Nach wie vor erteilen die Notare aber schon bei der Aufnahme des Kredits und der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auch die Klausel, unbeeindruckt durch das Risikobegrenzungs-gesetz, also bevor noch eine

16 BGHZ 22, 54.

17 BGH NJW-RR 2000, 1358.

18 Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740; Böhringer, BWNNotZ 2009, 61.

19 LG Meiningen Rechtspfl. 2013, 691; LG Lübeck Rechtspfl. 2009, 451.

Leistungsstörung beim Kreditnehmer auftaucht. Dies ist die achte Stufe des Ausbaus der Kreditgeberrechte.

## 2. Der Kommentar zum deutschen Recht

### a) Die vollstreckbare Urkunde

Dass das gesamte Kreditsystem eine bevorzugte Säule zur schnellen Titelerlangung mittels Vollstreckungsunterwerfung beim Immobiliarkredit braucht, ist anzuerkennen, da sonst langwierige, möglicherweise langwährende Prozesse nötig wären. Die Unterwerfung unter die sofort vollstreckbare Urkunde ist also für das Funkzionieren des gesamten Kreditsystems im Sinne eines sofortigen Zugriffs auf das Immobilienvermögen erforderlich, wie es auch für das spanische Recht anzuerkennen ist. Aber die Einzelheiten des Zugriffs sind hochgradig differenzierungsbedürftig.

Damit ist eine Vollstreckungsabwehrklage nicht ausgeschlossen, die sich auf sämtliche Einreden und Einwendungen gegen das Darlehen, den Sicherungsvertrag und das Grundpfandrecht bezieht. Der Kläger hat allerdings die Prozesskosten aufzubringen, wenn es ihm nicht in der Phase seines Vermögensverfalls gelingt, einen schlüssigen Prozesskostenhilfeantrag zu stellen. Daran scheitern normalerweise wegen der Übermacht der Kreditinstitute schon die meisten Darlehensschuldner. Zwar können sämtliche Einreden und Einwendungen vorgebracht werden, also auch diejenigen, die aus der Zeit vor der Errichtung der vollstreckbaren Urkunde entstanden sind,<sup>20</sup> also auch wenn im Gegensatz zum früheren spanischen Recht kein Rückwirkungsverbot besteht. Die meisten Kreditschuldner unterwerfen sich aber noch nachträglich den Strategien der Kreditinstitute, auch was die Anrechnung der geleisteten Zahlungen und die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung angeht, die wegen vorzeitigen Abbruchs der meist längerfristigen Kreditbeziehung zu zahlen ist.<sup>21</sup>

Auch die Beweislast wird durch die Vollstreckungsabwehrklage nicht umgedreht,<sup>22</sup> sondern obliegt dem Kreditgläubiger. Die Rechtslage ist damit jedenfalls für den Häuslebauer<sup>23</sup> als Verbraucher eigentlich praktisch sehr gut. Das Gravamen besteht nur darin, dass die meisten davon nicht Gebrauch machen, weil sie schon im Vermögensverfall sind, der meist mit dem sozialen Verfall verbunden ist. Deswegen stellen sie auch normalerweise keinen Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 769 ZPO, mit dem die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO mit oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt werden kann. Der Kreditschuldner wird als Immobiliareigentümer seine Vermögenslage jedenfalls nicht gern als desaströs darstellen wollen.

Trotzdem ist das bei einer Abwägung der systematischen Bedürfnisse des Immobilienkapitals mit den Umständen der Einzelfälle (jeder Kreditschuldner hat immerhin die Chance, seine Vermögenssituation als günstig oder extrem ungünstig darzustellen) hinzunehmen, da die Kreditinstitute, die Immobiliarkredite vergeben, nicht in jahrelangen

20 Dies ergibt sich aus § 797 Abs. 4 ZPO, nach dem die Geltendmachung von Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, mangels Präklusionswirkung nach § 767 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen ist.

21 Zur Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung s. § 490 Abs. 2 Satz 3 BGB und BGH NJW 1997, 2875; 2001, 509 und 2005, 751.

22 BGHZ 147, 203.

23 Damit sind die Erwerber von Hausgrundstücken und Eigentumswohnungen angesprochen, ob es sich nun um Altbau oder Neubau handelt.

Prozessen hinter einem Titel herlaufen können, aus dem sie dann vollstrecken könnten. Das Gesamtkreditsystem könnte sonst seines sichersten Elements beraubt werden, indem aus dem Immobiliarsektor vermeidbare Gefahren in Kauf genommen würden.

b) Die Unterwerfung unter das abstrakte Schuldanerkenntnis

Der Gesetzgeber des Risikobegrenzungsgesetzes von 2008<sup>24</sup> hat Restriktionen für die Sicherungsgrundschuld vorgesehen, die nicht einfach durch den Übergang zur Vollstreckung aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis wertlos werden können.<sup>25</sup> Der Ausverkauf der Häuslebauer an Investoren aus Steueroasen ohne Bankaufsicht kann mit diesem Übergang nicht verwirklicht werden. Der Gesetzgeber hat sich allerdings auf die Sicherungsgrundschuld kapriziert und in § 1192 Abs. 1a BGB dafür gesorgt, dass der gutgläubig einredefreie Erwerb einer Sicherungsgrundschuld nicht mehr möglich ist, und in § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB vorgesehen, dass bei einer Grundschuld zur Sicherung einer Geldforderung das Kapital der Grundschuld erst nach vorgängiger Kündigung fällig werden kann und die Kündigungsfrist in jedem Fall sechs Monate beträgt. Dies gilt auch zugunsten der Unternehmer.<sup>26</sup> Jedenfalls dann, wenn die Restriktionen des Risikobegrenzungsgesetzes von vornherein durch das abstrakte Schuldanerkenntnis unterlaufen werden könnten, kommt ein Schutz vor dem Ausverkauf der Häuslebauer nicht mehr in Betracht.

c) Die Abkoppelung der Grundschuldzinsen von den vertraglichen Zinsen

Gegenwärtig herrscht bekanntlich eine wirtschaftshistorisch einmalige Niedrigzinsphase, die aber die Banken nicht daran hindert, Höchstzinsen von 15 bis 18% p.a. für das Grundschuldkapital festzulegen. Das wird damit gerechtfertigt, dass das Zinsniveau auf antiinflationäre Höhen steigen kann. Dabei wird vollständig übergangen, dass die meisten Immobiliarkreditverträge mit einer auf fünf oder zehn Jahre begrenzten Zinsbindung geschlossen zu werden pflegen. Meist schließt sich auch ein fester Zinssatz an diese Zinsbindungsperiode an, auch wenn bisher noch kein Anspruch auf einen festen Zinssatz in der Folgeperiode anerkannt worden ist.<sup>27</sup> Die Banken haben auch nicht das Recht, einen besonders zinsgünstigen Kredit im Laufe der Vertragszeit in einen besonders zinsungünstigen Kredit umzuwandeln.<sup>28</sup>

Jedenfalls für die Zinsbindungszeit haben die Kreditinstitute nicht das Recht, die sicherungsvertragliche Bindung an den Kredit und die Grundschuld zu unterlaufen, so dass eine Zinsbindung wie im Kreditvertrag eigentlich zwingend sein müsste. Dafür dürfte auch kein Eintragungshindernis bestehen, da eine befristete Zinsbindung im Sachenrecht ihren Niederschlag finden kann. Damit wäre wenigstens ein Einschnitt in die schuldrechtlich überhaupt nicht gerechtfertigten Höchstzinsen zu verwirklichen. Hin-

24 S. Fn. 9.

25 Dagegen insb. Derleder, ZIP 2009, 2221.

26 Zum Unternehmerbegriff s. § 14 BGB. Wohnungseigentümergeinschaften sind danach Verbraucher, wenn ihr nur ein einziger Verbraucher angehört (BGH ZIP 2015, 979).

27 S. dazu Derleder/Korte, VuR 2015, 123.

28 Dazu Derleder/Korte, VuR 2015, 123 (128).

sichtlich der weiteren Zinsen wäre, wenn eine Einigung über einen Festzins<sup>29</sup> erfolgt, eine Eintragung im Rahmen der Verhandlungen über den neuen Zinssatz vom Verbraucher zu verlangen.

d) Die Formlosigkeit der Erweiterung der Sicherungsabrede

Die weite Zweckerklärung ist vor allem für den unternehmerischen Verkehr von Bedeutung. Die Formlosigkeit der Erweiterung des Sicherungsvertrags bricht sich aber an der Formvorschrift des § 492 BGB für Verbraucher, auch wenn diese nach § 494 Abs. 2 BGB durch Auszahlung des Darlehens zu einer Heilung führen kann.<sup>30</sup> Insoweit besteht aber zugunsten der Verbraucher kein Reformbedarf.

e) Die Unterwerfung hinsichtlich des Mobilienvermögens

Durch Unterwerfung unter eine sofort vollstreckbare Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wegen des abstrakten Schuldanerkenntnisses unterwirft sich der Kreditschuldner der Zwangsvollstreckung auch hinsichtlich seines sonstigen Vermögens. Das hält einer Inhaltskontrolle nach §§ 305, 307 BGB nicht stand. Der Haus- und Wohnungskäufer rechnet nicht damit, dass sich der Immobiliarkredit auch auf seine Gehalts- oder Sozialleistungsansprüche richtet. Eine Angemessenheitsabwägung hat hier praktisch noch nicht stattgefunden, so dass ein angemessener Ausgleich für den Verbraucher noch nicht diskutiert worden ist.

f) Der Nachweisverzicht hinsichtlich des Zugangs der Kündigung und die Klauselerteilung durch den Notar schon zu Beginn des Kreditverhältnisses

Die Notare halten an ihren Traditionen in ungewöhnlichem Maße fest. Den Zugang der nach dem Risikobegrenzungs- und § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB erforderlichen Kündigung der Grundschuld haben sie ignoriert und gestatten statt eines Hinausschiebens der Fälligkeit, wie es in § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehen und für die Sicherungsgrundschuld nach § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB zwingend ist, einen Verzicht auf den Nachweis des Zugangs der Kündigung. Deswegen können sie die für die Vollstreckung nach den §§ 724 ff. ZPO notwendige Klausel schon beim Abschluss des Kreditvertrags erstellen, auch wenn eine Leistungsstörung des Kreditschuldners sich überhaupt noch nicht abzeichnet.

#### IV. Die Lehren aus dem EuGH-Urteil

##### 1. Die gerügte Unumkehrbarkeit des spanischen Prozessrechts

Der endgültige Zuschlag des mit einer Hypothek belasteten Gegenstands zugunsten eines Dritten darf nach dem Urteil nicht unumkehrbar sein, selbst wenn die Missbräuchlichkeit der vom Verbraucher angefochtenen Klausel zur Nichtigkeit des Hypotheken-

29 Der Übergang zu variablen Zinsen ist eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers, weil dieser variable Zins durchgehend höher liegt als der vertragliche Festzins, was aufgrund des Zins-erhöhungsrückstaus auch nachvollziehbar ist (s. dazu Derleder/Korte, VuR 2015, 123 (127)).

30 Die Heilung führt zur Beschränkung auf den gesetzlichen Zinssatz nach § 492 Abs. 2 Satz 2 BGB.

vollstreckungsverfahrens führt. Damit wird das deutsche Recht wegen der Vollstreckungsabwehrklage, die einen einstweiligen Rechtsschutz einschließt und für sämtliche Einreden und Einwendungen zum Zug kommt, überhaupt nicht berührt. Die Vollstreckungsabwehrklage kann sofort ohne Klauselerteilung<sup>31</sup> erhoben werden und zur sofortigen Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO führen, so dass sich keine Folgerungen aus dem EuGH-Urteil für das deutsche Recht ergeben. Das ist für denjenigen Verbraucher Pech, der im Vermögensverfall begriffen ist und keine schlüssigen Anträge mehr zustande bringt.

## 2. Der Maßstab des EuGH-Urteils zugunsten des Verbrauchers

Eine bescheidene Rechtsposition hat der Verbraucher erlangt, dem nur eine weniger günstige Rechtslage als nach dem geltenden nationalen Recht, also bei Verträgen mit Unternehmern versagt wird. Das Verbraucherrecht hat nämlich vor dem Urteil des EuGH noch nicht im spanischen Hypothekenvollstreckungsrecht Fuß gefasst. Insofern wird der Verbraucher wenigstens nicht gegenüber dem Unternehmer diskriminiert, was der bescheidendste aller Maßstäbe ist. Das gilt jedenfalls bis zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie.<sup>32</sup> Insofern ist es konsequent, dass der EuGH die Auslegungsarbeit zu den möglicherweise missbräuchlichen Klauseln den nationalen Gerichten überantwortet hat. Immerhin findet sich eine Andeutung einer Ächtung des Verzugszinssatzes von 18,75% p.a., die auf den vertraglichen Höchstzinssatz zur Erfüllung der Grundpfandrechtskredite anwendbar sein könnte. Die Bezifferungserfordernisse des EuGH-Urteils werden vom deutschen Recht, das auf keine notariellen Bescheinigungen über Verzugszinsen etc. abstellt, absolut gewahrt, wenn auch mit den Höchstbeträgen der Kreditinstitute. Dafür kann der Notar die Klausel schon vor einer Leistungsstörung erteilen.

## V. Fazit

Für Spanien ist nach diesem Urteil des EuGH nur Sparsamstes am Rechtsbestand zu korrigieren, weswegen dem Justizminister Spaniens die schnelle Abhilfe ein Leichtes war. Wahrscheinlich hat Herr Aziz trotzdem seine Wohnung nicht wieder bekommen, da er nicht die geschuldeten Zahlungen erbringen konnte. Das europäische Recht sollte mit einer systematischen Durchdringung des Schuld- und Sachenrechts im Hinblick auf den Immobiliarkredit weiterentwickelt werden. Der Reformbedarf des deutschen Rechts wiederum, der bisher ausschließlich unter dem Einfluss der Banken stand, ist gewaltig und wird manche der üblichen Vertragsklauseln betreffen, für die der Verbraucher bisher keinen angemessenen Ausgleich bekommen hat. Ob die Wohnimmobilienkreditrichtlinie, die eine größtmögliche Harmonisierung anstrebt, diesen Reformbedarf in seiner Umsetzung legitimieren kann, ist nicht zu erwarten, auch wenn das Vertrauen in die Banken inzwischen erheblich gestört ist. Immerhin ist im Umsetzungsgesetz zur Richtlinie ein harter Kampf darum zu führen, ob ein Mitgliedstaat hinsichtlich des Verbraucherschutzniveaus weitergehen kann als andere.

31 S. nur BGH NJW 1992, 2159.

32 Richtlinie 2014/17/EU über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher, ABl. 2014, L 60/34.